

**5846 SAYILI FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NUN (FSEK) 81.
MADDESİNDE DÜZENLENEN BANDROL YÜKÜMLÜLÜĞÜNE
RİAYET ETMEME SUÇLARI**

*The Crimes of Bandrol Liability Regulated in Article 81 of the Law of Idea and
Artwork NO: 5846 (FSEK)*

Muhammed Taha BÜYÜKTAVŞAN*

Özet: Matbaanın icadıyla birlikte, eserlerin çoğaltılması süreci başlamış; özellikle son yüzyılda baskı teknolojilerinde görülen kayda değer gelişmeler sayesinde eserler, çok hızlı ve fazla sayıda çoğaltılabilir hale gelmiştir. Bir yönüyle entelektüel dünya açısından kayda değer olan bu süreç beraberinde "fikir ve sanat eserlerinin hukuka aykırı bir şekilde çoğaltılıp nüshalarının tedavüle çıkarılması" şeklinde eser sahiplerinin aleyhine olacak birtakım olumsuzluklara da yol açmıştır. Tamda bu noktada kanun koyucu, eser nüshalarının kayıt altına alınmak suretiyle piyasaya sürülmesini, her bir nüshanın da söz konusu bu kayıt sistemine dâhil edilip edilmediğinin fark edilmesini sağlamak amacıyla bir güvenlik etiketi olarak bandrol uygulaması yöntemini benimsemiştir. Söz konusu bu uygulama ile birlikte, eserin kaç adet basıldığı bilinerek tedavül süreci kontrol altında tutulmakta, kaçak ve izinsiz basımlar tespit edilmek suretiyle korsan eser basımı önlenilmektedir. Bu haliyle bandrol uygulaması, korsanla mücadele mekanizmasının en önemli parçasını teşkil ettiğinden üzerinde önemle durulması gerekmektedir

Anahtar Kelimeler: Eser, fikri mülkiyet, korsanla mücadele, korsan eser, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, bandrol, bandrol suçları.

Abstract: After the invention of the printing press, works started to be copied; especially, thanks to the remarkable developments in the press technology in the last century, works could be copied very rapidly and in great numbers. This process was remarkable for the entellectual world; on the other hand, it brought along some negativities against the work owners such as "unlawfully copying and issuing intellectual and artistic works". At this point, law-makers adopted the practice of banderole as a security label in order to ensure that copies of works are recorded before introduced into the market and every copy is included into the recording system. Thanks to this practice, the issuing process is kept under control as the number of the copies are known; and illegal prints are prevented through establishing unauthorized prints. As this practice of banderole is the most important part of the fight mechanism against illegal printers, great emphasis must be put on it.

Keywords: Work, intellectual property, fight against illegal printers, illegally printed works, Law of Intellectual Property Rights, banderole, banderole offences.

* Tetkik Hâkimi, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı
abi22562@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0002-3095-3035
Makale Geliş Tarihi: 01.10.2020, Makale Kabul Tarihi: 15.11.2020

GİRİŞ

İnsanoğlu, Yaratıcının bahşettiği akıl nimeti ve hayal gücünün bir araya gelmesiyle çok zengin bir düşünme ve üretme yeteneğine sahip olmuş; söz konusu bu üstün meziyeti sayesinde geçmişten günümüze insanlığa faydalı sayısız eserler üreterek başta kültür, sanat olmak üzere bilim ve tekniğin gelişmesine eşsiz bir katkı sağlamıştır. Hiç kuşkusuz bu süreç, insanoğlu var olduğu müddetçe de devam edecektir.

Matbaanın icadıyla birlikte, eserlerin çoğaltılması süreci başlamış; özellikle son yüzyılda baskı teknolojilerinde görülen kayda değer gelişmeler sayesinde eserler, çok hızlı ve fazla sayıda çoğaltılabilir hale gelmiştir. Bir yönüyle entelektüel dünya açısından müspet olan bu süreç beraberinde *"fikir ve sanat eserlerinin hukuka aykırı bir şekilde çoğaltılıp nüshalarının tedavüle çıkarılması"* şeklinde eser sahiplerinin aleyhine olacak birtakım olumsuzluklara da yol açmıştır.

Tamda bu noktada iç hukukumuzda kanun koyucu tarafından, eser nüshalarının kayıt altına alınmak suretiyle piyasaya sürülmesini, her bir nüshanın da söz konusu bu kayıt sistemine dâhil edilip edilmediğinin fark edilmesini sağlamak amacıyla bir güvenlik etiketi olarak bandrol uygulaması yöntemi benimsenmiştir. Söz konusu bu uygulama ile birlikte, eser nüshalarının kaç adet basıldığı bilinerek tedavül süreci kontrol altında tutulmakta, kaçak ve izinsiz basımlar tespit edilmek suretiyle de korsan eser basımı önlenabilmektedir. Bu haliyle bandrol uygulaması, korsanla mücadele mekanizmasının en önemli parçasını teşkil ettiğinden üzerinde önemle durulması gerekmektedir.

Bu maksatla okumakta olduğunuz makalede öncelikle, bir güvenlik etiketi olarak bandrol uygulaması başlığı altında, fikri mülkiyet kavramı ve tarihsel gelişimi, korsanla mücadele, eser kavramı, 5846 sayılı ve 1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (FSEK) düzenlenen fikir ve sanat eserleri türleri ile bandrol ve korsan eser kavramları açıklanmaya çalışılacaktır.

Makalemizde devamla, FSEK m. 81'de düzenlenen ve çalışmamızın esasını oluşturan bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçları, suçun unsurları esas alınmak suretiyle ayrıntılı bir şekilde incelenecek; bu süreçte sorunlu alanlarla ilgili çözüm önerilerine yer verilecek ve son olarak da suçun özel görünüş biçimleri ile bu suçla ilgili ceza ve ceza usul hukukunun kimi düzenlemelerine değinilmek suretiyle çalışmamız nihâyete erdirilecektir.

I.BİR GÜVENLİK ETİKETİ OLARAK BANDROL UYGULAMASI

A. GENEL OLARAK

1. Tarihsel Gelişim

Eser sahibinin eseri üzerinde haklarını ileri sürebileceği ve korunmasını talep edebileceği telif hakkı, gayri maddi haklar arasında yer almaktadır. "*Bir şeyin aslına sahip olan ona da sahip olur*" prensibinin hüküm sürdüğü ilk ve orta çağlarda telif hakkı kavramı üzerinde durulmazken; özellikle matbaanın icadıyla birlikte eserlerin çoğaltılması söz konusu olmuş, bu durumun doğal bir sonucu olarak da "*kişinin her türlü fikri emeği ile meydana getirdiği ürünler üzerinde hukuken sağlanan haklar*" olarak tanımlanan telif hakkı bağlamında eser sahibinin haklarının korunması konusunda yasal düzenlemelere gereksinim duyulmuştur.¹

Bu anlamda, 1709'da İngiliz Parlamentosu tarafından kabul edilen ve telif hakkını yayınevinden alarak eser sahibine iade etmek suretiyle eser sahiplerine koruma sağlayan ilk kanun olarak Kraliçe Anne Kanunu (*The Statute of Anne*), küresel çerçevede telif hakları alanında önemli bir yere sahiptir.² Söz konusu bu kanunu, 1791'de yayımlanan, eser sahibinin haklarını temel alan ilk yasa olan ve eser sahibine eseri üzerinde on yıllık koruma sağlamak suretiyle süreye bağlayan Fransız Telif Hakları Kanunu (*droit d'auteur*) takip etmiştir.³

Hiç kuşkusuz, bilim ve teknolojide çığır açan ve küresel ekonomi politikalarına yön veren 1839 tarihli Sanayi Devrimi, başta telif hakkı olmak üzere geniş anlamda fikri mülkiyet hakları içerisinde yer alan marka, patent ve endüstriyel tasarım gibi sınai hakların da modern anlamda doğumuna yol açmıştır.⁴ Burada özellikle, eserlerin eser sahiplerinin büyük uğraşları sonucunda ortaya çıkarılması ve yoğun bir emek ve zihinsel çaba ürünü olmaları nedeniyle telif hakları ya da diğer fikri hakların hukuki düzenlemelerle korunmasına yönelik gelişmeler bakımından, düşünce, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün başat bir rol üstlendiğini belirtmek gerekmektedir.⁵ Bu anlamda demokratik toplumlarda, söz konusu bu özgürlükler sayesinde bireyler daha çok ve daha özgün bilimsel ve edebi eserler üretebilmekte; bu durumun bir sonucu olarak da bu tür toplumlar kültürel ve bilimsel

- ¹ Turan, Metin / Yılmaz, Bülent, "Türkiye'de Telif Hakları İhlalleri: Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", *Bilgi Dünyası*, 2014, 15 (1), s. 56. <http://www.bby.hacettepe.edu.tr/yayinlar/dosyalar/396-1101-1-PB.pdf>. İnternet Erişim Tarihi (İET): 25 Kasım 2016.
- ² Turan / Yılmaz, 2014, s. 56.
- ³ Turan / Yılmaz, 2014, s. 56.
- ⁴ Karahan, Sami / Suluk, Cahit / Saraç, Tahir v.d., *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, s. 27.
- ⁵ Turan / Yılmaz, 2014, s. 57.

gelişmişlik bakımından diğer toplumlara nazaran daha fazla ilerleme kaydetmektedirler. Bu nedenle demokratik toplumların anayasaları⁶ ile insan haklarına ilişkin uluslararası metinlerde,⁷ düşünce, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün yazılı olarak güvence altına alındığı gözlemlenmektedir.

Bu bakımdan, başta insan hayatına anlam katan ve yaşamı değerli kılan eserler olmak üzere buluşlar ile sanat eserleri gibi yaratıcı düşünce ürünlerinin yeterince korunamadığı bir toplumda gelişme kaydedilmesi mümkün ol(a)mayacağından, yaratıcı düşünce ürünlerinin her türlü müdahaleye karşı korunmasını sağlamak, dikkatle izlenmesi gereken bir devlet politikası olarak benimsenmeli; söz konusu politika yasal ve uygulanabilir kurallar öngörülme suretiyle kamu makamlarınca yerine getirilmelidir.

Telif hakkı ile ilgili uluslararası alanda meydana gelen gelişmelere değindikten sonra, konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından ülkemizdeki fikri mülkiyet alanında meydana gelen gelişmelere değinmek faydalı olacaktır.

Matbaanın icadı ile birlikte Osmanlı İmparatorluğu döneminde, İbrahim Müteferrika'nın kitap basımına başlaması (1727) fikri mülkiyet alanında bir milât olarak kabul edilmiş; eser sahibinin hakları bakımından eser sahiplerine telif hakkı tanınması konusunda başlangıç olarak kabul edilen ilk belge, 1850 tarihli Encümen-i Daniş Nizamnamesi olmuştur.⁸ Bununla birlikte, Osmanlı İmparatorluğu döneminde, basılan eser nüshaları tükeninceye kadar basımcıya eser üzerinde zilyetlik hakkı (*elinde bulundurma*), eser sahibine de yaşam boyu imtiyaz tanıyan telif hakkıyla ilgili gerçek anlamda ilk hukuki düzenleme olarak 1857 tarihli Telif Nizamnamesi (Nizamname) kabul edilmektedir.⁹ Nizamnamenin ardından, gerçek anlamda ilk fikir ve sanat eserleri kanunu olarak kabul edilen, Türk kültür ve sanat yaşamına yön verecek bir kanun olarak yürürlüğe konulan ve 14. maddesiyle çevirinin bütünüyle serbest bırakıldığı 8 Mayıs 1910 tarihli "Hakk-ı Telif Kanunu (Kanun)" yürürlüğe

⁶ 1982 Anayasası'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünün 25. maddesinde, düşünce ve kanaat hürriyeti; 26. maddesinde, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti; 27. maddesinde, bilim ve sanat hürriyeti; 28. maddesinde ise, basın hürriyeti düzenlenmek suretiyle ifade özgürlüğü ile fikri mülkiyet konusunda bireylere güvenceler sağlanmıştır.

⁷ 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 27. maddesi ile İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması İçin Avrupa Sözleşmesi'nin (*The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) 10. maddesi ifade özgürlüğü ile telif, fikri haklar konusundaki temel uluslararası düzenlemeler olarak karşımıza çıkmakta; aynı zamanda da iç hukukumuzdaki fikri haklar ile ilgili düzenlemelere de referans teşkil etmektedirler.

⁸ Turan / Yılmaz, 2014, s. 58-59.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.telifhaklari.gov.tr/Telif-Hakki-Nedir>. İET: 29 Eylül 2020; Turan / Yılmaz, 2014, s. 59.

girmiş; FSEK'in¹⁰ yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1952 tarihine kadar da uygulama olanağı bulmuştur.¹¹

Türkiye'nin 1886 tarihli Bern Sözleşmesi'nin 1948 tarihli tadil edilmiş metnine katılmasıyla birlikte¹², yeni bir fikir ve sanat eserleri kanununa ihtiyaç duyulmuş; 1910 tarihli Kanun'un yerine Ernst Hirsch'in¹³ hazırladığı FSEK 1 Ocak 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Günümüze kadar da değişik zamanlarda, Türkiye'nin imzaladığı ve taraf olduğu uluslararası antlaşmalar ile Avrupa Birliği (AB) direktifleriyle uyumlaştırma çalışmalarının etkisiyle FSEK, çeşitli değişikliklere uğramıştır. Bu anlamda ilk kez, 2936 sayılı Kanunla 1983 yılında değişikliğe gidilen FSEK, sırasıyla 1995¹⁴, 2001, 2004¹⁵, 2005, 2007, 2008 ve son olarak 2012 tarihinde 6279 sayılı Kanun ile Ek 5. ve 10. maddelerde değişiklikler yapılmak suretiyle güncel hâlini almıştır. Öte yandan, AB Direktiflerine uyum amaçlı olarak FSEK'de birtakım değişikliklerin öngörüldüğü, kamuoyunda “*Telif Hakları Yasası*” olarak bilinen kanun tasarısı kamuoyunda tartışmaya açılmakla ve 3 Mayıs 2018 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmakla birlikte tasarı henüz yasalaşmamıştır.¹⁶ Son olarak belirtmek gerekirse Avrupa

¹⁰ FSEK, 5 Aralık 1951 tarihinde kabul edilmiş; 13 Aralık 1951 tarihli 7981 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. FSEK'in 1. maddesinde kanunun amacının öz itibarıyla, fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahiplerinin ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarını belirlemek, korumak, bu ürünlerden yararlanma şartlarını düzenlemek, usulsüz yararlanma halinde de yaptırımları tespit etmek olduğu ifade edilmiştir.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.telifhaklari.gov.tr/Telif-Hakki-Nedir>. İET: 29 Eylül 2020; Turan / Yılmaz, 2014, s. 59.

¹² Ülkemiz, ilk olarak 1 Ocak 1952 tarihinde, Bern Sözleşmesi'nin 1948 yılında tadil edilmiş metnine katılmış; 12 Temmuz 1995 tarih ve 22341 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 07 Temmuz 1995 tarih ve 4117 sayılı “*Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesinde Değişiklik Yapan ve 1979'da Tadil Edilen Paris Metnine Katılmamızın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun*” ile de Bern Sözleşmesi'nin en son haline taraf olmuştur. Bkz. <https://www.telifhaklari.gov.tr/Edebiyat-Ve-Sanat-Eserlerinin-Korunmasına-Iliskin-Bern-Sozlesmesi>. İET: 20 Kasım 2020.

¹³ Ernst Eduard Hirsch (20 Ocak 1902, Friedberg (Hessen) – 29 Mart 1985, Königsfeld im Schwarzwald), Alman-Türk hukuk profesörüdür. Ankara Üniversitesi ve İstanbul Üniversitesi'nde yirmi yıl ders vermiştir. Hirsch, Türk hükümetine çeşitli konularda danışmanlıklar yapmış ve bazı kanunların hazırlanmasında öncülük etmiştir. Almanya'da Mart 1933 yılında Yahudi kökenli olması nedeniyle üniversitedeki görevinden dolayı aynı yıl Türkiye'ye iltica etti. Hirsch, bilimsel anlamda, Türk hukukunun her alanında önemli etkinliklerde bulunmuş, pek çok yasanın kodifikatörü olmuştur. Bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Ernst_E._Hirsch. İET: 29 Eylül 2020.

¹⁴ FSEK'teki 1995 değişiklikleri, Türkiye-AB Gümrük Birliği mevzuat uyum çalışmaları çerçevesinde yapılmıştır.

¹⁵ 2004 yılında, FSEK'te kamuoyunda “*korsanla mücadele kanunu*” olarak bilinen 5101 sayılı kanunla birtakım değişiklikler yapılmıştır.

¹⁶ Kanun tasarısı ile ilgili bir değerlendirme çalışması için bkz. Küçükali, Canan, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt. 12, Sayı: 135, Kasım 2017, s. 82-86. Ayrıca bkz.

Parlamentosu ile AB Konseyi'nin dijital çağa ayak uydurmak amacıyla 2016'da hazırlıklarına başladığı "Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı Direktifi", 7 Haziran 2019 itibarıyla yürürlüğe girmiştir.¹⁷

2. Korsanla Mücadele

Emek yoğun teknolojiden bilgi yoğun teknolojiye geçiş ile birlikte insanlık için kayda değer bilimsel ve teknolojik ilerlemeler yaşanmış, bilgi bu süreçte önemli bir güç haline gelmiştir. Söz konusu ilerlemeler ile bilginin, ekonomide bu denli önemli hale gelmesi başta fikir ve sanat eserleri olmak üzere patent, marka ve endüstriyel tasarım gibi fikri mülkiyet haklarının hukuken korunmasını zorunlu hale getirmiştir.¹⁸

Fikir ve sanat eserleri (kitap, bilgisayar programları, CD, DVD vs. şeklinde somutlaşan) gibi fikri mülkiyet haklarının dünya ticaretinde kayda değer bir paya ulaşması, başta suç örgütleri mensupları olmak üzere bir takım kötü niyetli kişilerce korsanlık faaliyetleri (korsanlık), iyi bir gelir getirici faaliyet olarak görülmeye başlanmış; çoğaltma tekniklerindeki kayda değer gelişmelerin de etkisiyle korsanlık ivme kazanmış; tüm bunların sonucu olarak da bilgisayar programları, CD ve DVD'ler gibi fikri ürünlerde korsan ürünlerin sayısı orijinal ürünlerin sayısından fazla hale gelmiştir.¹⁹

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından "korsan" kelimesinin ne anlama geldiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Korsan, "izinsiz ve yasalara aykırı şekilde bir hakkı kullanan" kimse²⁰ olarak tanımlanmaktadır. "Başkalarının haklarını zor kullanarak alan kişileri" tarif etmek için kullanılan bu kavram aynı zamanda "telif hakları ödenmemiş kitap, film ve müzik gibi görsel ve işitsel eser nüshalarının çoğaltılması" anlamına da gelmektedir.²¹

<https://www.telifhaklari.gov.tr/haber/5846-sayili-Fikir-ve-Sanat-Eserleri-Kanununda-Değişiklik-Yapilmasına-İliskin-Kanun-Tasarisi-Taslagi>. İET: 29 Eylül 2020.

¹⁷ Direktifin (*Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market*) İngilizce tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019L0790>. İET: 29 Eylül 2020.

¹⁸ Suluk, Cahit, "Korsanlıkla Mücadele ve Matbaa Sektörü", II. Uluslararası Katılımlı Kâğıt - Karton, Mürekkep, Matbaa Sempozyumu, Bildiriler Cilt II, İzmir, 2-5 Aralık 2004, s. 159. http://www.fikrimulkiyet.com/files/Content/87_16_TYH9e.pdf. İET: 14 Eylül 2020.

¹⁹ Suluk, 2004, s. 159.

²⁰ Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü (Öğrenciler İçin)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, Birinci Baskı, s. 398.

²¹ Türk Dil Kurumu'nun online (çevrimiçi) Güncel Türkçe Sözlüğünden alıntı yapılmıştır.

Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>. İET: 29 Eylül 2020. Ülkemiz yakın tarihe kadar korsanlık konusunda dünya genelinde olumsuz bir üne sahip bulunmaktaydı. Şöyle ki, Ülkemiz Avrupa genelinde kitap CD, DVD şeklinde piyasaya sürülen korsan ürünlerin üretim üssü haline gelmişti. Bu durumun önüne geçilebilmesi için Yasama organınca 2004

5101 sayılı Kanun'la FSEK'te önemli değişiklikler yapılmış, yasanın etkin bir şekilde uygulanmasıyla birlikte korsan eserlerin çoğaltılması ve satışında önemli ölçüde azalma meydana gelmiş, tüm bunların bir sonucu olarak da korsanla mücadelede önemli bir mesafe kaydedilmiştir. Hiç kuşkusuz mücadelenin başarılı olabilmesi için mücadelenin sürekli ve kurumsal düzeyde yapılması gerekmektedir. Mücadelenin başarıya ulaşmasında başta eser sahipleri olmak üzere yayınevleri ile devletin de menfaati bulunmaktadır.²² Zira eserlerin bandrollü bir şekilde basılması diğer bir deyişle korsan basımların önüne geçilmesi ile elde edilecek gelirler kayıt altına alınacak, böylelikle devletin her yıl yüksek rakamlarla ifade edilecek vergi kaybının (maddi zarar) önüne geçilmiş olunacaktır. Benzer şekilde, bandrollü kitap, CD, DVD almayı tercih eden okuyucular ile izleyiciler sayesinde yayınevleri ile dağıtıcılar, korsan çoğaltım nedeniyle oluşabilecek muhtemel zararlarını fiyatlara yansıtmayacak; böylelikle eser sahipleri, yayınevleri, dağıtıcılar ile Devletin yanı sıra okuyucular gibi fikir ve sanat eserlerinin nihai tüketicileri de bu süreçte kazançlı çıkanlar arasında yer alacaklardır.

3. Fikri Mülkiyet Kavramı

İnsanoğlunun zihinsel aktivitesi sonucu oluşan fikri emek mahsullerinin mali ve manevi boyutlarına değer biçen özel bir hukuki statüye taşınmaları ile bunların doğası gereği klasik mülkiyet hukukundan farklı olarak özellikli bir mülkiyet rejimine konu edilmeleri zorunluluğu, hukuk sisteminde "*fikri ve sınai haklar*" olarak tarif edilen bir hukuk disiplininin ortaya çıkmasına yol açmıştır.²³

Esas itibariyle doktrinde üst bir kavram olarak kullanılan "*fikri ve sınai haklar, fikri hukuk, fikri haklar, entelektüel ya da fikri mülkiyet hakları*"²⁴ günümüzde bir üretim faktörü olarak telakki edilen bilgi ve bu bilgiye

yılında 5101 sayılı Yasa kabul edilmiş; yasada birtakım boşlukların bulunmasına rağmen, mezkûr yasanın etkin bir şekilde uygulanması sonucunda bugün korsan ürünlerin üretimi ve satışı önemli ölçüde engellenmiştir. Bkz. Suluk, 2004, s. 160.

²² Suluk'a göre, 5101 sayılı Yasa üç temel amacı gerçekleştirmek üzere çıkartılmıştır. Bunlar: "*i) Korsanlıkla Mücadele, ii) AB mevzuatıyla uyum, iii) Hak sahiplerini temsil eden meslek birlikleri ile eserleri kullanıcı konumundaki umuma açık yerler ile Radyo-TV kuruluşları arasındaki telif barışının sağlanması.*" dır. Yazar, yeni yasada "*korsanlık*" kavramının tanımına yer verilmemesini büyük bir eksiklik olarak değerlendirmektedir. Kavramın tanımlanması ile korumanın kapsam ve sınırının tayini bakımından ileri bir adım atılmış olunacak, böylece başta hak sahipleri olmak üzere kullanıcıların da güvenli bir ortama kavuşması sağlanmış olunacaktır. Bkz. Suluk, 2004, s. 164.

²³ Turan, H. Selcen, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, Birinci Baskı, s. 15.

²⁴ Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s.1; Muşlu, Deniz "Fikir ve Sanat Eseri Düzenlemelerinde Eser Kavramı", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı. 1, 2007, s. 95. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20071/ibd2007118.pdf>. İET: 25 Kasım 2016. Yazar'a göre fikri mülkiyet hakları iki ana kategoriye ayrılmaktadır: i) Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar (telif hakları), ii) Gayri maddi

dayalı ekonomik faaliyetler ile beraber anılan telif hakları ile sınai mülkiyet haklarını da kapsamına almaktadır.²⁵ Doktrinde "*fikri mülkiyet*" kavramının geniş ve dar olmak üzere iki şekilde tanımlandığı görülmektedir. Geniş anlamıyla fikri mülkiyet (*intellectual property*) hukuku, patent, endüstriyel tasarım, ticaret unvanı, marka, fikir ve sanat eseri, faydalı model, yeni bitki çeşitleri, gen teknolojisi, biyoteknoloji, alan adları, know-how, coğrafi ad, bilgisayar programları, veri tabanları, çipler ile entegre devrelerin yerleşimini ifade etmektedir.²⁶ Dar anlamda fikri mülkiyet kavramı ise, başta bilim ve edebiyat eserleri olmak üzere sinema, güzel sanat eserleri, bilgisayar programları ile veri tabanları üzerindeki hakları diğer bir ifadeyle telif haklarına (*copyrights*) karşılık gelmektedir.²⁷

Çalışmamız bakımından bir değerlendirmede bulunmak gerekirse, FSEK ile düzenlenen ve koruma altına alınan haklar, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar olduğundan, bunları ifade etmek üzere dar anlamda fikri mülkiyet kavramının tercih edilmesi ile bu anlamda "*telif hakkı*" ifadesini kullanmanın daha doğru bir yaklaşım olduğunu ifade etmek isteriz. Nitekim, zihinsel çaba sonucunda fikri emek vermek suretiyle oluşan ürünlerin, fikri hak ya da sınai hak şeklinde ayrıma tabi

malvarlıkları için sınai mülkiyet hakları. Maddi varlığının bulunmaması, somutlaştığı eşyadan farklı ve süreyle sınırlı olması gibi özellikleriyle maddi mülkiyet haklarından ayrılan fikri mülkiyet haklarının kendine özgü (*sui generis*) nitelikleri ise ana hatlarıyla şu şekilde ifade edilebilir: i) Fikri ürünler, eşyadan farklı olarak maddi bir varlığa sahip olmayıp, soyut bir nitelik taşırlar. ii) Fikri mülkiyet hakları ülkesel düzeyde korunmaktadır (*ülkesellik ilkesi*). iii) Fikri mülkiyet hakları süreye tabidir. Örnek kabilinden ülkemizde telif hakları, eseri meydana getirenin yaşam süresince ve vefatı ile birlikte azami olarak 70 yıl süreyle korunurlar. iv) Fikri ürünler, eşya gibi bir maddi varlığa sahip olmadıklarından somutlaştığı kitap, CD gibi eşyadan da farklı bir varlığa ve hukuki rejime sahiptirler. v) Fikri mülkiyet hakları kullanmakla tükenmezler. vi) Fikri mülkiyet hakları üzerinde, devir, lisans, rehin ve haciz gibi hukuki işlemler tesis edilebileceği gibi aynı zamanda miras yoluyla eser sahibinin murislerine de intikal edebilmektedir. vii) Fikri mülkiyet hakları, hak sahibine tekel niteliğinde mutlak yetkiler veren anti-rekabetçi karaktere sahip olduğundan, ilgili hak, ticari saikle sadece hak sahibi veya onun izin verdiği kişilerce kullanılabilir. Bkz. Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s.1, 4-6. WIPO (*Dünya Fikri Mülkiyet Hakları Örgütü-World Intellectual Property Organisation*) olarak adlandırılan Dünya Fikri Mülkiyet Anlaşması'nın 2. maddesinde; fikri mülkiyet kavramının, edebiyat, sanat ve bilim eserlerini, icracı sanatçıların, yapımcıların, ve yayın kuruluşlarının haklarını, insanlar tarafından yapılan keşiflerin, bilimsel buluşların, sınai tasarımların, ticaret ve hizmet markalarının, ticari unvan ve tasarımlar ile haksız rekabete karşı korumayı içerdiği ifade edilmiş; sınai mülkiyet ayrımı olmaksızın sayılan fikri çaba sonucu gerçekleştirilmiş ürünlerin hepsi geniş anlamda fikri mülkiyet kavramı altında toplanmış ve örgütün görev ve koruma alanına dâhil edilmiştir. Bkz. Muşlu, 2007, s. 96, 97-98.

²⁵ Turan / Yılmaz, 2014, s. 58.

²⁶ Muşlu, 2007, s. 95; Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s.1; Turan, 2012, s. 15.

²⁷ Muşlu, 2007, s. 95.

tutularak adlandırılmaları bu konuların düzenlendiği uluslararası metinlerde de tercih edilmektedir.²⁸

Bu başlık altında son olarak belirtmek gerekirse, telif yasalarıyla korunan, zihinsel çaba sonucu oluşan (*insan aklının emeği-the work of the human mind*) insan fikrinin dış dünyaya kimi zaman müzik tınısı, şiir veya resim kimi zaman da film olarak tezahür eden ifade edilmiş biçimleri (*şekillenmiş fikri ürünler*) olduğundan; henüz düşünce aşamasında olup da dış dünyaya fikri ürün olarak tezahür etmemiş soyut insan fikirleri telif yasaları kapsamında koruma göremeyeceklerdir.²⁹

²⁸ Örneğin, 1883 tarihli Paris Sözleşmesi ile patent, marka, endüstriyel tasarım gibi sınai haklar düzenleme altına alınmışken; 1886 tarihli Bern Sözleşmesi ile fikir ve sanat eserleri gibi telif hukukuna ilişkin konulara yer verilmek suretiyle fikri mülkiyet haklarına koruma sağlanmıştır. Avrupa Topluluğu-Türkiye Ortaklık Konseyinin Gümrük Birliği'ne ilişkin 6 Mart 1995 tarihli kararında "fikri, sınai ve ticari mülkiyet" deyimleri kullanılmak suretiyle fikri ve sınai mülkiyet anlamında bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bkz. Muşlu, 2007, s. 96.

WIPO tarafından 20 Aralık 1996 tarihinde kabul edilen; 1 – 2/5/2007 tarihli ve 5646 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan ekli "WIPO İcralar ve Fonogramlar Andlaşması"na, 2 – 2/5/2007 tarihli ve 5647 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan ekli "WIPO Telif Hakları Andlaşması"na katılmamız; Dışişleri Bakanlığının 8/4/2008 tarihli ve HUMŞ/397 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 28/4/2008 tarihinde kararlaştırılmıştır. 1996 tarihli WIPO Telif Hakları Andlaşması'nın 6. maddesinde "yayma hakkı", 8. maddesinde de "kamuya iletim hakkı" tanımlanmıştır. Bkz. <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14283/wipo-telif-haklari-andlasmasi-1996.html>.

İET: 14 Eylül 2020. Telif haklarıyla ilgili AB Müktesebatı ise; 1- Fikri Mülkiyet Haklarına Komşu Bazı Haklar ile Ödünç ve Kiraya Verme haklarıyla ilgili 2006/115 sayılı Konsey direktifi, 2- 19 Kasım 1992 tarihli 92/100 sayılı Fikir ve Sanat Eseri Haklarının Kiralanması, Ödünç Verilmesi ve Bağlantılı Haklara dair Konsey direktifi, 3- 27 Eylül 1993 tarihli 93/83 sayılı Uydu Yayınlarında ve Kablolü Yayınlarında Uygulanan Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Haklara İlişkin Kuralların Koordinasyonu Hakkında Konsey direktifi, 4- 22 Mayıs 2001 tarihli 2001/29 sayılı Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılması Hakkında Konsey direktifleri, 5- 27 Eylül 2001 tarihli 2001/84 sayılı Orijinal Sanat Eseri Sahibi Lehine Yeniden Satış Hakkına İlişkin Parlamento ve Konsey direktiflerinden müteşekkildir. Söz konusu bu direktiflerde geçen yayma hakkı ile ilgili tanımlar konusundaki çalışma için bkz. İnancı, Haluk, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Değişiklik Çalışmalarında Yayma Hakkıyla İlgili Kavram Sorunları", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ağustos 2010, s. 9-10. Bkz. <http://www.inanici-tekcan.av.tr/images/pdf/ilim-edebiyat.pdf>. İET: 25 Kasım 2016.

²⁹ Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 2. Konunun insan hakları boyutu, özellikle de telif hakkı, fikri mülkiyet gibi kavramların Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde düzenleme altına alınan mülkiyet hakkı ile ilişkisinin ortaya konulması isabetli olacaktır. Bu anlamda, özerk bir kavram olarak mülkiyet hakkını ayrıntılı bir şekilde ele alan ve Avrupa Konseyi (AK) Hukuk Profesyonelleri için İnsan Hakları Eğitimi Programı (HELP) E-egitim Platformu'nda yer alan, 2017 yılında geliştirilen ve hukuk profesyonellerinin istifadesine sunulan "HELP Mülkiyet Hakkı ve AİHS (HELP online course on Property Rights and the ECHR)" çevrimiçi kursu hakkında daha fazla bilgi sahibi olmak için bkz. <http://help.elearning.ext.coe.int/course/view.php?id=1731>. İET: 29 Eylül 2020.

B. TELİF HAKLARININ KAYNAĞI OLARAK “ESER” KAVRAMI

1. Genel Olarak

Eserin meydana gelmesi ile birlikte kendiliğinden ortaya çıkan, mutlak hak niteliği taşıyan ve herkese karşı ileri sürülebilir eser sahipliğinden doğan mali ve manevi haklar diğer bir deyişle telif hakları, aynı zamanda FSEK'in önde gelen amacı olarak *"eser sahipliğinden doğan hakların korunması"* kapsamında kanunla korunmaktadır.³⁰ Eserden doğan mali ve manevi hakların kaynağını teşkil eden eser, FSEK'in kilit kavramı³¹ olması nedeniyle eserin ne olduğunun tespiti ile alelade fikir ürünlerinden ayıran, diğer bir deyişle *"eser"* yapan farkın kapsamının ortaya konulması gerekmektedir.³²

2. Eser Kavramı

FSEK kapsamında korunacak eser, Kanunun 1-B maddesinde; *"sahibinin hususiyetini taşıyan ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri"* şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca, müstakil eser sahibinin haklarına hâlel getirmemek koşuluyla oluşturulan ve işleyen hususiyetini taşıyan işlenmeler ve derlemeler de eser olarak kabul edilmektedir (FSEK md. 6).

Telif hakkına konu eserlerin, yeniden üretime, özgün bir şekilde yeniden yorumlanmaya ve yararlanmaya müsait olmaları karşısında eseri, *"müellifin elindeki bitmeyen bir hammaddeye veya tükenmeyen bir kaynağa benzetmek"*³³ yerinde olacaktır. Öğretide kimi yazarlarca, bir fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için üç temel koşulun kümülatif bir şekilde bir arada bulunması gerektiği fikri benimsenmiştir. Bunlar; i) şekli koşul olarak bir fikri ürünün FSEK'te belirtilen eser gruplarından birisine dâhil olması, ii) sübjektif koşul olarak sahibinin hususiyetini taşıma, iii) objektif koşul olarak da tasarrufa elverişli ve üçüncü kişilerce algılanabilir nitelikte olmasıdır.³⁴

³⁰ Bozgeyik, Hayri "Telif Hukukunda Eğitim İstisnası", I. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumunda Sunulan Tebliğ, 28 Kasım 2014, TFM, 2015/1-2, s. 24. dergipark.ulakbim.gov.tr/tfm/article/download/5000149578/5000135916. İET: 29 Eylül 2020. Yazar'a göre, eser sahipliğinden doğan hakların esere münhasır olması, eserin müellifinin hususiyeti ile varlık kazanmasından kaynaklanmaktadır. Hususiyet sayesinde, içeriği anomim olsa bile, bir eserin müellifine isnat edilmesi mümkün hale gelmektedir. Bu bakımdan, telif hakkına konu eserlerin korunması, eserin içeriğinden ziyade bunun ifade ediliş ya da yorumlanış biçiminden kaynaklanmaktadır. Bkz. Bozgeyik, 2014, s. 24.

³¹ Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 42.

³² Turan, 2012, s. 27.

³³ Bozgeyik, 2014, s. 24.

³⁴ Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 42.

Kanaatimizce, şekli koşul ile aranan unsur, aynı zamanda objektif koşul bağlamında bir eserin tasarrufa elverişli ve üçüncü kişilerce algılanabilir nitelikte olması koşulu ile özdeş olduğundan ve bu koşulun içerisinde var olduğundan bir fikri ürünün eser olarak değerlendirilebilmesi için sübjektif (*esasa ilişkin şart*) ve objektif unsurların (*şekle ilişkin şart*) bir arada olması yeterli olacaktır.³⁵ Hiç kuşkusuz bir fikri ürün olarak eserin kanundaki koşulları taşıyıp taşımadığı, diğer bir deyişle kanun kapsamında korunabilecek bir eser olup olmadığının tespiti, her somut olayda mahkemece re'sen belirlenecektir.³⁶ Son olarak belirtmek gerekirse, öncelikle eser, insan faaliyeti sonucu ortaya çıkarılan, diğer bir deyişle bir zihinsel çabanın ürünü olmalıdır.

a. Eserdeki Sübjektif Koşul

Eserin sübjektif koşulu olarak kabul edilen "*sahibinin hususiyetini taşıma*", eserin, herkes tarafından meydana getirilebilecek alelade ürünlerden ayırt edilmesini sağlama işlevi görmektedir. Bu anlamda, hususiyet koşulu, her fikri ürünün kanun kapsamında korunmamasını ve eserlerin diğer fikri ürünlerden ayırt edilebilmesini sağladığından hususiyet her somut olayda alanında uzman bilirkişiler tarafından tespit edilecektir.³⁷ Bir eserin sahibinin hususiyetini taşıyor kabul edilebilmesi için bağımsız bir fikri ve zihinsel çaba sonucu oluşturulan bir çalışma ürünü olması ve böylelikle müellifinin yaratıcılığını, izlerini yansıtabilmesi gerekmektedir. Önemli olan esere vücut verenin az çok fikri çabasının esere yansmasıdır. Hususiyet kavramı doktrinde, birçok yazar tarafından farklı şekillerde yorumlanmış olmakla birlikte günümüzde üzerinde mutabık kalınan bir çerçeve çizilmek suretiyle genel bir tanıma ulaşılmış; geniş anlamıyla "*özgünlük*", dar anlamıyla "*sahibinden bir şeyler ya da sahibinin özelliklerini taşımak*" şeklinde tanımlanmıştır.³⁸

Sübjektif koşul ağırlıklı olarak kesin şekilde tespiti güçlük arz eden "bağımsızlık" ve "yaratıcılık" esaslarına dayandırılmıştır.³⁹ Bununla birlikte, sahibinin yaratıcı gücünün eserde bulunup bulunmadığının tespitinde, eserin daha önce hiçbir yerde görülmemiş olmak gibi mutlak bir özgünlüğe (*orijinaliteye*) haiz olması beklenmemektedir.⁴⁰ Önemli olan hususiyetin belirlenmesinde, anlatım/üslup ile bağımsızlığa ilave

³⁵ Aynı görüşte olan yazarlar için bkz. Turan, 2012, s. 27; Muşlu, 2007, s. 99.

³⁶ Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 42-43.

³⁷ Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 43. Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarında, eser üzerinde sahibinin hususiyetinin varlığının, eserin dâhil olduğu tür alanında uzmanlaşmış bilirkişilerce tespit edileceği ifade edilmiştir. Bu yöndeki kararlara, Yargıtay II. HD II Ekim 2002 tarih, E. 2002/8275, K. 2002/8839 ile Yargıtay II. HD 21 Aralık 2004 tarih, E. 2004/2772, K. 2004/12672 örnek verilebilir.

³⁸ Muşlu, 2007, s. 100.

³⁹ Turan, 2012, s. 28.

⁴⁰ Turan, 2012, s. 28.

olarak fikri ürünü yaratanın serbest biçimlendirme alanının varlığı, fikri üründe genelin üstünde bir özelliğin varlığı ve amaca uygun olanın üstünde bir özelliğin varlığıdır.⁴¹

Öte yandan Yargıtay, hususiyet terimini tahlil ederken belirli kriterler ortaya koymamış; kimi zaman salt bu terimi kullanmış; kimi zaman da özellik, orijinallik gibi terimler kullanmak suretiyle hususiyeti açıklamaya çalışmıştır.⁴²

b. Eserdeki Objektif Koşul

Bir fikri ürünün eser olarak kabul edilmesi için aranan ikinci koşul (*şekli koşul*), eserin kanunda sayılan eser türlerinden biri kapsamında mütalaa edilebilmesidir. Bu cümleden olarak, bir fikri ürün FSEK'in 1/B maddesinde sınırlı sayı prensibine (*numerus clausus*) göre sayılan ilim edebiyat eserleri, güzel sanat eserleri, musiki eserleri, sinema eserleri ile işlenme ve derleme eser kategorilerinden birisine dâhil olabiliyorsa, telif hukuku bağlamında eser olarak korunma olanağına sahip olacaktır.⁴³

Objektif koşul aynı zamanda, yoğun zihinsel çaba sonucu oluşan bir fikri ürünün eser sayılabilmesi için objektif olarak CD veya DVD player gibi teknik bir cihaz yardımıyla doğrudan veya dolaylı yoldan algılanabilir (*mücessem hale gelmiş olma*) nitelikte olmasını da gerektirmektedir.⁴⁴ Bu anlamda yaratıcı düşünce fikir aşamasında kalmayarak, tasarrufa elverişli bir hale bürünmesi, diğer bir deyişle eser sahibinin düşünce dünyasından çıkararak üçüncü kişilerin objektif olarak algılayabileceği bir safhaya geçmesi gerekmektedir. Özellikle belirtmek gerekirse, objektif şartı, telif hakkı bağlamında bir eserin korunabilmesi için "*bir eşya üzerinde somutlaşması gerektiği*" şeklinde yorumlamak doğru ol(a)mayacağından; üçüncü kişilerin algılayabileceği nitelikte olması koşuluyla doğaçlama bir müzik veya bir tiyatro gösterisi de eser olarak değerlendirilerek telif hukuku bağlamında korunacaktır.⁴⁵

⁴¹ Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 45.

⁴² Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 43-44. Bununla birlikte Yargıtay'ın kimi kararlarında bir çalışmanın eser sayılabilmesi için, eser sahibi tarafından meydana getirilme, başka kaynaklardan alınan bir kopya olmama ve zihinsel bir çabanın ürünü olma şartlarını aradığı görülmektedir. Bkz. Yargıtay 4. HD. 11 Şubat 1972 tarih, E. 1971/12331, K. 1972/1080. (Aktaran), Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 44.

⁴³ Muşlu, 2007, s. 100.

⁴⁴ Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s.44; Turan, 2012, s. 30.

⁴⁵ Bkz. Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 48. Yazarlara göre, yalnızca tamamlanmış bir fikri ürünün telif hakkı bağlamında korunacağı savı doğru bir yaklaşım olmayacak, bu anlamda taslak veya müsvedde gibi hazırlık çalışması niteliğindeki bir fikri ürün, eser sayılabilmeye ilişkin koşulları taşıyacak düzeye gelmesi şartıyla telif hakkının koruma alanına dâhil olacaktır.

3. FSEK'te Düzenlenen Fikir ve Sanat Eserleri Türleri

5846 sayılı FSEK'te telif hukuku bağlamında korunan eserler, kanunda sınırlı sayı prensibi (*numerus clausus*) uyarınca⁴⁶ ilim ve edebiyat eserleri (md. 2), musiki eserleri (md. 3), güzel sanat eserleri (md. 4) ve sinema eserleri (md. 5) olmak üzere dört ana kategoriye ayrılmak suretiyle sayılmıştır. Öte yandan yukarıda yer verilen eser kategorileri arasında yer almamakla birlikte 6. madde uyarınca, işlenme ve derlemeler de eser olarak kabul edilmiş olduğundan telif hakkı bağlamında koruma altına alınmıştır.⁴⁷

Kanunda bu ana gruplar belirlendikten sonra her bir eser grubu altında yer alan eser çeşitlerine de yer verilmiştir. Ancak, ana gruplar altında sayılan roman, hikâye, resim, heykel, harita, sinema filmleri vs. gibi eser türleri, yalnızca ana gruplarda yer alan eserlerin örneklerini teşkil ettiklerinden, bunlar tahdidi bir nitelik taşımamakta, diğer bir deyişle örnekleme yöntemi ile sayılmış olduklarından herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmamaktadırlar.

Özellikle son yıllarda teknolojik gelişmelerin etkisiyle eser niteliğinde sayılan fikri ürün yelpazesinde kayda değer bir genişleme olduğu göze çarpmakta, bu minvalde reklamlar ile matbaa sektörünü ilgilendiren reklam afişleri, broşürler, tanıtım katalogları gibi fikri ürünlerin eser sayılabileceği üzerinde tartışmalar yapılmaktadır.⁴⁸ Bu noktada, yukarıda sayılan kategoriler dâhilinde sayılamayan ve fakat niteliği itibariyle sahibinin hususiyetini taşıyan ve yoğun bir zihinsel emek ile çabanın ürünü olan bir fikri ürün, sınırlı sayım karşısında telif hukuku diğer bir deyişle mezkûr kanun kapsamında korunmasız kalacaktır.⁴⁹

Kanaatimizce bu konuda, mezkûr kanunda sayılan ve somutlaşmanın niteliğinin çerçevesini çizen bu dört ana eser grubunun sınırlı bir şekilde benimsenmesi yerine, ulusal ve uluslararası mevzuatın merkez kavram olarak benimsediği "*fikri çaba ürünü olan kişisel yaratım*"⁵⁰ somutlaştıracak şekilde "*eserin müşahhas hale gelmesi hususunun mahiyetini ortaya koyan*"⁵¹ bir tanımın yer alması ve her bir ana eser grubu altında sayılan eserlerin sınırlı olmadığını belirtmek üzere "*gibi*" ibaresinin

⁴⁶ Kimi yazarlarca, yasa koyucunun eser bakımından öngördüğü bu koşul ile sınırlı sayı ilkesini ortaya koyarak, ceza hukuku açısından belirliliği ve açıklığı kısmen sağladığı, aksi durumda her fikri ürünün eser düzeyinde korunması halinde bireylerin özgürlüklerine cezalandırma yolu ile müdahalede bulunmanın haksızlık teşkil edeceği ifade edilmiştir. Bu nedenle eserlerin belli başlı kategorilere ayrılması ve sınırlarının belirlenmesi, ceza hukuku anlamında suçta ve cezada kanunilik ilkesine de uygun düşecektir. Bkz. Çakır, Kerim "Bandrol Yükümlülüğüne Aykırılık Suçları", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 62, Ekim 2011, s. 24.

⁴⁷ Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 62.

⁴⁸ Suluk, 2004, s. 164.

⁴⁹ Turan, 2012, s.31.

⁵⁰ Muşlu, 2007, s. 104.

⁵¹ Turan, 2012, s. 31.

örneklemelemler sonrasında ilgili madde metnine konulması isabetli olacaktır.

Burada önemli olan, yeni eserlerin hangi ana eser kategorisi içerisinde değerlendirilebileceğine ilişkin kriterlerin somut bir şekilde mezkûr kanunun ilgili maddelerinde ortaya konmasıdır. Bu durum ceza hukuku anlamında, suç ve cezada kanunilik, açıklık, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri bağlamında eleştiri konusu yapılsa da, teknolojik ve bilimsel gelişmeler sonucunda yeni fikri ürünlerin ortaya çıkması ve bunların telif hukuku bağlamında korunması bakımından bir denge gözetildiğinde elzem olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim haklı olarak doktrinde kimi yazarca, "*eserin somutlaşmasına dair kriter belirleyerek fikri mahsulün eser olup olmadığını değerlendirmek yerine eser kavramını kanundaki tasnife hapsedmek, yaratıcılık ürünü fikir ve sanat mahsullerinin kanunda öngörülen türlere dâhil edilmemeleri halinde FSEK himayesinden mahrum kalmaları sunucu doğurabileceği*"⁵² dile getirilmiştir.

4. Bandrol Kavramı

FSEK'te, telif hakkı bağlamında koruma altına alınan fikir ve sanat eserlerinin hukuka aykırı biçimde çoğaltılmış nüshalarının piyasada dolaşımının önlenmesi ve eserlerin nüshalarının sayısının belirlenebilmesi açısından "*eser nüshalarının belirli bir kayıt altında piyasaya sürülmesi*" olarak ifade edebileceğimiz, aynı zamanda da korsanlıkla mücadelenin⁵³ bir ayağını teşkil eden bandrol uygulaması yöntemi benimsenmiştir.⁵⁴ Bu yöntem esas itibariyle, müzik ve sinema

⁵² Turan, 2012, s. 31.

⁵³ Fikri ürünler korsan olarak daha çok korsan kitap ve CD şeklinde çoğaltılmakta ve tedavüle çıkartılmaktadır. Eser olarak bir kitabın "*korsan kitap*" olup olmadığı şu şekilde ayırt edilebilmektedir: 1- Öncelikle bandrole bakılır, kitap bandrolsüz ise, korsan kitap olarak değerlendirilebilir. 2- Kitapların bandrollü olması durumunda ise; kitap üzerindeki bandrolün söküldüğünde dağılıp dağılmadığına bakılacaktır. Zira, orijinal bandrol söküldüğünde dağılırken, sahte bandrollü ve korsan kitaptaki bandrol söküldüğünde dağılmamaktadır. 3- Bandrol orijinal olmakla birlikte kitap korsan ise usulsüz bandrollü korsan kitap olarak tanımlanmaktadır. Zira, kitabın üstündeki bandrol farklı bir eser için alınmış olmasına rağmen orijinal süsü verebilmek için alakasız kitap üzerine yapıştırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://tbym.org/menu/korsan-kitap.html>. İET: 29 Eylül 2020. Güneş'e göre, bandrol uygulaması esas olarak korsanla mücadele mekanizmasının merkezinde yer aldığından, mekanizmanın önemli bir ayağını oluşturmaktadır. Korsanla mücadelede bandrol uygulaması, kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirebilmesi için, eserlerin kayıt ve tescili, işletmelerin belgelendirilmesi ve denetim komisyonlarının faal çalışması gibi birtakım ek önlemlerle desteklenmesi gerekmektedir. Güneş, İlhami, *Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, Güncel İçtihatlarla 2. Baskı, s. 269.

⁵⁴ Başlar, Yusuf "Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Bandrol Suçları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Sayı: 7, Haziran 2016, s. 247. Çalışmamızın konusunu oluşturan, "*Haklara tecavüzün önlenmesi*" başlıklı cezaî düzenlemeler içeren, hem genel olarak eser sahiplerinin hem de kamu düzeninin korunmasını amaçlayan FSEK'in 81. maddesi, bandrol yükümlülüğüne yönelik olup, anılan maddede bu yükümlülüğün gereği gibi

eserleri ile süreli olmayan yayınlarda uygulanması zorunlu kılınan, Kültür ve Turizm Bakanlığının bastırıldığı⁵⁵ ve satımını gerçekleştirdiği, ayrıca yetkilendirdiği kuruluşların da satışını yapabildiği her birinin üzerinde farklı bir numara olan bandrollerin hak sahiplerince temin edilmesi ve her bir eser nüshalarına yapıştırılması şeklinde uygulanmaktadır.⁵⁶

Ülkemizde zorunlu bandrol uygulaması ilk olarak, 2004 yılında yürürlükten kaldırılan 3257 sayılı Sinema Video ve Müzik Eserleri Kanunu ile 1986 yılında hayata geçmiş; akabinde süreli olmayan yayınlarda da bandrol kullanımını mezkûr kanunda 1995 yılında yapılan değişiklikle zorunlu hale getirilmiştir.⁵⁷

Öte yandan, bandrol çeşitli yönetmelik hükümlerinde ve öğretide tanımlanmıştır. Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (Bandrol Yönetmeliği)⁵⁸ "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin (b) bendinde bandrol öz olarak; "(...)güvenlik şeridi içeren holografik özellikli bir güvenlik etiketini veya dijital olarak üretilen güvenlik etiketi"⁵⁹ şeklinde

ya da hiç bir şekilde yerine getirilmemesinin müeyyidelerine yer verilmiştir. Bkz. Turan / Yılmaz, 2014, s. 62.

⁵⁵ Kimi yazarlarca, "bakanlıktan alınacak bandrol"ün sansüre yol açabilecek şekilde kullanılabileceğinden, bandrolün yalnızca meslek birlikleri tarafından dağıtılması ve eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin talebine göre isteğe bağlı olması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. İnancı, Haluk "İlim ve Edebiyat Eserleri Açısından 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Değişiklik Tasarısı ve Bazı Pratik Telif Sorunları", I. TÜYAP Kitap Fuarı Panelinde Sunulan Tebliğ, 9 Kasım 1999, s. 5. <http://www.inanici-tekan.av.tr/images/pdf/ilim-edebiyat.pdf>. İET: 25 Kasım 2016.

⁵⁶ Belirtmek gerekirse hak sahipleri, Bakanlığa, kaç adet bandrol talepleri olduğunu ve talep edilen bandrolleri hangi eser için kullanacaklarını gösteren bir taahhütname vermek suretiyle bandrole konu eserin çoğaltılmış nüshaları adedince bandrol temin etmek ve her biri üzerinde farklı bir numara olan bandrolleri her bir eser nüshasına yapıştırmakla mükelleftir. Bkz. Turan, 2012, s. 220.

⁵⁷ Turan, 2012, s. 220.

⁵⁸ Resmi Gazete'nin 08 Kasım 2001 tarih ve 24577 sayısında yayımlanmıştır. Bandrol Yönetmeliği'nin "Amaç" başlığını taşıyan 1. maddesinde bandrol uygulamasının temel fonksiyonu ortaya konulmuştur.

⁵⁹ 2010 yılında Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (01 Kasım 2010 tarih, 27746 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.) ile Bandrol Yönetmeliği'nin 4. maddesinin (b) bendindeki bandrol tanımına "veya dijital olarak üretilen güvenlik etiketi" ibaresi eklenmek suretiyle bandrol tanımının uygulama alanının genişletildiği görülmektedir. Bununla birlikte, dijital yayınlarda bandrol uygulamasının ne şekilde olacağı konusunda uygulamada hâlâ belirsizlikler devam etmektedir. Öte yandan, son yıllarda özellikle bilişim alanında meydana gelen gelişmelerin etkisiyle fikri ürünlerin, hak sahipleri tarafından daha çabuk ve ucuz bir şekilde dijital ortamda yayınlama ve satış yolunun tercih edildiği görülmektedir. FSEK'in 81. maddesi bakımından olaya baktığımızda, musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlara bandrol yapıştırılması zorunluluk arz etmektedir. Oysa, dijital yayınlarda ise bandrol yapıştırılma uygulamasından bahsedilemeyeceğinden, telif hukuku bağlamında korunan ve bandrol yapıştırılması yöntemi ile takip edilebilecek hakların korunması imkânsız hale gelebilecektir. İşte bu noktada, dijital ortamda yayınlanan eserlerin bandrol haricinde farklı bir yöntem ile korunması önem arz ettiğinden, dijital olarak üretilen güvenlik etiketi uygulamasının bir an önce hayata geçirilmesi gerekmektedir.

tanımlanmıştır. Benzer bir tanıma da Fikir ve Sanat Eserlerinin İşaretlenmesine İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin (1) bendinde rastlamak mümkündür. Öğretideki bandrol tanımlarına baktığımızda ise bandrol, güvenlik şeridi içeren holografik özellikte bir etiket⁶⁰, eser veya hak sahibinin izni ile çoğaltılmış nüshayı kanıtlayan pul⁶¹ ya da bir etiket⁶² olarak tanımlandığını görmekteyiz.

Kanaatimizce bandrol, fikir ve sanat eserlerinin izinsiz, diğer bir deyişle korsan çoğaltmalarının önüne geçilmesi, eserlerin tedavülünün izlenmesi ve nüshalarının sayısının belirlenebilmesi bakımından geliştirilmiş, dijital olarak da kullanılabilen teknolojik özellikteki güvenlik pulu (*vignette*) olarak tanımlanabilir.

C. BANDROL KULLANIMININ ZORUNLU OLDUĞU VEYA İSTEĞE BAĞLI OLDUĞU ESERLER

1. Bandrol Kullanımının Zorunlu Olduğu Eserler

FSEK'in 81. maddesinin 1. fıkrasında, musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlar, bandrol yapılandırılmasının zorunlu olduğu eserler olarak düzenlenmiştir. Benzer şekilde kanunun uygulanmasını gösteren Bandrol Yönetmeliği'nde de bu hususa ilişkin bir düzenleme yer almaktadır (md. 5). Söz konusu düzenlemeyle, süreli olmayan yayınlar ile kayıt ve tescili yapılan sinema ve müzik eseri nüshalarına, çoğaltmayı takiben sevkiyattan önce bandrol yapılandırılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. "*Müzik ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları*" ibaresinden, musiki eserlerin basımı ile musiki ve sinema eserlerinin video, VCD, DVD, CD vs. gibi ses ve görüntü kaydı alımına ve iletimine matuf araçlara alınması anlaşılmalıdır.⁶³

Bu konuda dijital ortamın takibinin nasıl olabileceğine ilişkin olarak önerilerin yer aldığı çalışma için bkz. Memiş, Tekin, "Dijital Ortamda Telif Haklarını Yeniden Düşünmek; İhlaller ve Çözüm Önerileri", TOBB, Haziran 2010.

<http://oldweb.ikv.org.tr/images/upload/data/files/tekinmemis%283%29.pdf>. İET: 29 Eylül 2020.

⁶⁰ Güneş, 2015, s. 269. Yazar'a göre, bandrol suçları esas itibarıyla telif hakkını korumamaktadır. Bu nedenle bandrol; eserden kaynaklı hakların takibi ile telif korumasının işlevsel hale getirilmesi bakımından öngörülmuş bir sistemin uygulanmasıdır. Bu bakımdan, bandrol alımı ve eserler üzerinde kullanımı ile bir yandan eser nüshalarının kaç adet basıldığı bilinip kontrol altında tutulmakta öbür taraftan kaçak ve izinsiz olarak eser nüshalarının çoğaltılması (korsan) tespit edilmek suretiyle önlenmeye çalışılmaktadır.

⁶¹ Başlar, 2016, s. 250.

⁶² Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, Genişletilmiş Beşinci Baskı, s. 102.

⁶³ Güneş, 2015, s. 274. Sinema, tiyatro, opera eserleri, kliplerin (eser sahibinin hayatı boyunca ve ser sahibi vefat ettiyse, vefat ettiği tarihten itibaren 70 yıllık koruma süresi içerisinde olunmak şartıyla) kaydedildiği kaset, VCD, CD, DVD'ler, video ve bilgisayar

Teknolojideki ilerlemeler sonucunda, ses ve görüntü kaydı alımı ile iletimine yarayan yeni araçların varlığı halinde, bu araçlar da bandrol yapıştırılması zorunluluğu kapsamında telakki edilecektir. Süreli olmayan yayınlardan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak Bandrol Yönetmeliği'nin 4. maddesinin (d) bendinde bir düzenleme bulunmaktadır. Anılan düzenlemeye göre süreli olmayan yayın, fikir ve sanat eserlerini içeren, belirli sürelerle tabi olmaksızın yayımlanan ve gazete, dergi, ünite dergisi, yıllık, almanak ve benzeri dışında kalan, inceleme, piyes, ansiklopedi, roman, hikâye, anı, makale gibi alt türlerden hangisine dâhil olduğuna bakılmaksızın kitaplar gibi her tür yayını ifade etmekte olup, bu yayınlara bandrol yapıştırılması gerekmektedir. Bu anlamda, bandrol suçlarının konusunu bandrol yapıştırılmasının zorunlu olduğu yukarıda sayılan eser nüshaları oluşturmaktadır.

2. Bandrol Kullanımının İsteğe Bağlı Olduğu Eserler

Bandrol yapıştırılmasının isteğe bağlı olduğu ve fakat hak sahiplerinin talebi üzerine bandrol yapıştırılmasının zorunluluk arz ettiği hallere, mezkûr kanununun 81. maddesinin 1. fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre, esas itibariyle bandrol yapıştırma zorunluluğu olmayan ve kolay kopyalanmaya müsait diğer eserlerin çoğaltılmış nüshalarına, eser veya hak sahibinin talebinin olması halinde, bu yayınlara da bandrol yapıştırılması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da yakın tarihli bir kararında bu hususu dile getirmiştir.⁶⁴ Benzer biçimde Bandrol Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasında, bandrol kullanımının zorunlu olduğu eser nüshalarının yanı sıra bandrol

gibi cihazlarla oynanan oyun CD'leri, müzik eserlerinin kaydedildiği günümüzde nadir rastlanan plaklar, ses bantları, CD ve DVD'ler ile bilgisayar programları içeren CD'ler sinema ve musiki eserlerinin çoğaltılmış nüshaları olarak kabul edilmekte ve bunlara bandrol yapıştırılması gerekmektedir. Bkz. Güneş, 2015, s. 270-272. Uygulamada, bilgisayar oyunlarının bandrole tabi eserler arasında yer alıp almadığı noktasında mahkemelerce çelişkili kararlar verildiğinden, bu durumun belirlenmesi bakımından bilgisayar oyunlarının FSEK'te zorunlu bandrol uygulamasına tabi eserler arasında olduğunun açıkça düzenlenmesi gerektiği uygulayıcılar tarafından dile getirilmiştir. Bkz. Fikri ve Sınai Haklar Yargı İstişare Grubu Birinci Toplantısı, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, 22 Kasım 2008, Antalya. http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/FSH_bildiri_Nov_2008.pdf. İET: 25 Kasım 2016.

⁶⁴ Yargıtay 7. CD 22.10.2013 tarih, E. 2010/12312, K. 2013/19973 sayılı ilâmında, oyun CD'lerinin zorunlu bandrole tabi eser niteliğinde olmadığından; ancak hak sahibinin talebi üzerine bandrol yapıştırılmasının zorunlu olduğu gözetilerek dava konusu oyun CD'lerine ilişkin olarak, hak sahiplerinin ilgili bakanlıktan bandrol yapıştırılması talebinde bulunup bulunmadıklarının tespit edilmesi sonrası bir hüküm kurulması gerektiğini belirtmiş ve ilk derece mahkemesi olarak Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi kararının bozulması yönünde hüküm kurmuştur. Karar UYAP Bilişim sisteminden temin edilmiştir.

yapıştırılmasının ihtiyari olduğu eserlere ilişkin bir düzenleme de yer almaktadır.⁶⁵

II. BANDROL YÜKÜMLÜLÜĞÜNE RİAYET ETMEME SUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Telif hakkı bağlamında eser ve bağlantılı hak sahipliğinden doğan haklar, FSEK'te yer verilen hukuki ve cezai düzenlemeler ile koruma altına alınmıştır. Bu durum, eski hale getirme, tazminat ve iptâl davaları gibi hukuki mekanizmalar kullanılmak suretiyle yerine getirilirken; aynı zamanda haklara yönelik ihlallerin suç teşkil etmesi durumunda da cezai müeyyideler gündeme gelmekte, böylelikle telif hukukundan doğan hakların etkin bir şekilde korunması sağlanmaktadır.⁶⁶

Çalışmamızı ilgilendiren yönüyle, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçları "*Haklara tecavüzün önlenmesi*" kenar başlıklı FSEK'in 81. maddesinde, bandrole tabi eserler, bandrol almanın yöntemleri ve koşullarına da değinilerek, idari ve cezai hükümlere bir arada yer verilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu başlık altında, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme (md. 81/4), bandrol sahteciliği (md. 81/9), usulsüz bandrol kullanma (md. 81/10), bandrol dolandırıcılığı (md. 81/11) ile bandrol temini (md. 81/12) suçlarının ayrı fıkralar halinde bandrol suçları olarak düzenlendiği görülmektedir. Ayrıca, anılan maddede, bandrol suçlarının yanı sıra bir kabahate de yer verilmiş, bandrolsüz eserlerin FSEK'in 81/7 maddesinde sayılan yerlerde tedavülünün (satış) yapılması hâlinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (Kabahatler Kanunu) uyarınca idari para cezası yaptırımını öngörölmüştür.

B. SUÇLARLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Ceza hukukunun temel prensibi olarak her suçta mutlaka korunan bir hukuki değer bulunmaktadır. Bu anlamda bandrol suçları, hem eser sahiplerinin telif hukukundan doğan mali haklarının hem de kamu düzeninin korunması hedeflenmektedir. Bununla birlikte, mezkûr suçların eser ve bağlantılı hak sahiplerini koruması, tali bir nitelik arz etmekte; bu suçlarla esas itibariyle kayıtlı ekonomik sistem ile telif hukukundan kaynaklı hakların korunması ve telif sisteminin desteklenmesi amaçlanmaktadır.⁶⁷

Bu haliyle mezkûr suçlarla korunan hukuksal değer, tedavülde olan fikri ürünlerin basımı ile satış adedinin belirlenebilmesinin devletin

⁶⁵ Yukarıda anılan düzenleme uyarınca bandrol kullanımının zorunlu olmadığı yayınlarla ilgili, eser ve hak sahiplerinin talebi olması durumunda, ilgili eser nüshalarına bandrol yapıştırılması gerekmektedir.

⁶⁶ Başlar, 2016, s. 251.

⁶⁷ Güneş, 2015, s. 277.

kontrolünde olması ile bandrol uygulaması ile elde edilen gelirlerden devletin pay alması şeklinde toplumun ve eser sahiplerinin de korsan eserlerin basımı sonucu oluşabilecek muhtemel gelir kayıplarının önüne geçilmesi şeklinde ekonomik kültürel yönü olan telif hukukundan kaynaklı menfaatleridir.⁶⁸ Bu anlamda, fikir ve sanat eserlerinin çoğaltılmış nüshalarına bandrol yapıştırılması yükümlülüğünün, eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin onayı ile terk edilmesi mümkün değildir ve bu yükümlülük devletin denetimi altında re'sen takip edilmektedir.⁶⁹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında, bandrol suçlarında korunan hukuki değer, eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin telif hukukundan kaynaklı haklarından ziyade, eserlerde bandrol uygulamasını tesis etmek ve denetlemek olduğunu ifade etmiştir.⁷⁰

C. BANDROL YÜKÜMLÜLÜĞÜNE RİAYET ETMEME SUÇLARI İLE FSEK'TE YER ALAN DİĞER SUÇLARIN KARŞILAŞTIRILMASI

Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçları ile mezkûr kanunun diğer maddelerinde yer alan suçlar arasındaki en önemli fark, şikâyet kurumunda karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarına aykırılık halinde, suçun soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılırken; FSEK'in 71. maddesinde yer alan "*Manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz*" ve 72. maddesinde düzenlenen "*Koruyucu programları etkisiz kılamaya yönelik hazırlık hareketleri*" suçlarında ise, aynı kanunun 75. maddesindeki düzenleme uyarınca soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyet koşuluna tabi tutulmuştur.

Kimi yazarlarca, kanun koyucunun bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçları ile korunan hukuki değeri de esas almak suretiyle, 81. maddede düzenlenen suçları re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar olarak düzenleme yoluna gittiği, ancak bu durumun telif hukukundan doğan hak sahiplerinin mali ve manevi haklarını korumaya yönelik şikâyete tabi olan diğer suç tipleriyle mukayese edildiğinde bir eşitsizliğe yol açtığı haklı olarak dile getirilmektedir.⁷¹ Kanaatimizce burada, ceza usul hukuku anlamında şikâyet hakkının, kişinin fiil ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği tarihten itibaren altı aylık bir süre zarfında kullanılması zorunluluğu karşısında, süresi içerisinde şikâyet hakkının kullanılmaması durumunda fail cezalandırılmayacak ve telif hukukundan doğan eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin hakları korunamayacaktır. Öte yandan, bandrol suçları, 71. maddede

⁶⁸ Çakır, 2011, s. 24.

⁶⁹ Turan, 2012, s. 223.

⁷⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19 Temmuz 2005 tarih, E. 2005/7-67, K. 2005/97 sayılı ilâmı. <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=4765>. İET: 29 Eylül 2020.

⁷¹ Çakır, 2011, s. 24.

düzenlenen suçlarda olduğu gibi "serbest hareketli", "icrai" ve "neticesi harekete bitişik (şekli)" suçlar olarak telakki edilebilir.⁷²

D. BANDROL SUÇLARI

1. Bandrol Yükümlülüğüne Riayet Etmeme Suçu (FSEK md. 81/4)

a. Genel Olarak

FSEK'in 81.maddesinin 4. fıkrasında, bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışı arz eden, satan, dağıtan veya ticari amaçla satın alan ya da kabul eden kişinin bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenleme altına alınmıştır. Bir eserin vücuda getirilmesinden sonra, o eserin çoğaltılıp tedavüle sokulmasında, kiralanmasında ve temsil edilmesinde eser sahibinin telif hukuku bağlamında mali hakları bulunmakta,⁷³ buna ilişkin olarak mezkûr kanununun 20. vd. maddelerinde açık düzenlemeler yer almaktadır.⁷⁴

Bu düzenleme ile, fikri ürünlere ait nüshaların, baskı ve çoğaltma teknolojilerindeki ilerlemelerden yararlanılarak dükkanlarda veya merdiven altı diye tabir edilen yerlerde, bandrol yapıştırılmayarak, harç ve vergi ödenmeyerek devleti gelir kaybına uğratabilecek şekilde çoğaltma ve yayma eylemleri suça konu edilmekte, bu tür hukuka aykırı eylemleri işleyerek hem devletin hem de eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin zararına neden olan ve kısa yoldan ekonomik kazanç elde edenlerin de cezalandırılması amaçlanmaktadır.⁷⁵

b. Suçun Maddi Unsurları

aa. Fiil

Kişinin iradesiyle hâkim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve harici dünyada cereyan eden bir davranış olarak tanımlayabileceğimiz fiil, suç teorisinde bir suçun tarifinde yer alan ve esas itibarıyla haksızlık teşkil eden insan davranışı olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁶ Anılan suç yönünden ise fiil, bandrol yükümlülüğüne

⁷² Turan, 2012, s. 225.

⁷³ Çakır, 2011, s. 25.

⁷⁴ FSEK'in "Çoğaltma hakkı" başlıklı 22. maddesinde, bir fikri ürün olarak eserin çoğaltma ve yayma hakları eser sahibine verilmiştir.

⁷⁵ Çakır, 2011, s. 25-26.

⁷⁶ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, 4. Bası, s. 167-168.

aykırı⁷⁷ ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışı arz etme, satma, dağıtma veya ticari amaçla satın alma ya da kabul etmedir. Bu haliyle suç, seçimlik hareketli bir suç⁷⁸ niteliği taşıdığından bu hareketlerden herhangi birinin yapılması ile suç işlenmiş sayılacaktır.⁷⁹ Söz konusu fıkrada suçun oluşabilmesi için iki farklı hareket şekli öngörülmüştür.

Birinci hareket şekli, bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eserin çoğaltılıp⁸⁰ satışı arz edilmesi, satılması⁸¹ ve dağıtılmasıdır.⁸² Burada yalnızca eserin çoğaltılması suçun oluşması için yeterli olmayacak; aynı zamanda bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak çoğaltılan eserin fail tarafından satışı arz edilmesi, satılması veya dağıtılması da gerekecektir.⁸³

⁷⁷ Bandrol suçları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, FSEK'in 81. maddesinin 4. fıkrasında yer alan ve fiilin hangi fıkra kapsamında kaldığı noktasında tereddüde yol açan, anlamı belirsiz "*bandrol yükümlülüğüne aykırı surette*" ibaresi yerine, anlamı açık ve belirgin olarak uygulamada sorun teşkil etmeyen ve suçun unsurlarının belirlenebilmesi bakımından da yeterince açık bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğuna ilişkin öneri için bkz. Turan, 2012, s. 228.

⁷⁸ Seçimlik hareketli suçlar, ceza normunda birden fazla hareketin birbirinden bağımsız olarak gösterildiği, bunlardan herhangi birinin gerçekleşmesiyle suçun oluştuğu, seçimlik hareketlerin hepsinin bir arada yapılması halinde dahi tek bir suçun oluştuğu suç tipini ifade etmektedir. Bkz. Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, 10. Baskı, s. 236.

⁷⁹ Kimi yazarlarca, fıkra hükmünde geçen "satışı arz etmek" fiili suç olarak sayıldıktan sonra "satmak" fiilinin de suç olarak sayılmasının, suçla korunan hukuki amaç gözetildiğinde, bu fiillerin aynı anlama geldiği ve fıkra hükmünde "satmak" fiiline ayrıca yer verilmesinin, yalnızca bir tekrar niteliğinde olduğu dile getirilmiştir. Bkz. Uslu, Ramazan "Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Ceza Düzenlemeleri", TAAD, Yıl:3, Sayı:10, Temmuz 2012, s. 525. Fikrimce, söz konusu fiiller farklı eylemleri karşılamaktadır. Şöyle ki, matbaacının eserleri çoğaltıp satışı hazır hale getirmesi sonrasında çoğaltılmış nüshaların nakliye aşamasında satışı arz etme süreci başlamış olacağından, bu anlamda nüshaların tüketicilerle buluşturulması safhasını karşılayan satış aşaması, satışı arz etme sürecinden farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla yasa koyucunun, fıkra hükmünde her iki fiili de düzenlemesi isabetli olmuştur.

⁸⁰ Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması çoğaltma sayılmaktadır (FSEK md. 22/2). Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.

⁸¹ Satmak eylemi, satışı arz sonucu fikri ürünün tüketicinin mülkiyetine geçirilmesini ifade etmektedir. Nitekim Yargıtay 7. CD, 19 Temmuz 2007 tarih, E. 2005/17242, K. 2007/5986 sayılı kararında satmak eylemi ile ilgili olarak, yasal hak sahibi olmadığı fikir ve sanat eseri niteliğindeki film ve oyun CD'lerini bandrol almaksızın işyerinde satan sanığın eyleminin FSEK'in 81.maddesinin 9. fıkrasının 1-b bendinde düzenlenen suçu oluşturacağını belirtmiştir. Karar UYAP Bilişim sisteminden temin edilmiştir.

⁸² Dağıtmaktan anlaşılması gereken ise, bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak çoğaltılan eserin tedavüle çıkarılmak suretiyle kamuya yayılması ile tüketicilerin istifadesine sunulmasıdır.

⁸³ Çakır, 2011, s.26. Kimi yazarlarca, "çoğaltmak" ibaresinin doğrudan suçun maddi unsuru olarak değerlendirilemeyeceği, zira bandrol yükümlülüğüne aykırılık fiillerinin, eseri çoğaltan kişi tarafından işlenebileceği gibi, başkası tarafından çoğaltılmış eser nüshaları üzerinde de işlenebileceği, bu nedenle fıkradaki düzenlemenin çoğaltan "veya" yayan şeklinde düzeltilmesi gerektiği belirtilmiş;

İkinci hareket şekli ise karşımıza, bandrol yükümlülüğüne aykırı yada bandrolsüz olarak çoğaltılan eserin ticari amaçla satın alınması ya da kabul edilmesi olarak çıkmaktadır. Bu hareket şeklinde fikri ürünü satın alan veya kabul eden kimsenin cezalandırılabilmesi için ticari saikle hareket etmesi gerekeceğinden, kişinin kişisel kullanım amacıyla bandrol yükümlülüğüne aykırı yada bandrolsüz olarak çoğaltılan eseri satın alması veya kabul etmesi halinde cezalandırılması söz konusu ol(a)mayacaktır.⁸⁴ Yine, bu suçun oluşabilmesi için, eser nüshalarının hukuka uygun biçimde veya hukuka aykırı biçimde çoğaltılmış olmasının bir önemi yoktur.⁸⁵

bb. Netice

Bu suç, neticesi harekete bitişik suç niteliğinde olduğundan, yukarıda fiil başlığında yer verilen hareket şekillerinin gerçekleştirilmesiyle netice de meydana gelecektir. Bu nedenle nedensellik bağı konusunda ayrıca bir araştırmaya gerek bulunmamaktadır.⁸⁶ Öte yandan, doktrinde kimi yazarlarca bu durum, “*sırf hareket suçu*” kavramı ile açıklanmaya çalışılmakta; suçun işlenmiş kabul edilebilmesi için netice aranmamakta; diğer bir deyişle fiilin icra edilmesiyle suç tamamlanmış sayılmaktadır.⁸⁷

cc. Fail

Madde metninde, suç konusu teşkil eden fiiller ardı sıra zikredildikten sonra, bu fiilleri işleyen “...*kişi*” ibaresine yer verildiğinden, yasa koyucu failde suç işlemeye yönelik herhangi bir ayırt edici özellik aramadığından; bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışı arz eden, satan, dağıtan veya ticari amaçla satın alan ya da kabul eden eser sahibi dâhil herkes⁸⁸ bu suçun faili

mevcut düzenleme karşısında tipe uygun eylemin belirlenmesinde sorunlar yaşanacağı haklı olarak dile getirilmiştir. Bkz. Turan, 2012, s. 226.

⁸⁴ Çakır, 2011, s. 26

⁸⁵ Turan, 2012, s. 227.

⁸⁶ Çakır, 2011, s. 26

⁸⁷ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2015, 11. Bası. s. 175; Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2012, 5. Baskı. s. 117.

⁸⁸ Eser üzerinde hak sahibi olmayan, diğer bir deyişle esas olarak bandrol temin etme hakkı olmayan bir kimsenin, eseri bandrolsüz olarak yama fiilinin faili olup olamayacağı konusu Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19 Temmuz 2005 tarih, E. 2005/7-67, K. 2005/97 sayılı kararında inceleme konusu yapılmış; anılan kararda; “(...) *bandrol alabilme hakkı olmayan kişinin 81. maddede yazılı suçu işlemeyeceği de iddia edilmemeli, bu suçun failinin “basım ve yayımı korsan yöntemle yapabilenler de olabileceği sonucuna ulaşılmalıdır(...)*” denilmek suretiyle, suçun özgü suç niteliğinde olmadığı; bu bakımdan FSEK uyarınca bandrol alma hakkı bulunmayan kimselerin de, mezkur suçun faili olabilecekleri değerlendirilmiştir. Karar için bkz.<http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=4765>. İET: 29 Eylül 2020.

olabilecektir. Bununla birlikte hareket yeteneği bulunmayan, fiil ehliyeti olmayan tüzel kişiler suçun faili olamayacaktır.⁸⁹

dd. Mağdur

Suçun maddi unsurlarından biri olarak mağdur, suçun maddi konusunun ait olduğu kimseyi işaret etmektedir⁹⁰. Bu bakımdan her suçta bir mağdur bulunmaktadır. Bununla birlikte, 5237 sayılı TCK uyarınca, yalnızca gerçek kişiler suçun mağduru olabilirken, tüzel kişiler suçtan zarar gören konumundadır. Bandrol suçlarında mağdurun kim olduğu kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Hal böyle olmakla birlikte, bu suçların takibinin re'sen yapılması ve bandrol uygulamasıyla amaçlanan hedefler göz önüne alındığında, suçtan doğrudan doğruya eser ve/veya bağlantılı hak sahibinden ziyade kamunun zarar gördüğü rahatlıkla söylenebilecektir.⁹¹ Bu nedenle, toplumu oluşturan bireylere karşı suç işleneceğinden, bu suçun mağduru toplumu oluşturan herkes⁹² olup, telif hukuku bağlamında dolaylı yoldan korunan mali hak sahipleri de suçtan zarar gören konumunda yer almaktadır.⁹³

ee. Konu

Suçta konu eylemin üzerinde gerçekleştirildiği kişi ya da şey suçun konusunu oluşturmaktadır. Her suçun mutlaka bir konusu bulunmaktadır. Bu anlamda suçun konusunu, eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı, bünyesi olarak değerlendirmek mümkündür.⁹⁴ Suçun konusu, bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak

⁸⁹ Özgenç, 2009, s. 193.

⁹⁰ Artuk / Gökçen / Yenidünya, 2016, s. 288-289.

⁹¹ Yazar'a göre, bandrolsüz satış ve dağıtım ile yapılan, yasadışı, kayıtsız ve vergisiz devletin kazanç kaybına yol açan bir ticaret olması karşısında oluşan zarar, yalnızca Kültür Bakanlığı'nın dağıttığı bandrol bedelinden mahrum kalınması değildir. Bu bakımdan, zararın konusunu, kayıtlı ekonomik düzen ve vergisel hedeflerden ziyade, telif haklarının korunmasının uzun vadeli beklentileri oluşturmaktadır. Dolayısıyla, bu suçlarda genel bir zarar söz konusu olup, özellikle bandrolsüz nüshalarla ilişkilendirilebilir ve daha da önemlisi ölçülebilir (somut) bir zarardan söz edilemeyecektir. Bu husus hüküm aşamasında sanığa Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB) uygulamasında gündeme gelecektir. Bkz. Güneş, 2015, s. 281; Başlar, 2016, s. 252-253.

⁹² Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 08 Nisan 2014 tarih, E. 2013/7-591,K. 2014/171 sayılı kararında suçların mağdurunun kimler olduğu noktasında bir değerlendirme yapmış ve anılan kararda; "(...) Kanun koyucu, bandrol uygulamasıyla fikri haklar dünyasının ekonomik yönünü düzenlediğinden ve buna aykırı davranılarak devletin mevzuat ile oluşturduğu idari düzene yönelik suç işlenmiş olması karşısında bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçlarında suçun mağduru doğrudan eser sahipleri olmayıp, toplumu oluşturan bireyler olduğunu belirlemiştir. (...)" denilmek suretiyle bu suçlarda mağdurun toplumu oluşturan bireyler olduğu ortaya konulmuştur. Karar UYAP Bilişim sisteminden temin edilmiştir.

⁹³ Çakır, 2011, s. 26.

⁹⁴ Özgenç, 2009, s. 203.

"çoğaltılıp satışı arz edilme, satılma veya dağıtılma veya ticari amaçla satın alınma ya da kabul edilme" şeklindeki seçimlik hareketlere konu olan "eser"dir.⁹⁵

c. Manevi Unsur

TCK'nın benimsediği suç ve ceza sistemine göre, taksirle işlenebilen suçların kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bu anlamda, kanunda suçun taksirle işlenebileceğine yönelik açık bir hüküm bulunmadığı takdirde, suçların kasten işlenebileceği kabul edilmelidir. Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçunun manevi unsuru kast olduğundan, bu suç ancak kasten işlenebilecektir.

d. Hukuka Aykırılık

Kanun koyucu bu suç tipinde, suç siyaseti ile güdülen amaç bakımından, fikir ve sanat eserleri kapsamındaki eserler ve çoğaltılmış nüshaları için bandrol uygulaması şeklinde kamusal açıdan bir güvenlik, denetim ve koruma mekanizması oluşturmuş, bu mekanizmaya aykırı fiilleri de hukuka aykırı saymak suretiyle cezalandırma yoluna gitmiştir.⁹⁶ Bu nedenle, eser ve/veya bağlantılı hak sahipleri, eserlerinin bandrol yapılandırılmaksızın basım, satış ya da dağıtımına izin vermiş, rıza göstermiş veya sessiz kalmış olsalar bile, bu izin, rıza gösterme ve sessiz kalma, ilgilinin rızası bağlamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyecektir.

2. Bandrol Sahteciliği Suçu (FSEK md. 81/9)

a. Genel Olarak

Bandrol sahteciliği suçu; "*Sahte bandrol üreten, satışa arz eden, satan, dağıtan, satın alan, kabul eden veya kullanan kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*" şeklinde düzenlenmiştir (FSEK md. 81/9).

Bandrol uygulamasının temel amaçlarından birisinin hukuka aykırı surette çoğaltılmış eser nüshalarının tedavüle çıkarılmasını engelleyerek hem devletin gelir kaybının önüne geçmek, hem de eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin telif hukukundan kaynaklanan haklarını koruma altına almak olduğunu daha önce dile getirmiştik. İşte tam da bu noktada, bandrol sahteciliği suçuyla fail, eser nüshalarının yasa dışı yollarla hukuka aykırı bir şekilde çoğaltılmış olduğunu gizlemek için orijinal bandrollere benzeyen sahte bandrolleri kimi zaman üretmek, kimi zaman da tedavülünü sağlayarak kullanmak

⁹⁵ Çakır, 2011, s. 27.

⁹⁶ Çakır, 2011, s. 27.

suretiyle bandrol uygulamasıyla korunan hukuki yararı ağır bir şekilde ihlâl etmektedir.⁹⁷ Bu nedenle kanun koyucu bu suç bakımından diğer bandrol suçlarından farklı olarak daha ağır bir yaptırım öngörmüştür.

Kimi yazarlarca, bu düzenleme TCK'nın 204 vd. maddelerinde düzenlenen, basımı inhisari olan sahte para basma (kalpazanlık), belgede sahtecilik suçlarına benzetilmekte olup;⁹⁸ kanaatimizce de bu suç, sahtecilik suçunun özel görünümü olarak özel kanunlarda düzenlenen bir suç tipi olarak telakki edilebilir.

b. Suçun Maddi Unsurları

aa. Fiil

Bandrol sahteciliği suçunun oluşabilmesi için öncelikle ortada sahte olarak üretilen bir bandrolün bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte, suçun oluşabilmesi için sahte bandrolün ilk bakışta eser nüshalarını tüketenlerde gerçek izlenimi verecek şekilde algılanması yeterli olmakta ve fakat sahte olarak üretilmiş bandrolün, tüketiciyi aldatma (iğfal) kabiliyetine sahip olması ile sahteliğe bağlı bir zararın oluşması aranmamaktadır.⁹⁹

Suçun unsurlarının belirlenebilmesi ve suçun daha iyi anlaşılabilmesi için sahte kelimesinin dilbilimsel (*semantik*) olarak ne anlama geldiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Sahte kelimesi; "*Bir şeyin aslına benzetilerek yapılan, düzme, düzmece, uydurma, gerçek olmayan*" anlamına gelmektedir.¹⁰⁰

Hem FSEK'in 81. maddesinin 1. fıkrası hem de Bandrol Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre, bandrol ancak Kültür ve Turizm Bakanlığı (Bakanlık) tarafından basılmakta, satışı ise Bakanlık ile Bakanlıkça belirlenen satış fiyatı üzerinden yetkili kılınan meslek birlikleri tarafından gerçekleştirilmektedir.¹⁰¹ Bu kuruluşlar dışında, bandrollerin üretilmesi, satışa arz edilmesi, satılması, satın alınması, dağıtılması, kabul edilmesi veya kullanılması yasak olup, netice itibarıyla bandrol sahteciliği suçuna vücut vermektedir.

Bandrol sahteciliği suçu, bağımsız hareketlerden birisinin gerçekleştirilmesi ile suçun oluştuğunun kabul edildiği seçimlik hareketli suç niteliğindedir. Seçimlik hareketlerden birincisi, bandrol basımı konusunda kanunda inhisari olarak yetkili kılınan kuruluşlar haricinde

⁹⁷ Turan, 2012, s. 229.

⁹⁸ Çakır, 2011, s. 27; Başlar, 2016, s. 255; Turan, 2012, s. 229.

⁹⁹ Başlar, 2016, s. 256; Turan, 2012, s. 229.

¹⁰⁰ Bkz. TDK Güncel Türkçe Sözlük (Online) <https://sozluk.gov.tr/>. İET: 29 Eylül 2020.

¹⁰¹ Hak sahiplerinin usulüne uygun surette bandrol alabilmeleri için; eser adını, eser/hak sahibini, eser üzerinde devraldıkları hakları, eseri çoğaltan kimseyi, çoğaltım sayısını ve bandrolü talep eden gerçek ve tüzel kişinin bilgilerini içeren bir taahhünameyi Kültür ve Turizm Bakanlığına vermeleri gerekmektedir. (FSEK md. 81/2; Bandrol Yönetmeliği md. 6/4).

sahte bandrol üretmektir. Bununla birlikte, bu hareket şeklinde, suçun oluşması için sahte bandrolün kullanılması gerekli olmadığından failin bu bandrolleri hiç kullanmamış olması halinde bile, sahte bandrolün üretimini gerçekleştirmiş olması karşısında suçu işlediği kabul edilecektir.¹⁰²

Bir diğer hareket şekli ise, sahte olarak üretilmiş bandrolün elde edilecek menfaat karşılığında bandrollerin üçüncü kişilere satışının yapılması olarak tarif edebileceğimiz satışa arz edilmesidir.¹⁰³ Diğer hareket şekilleri ise, sahte bandrolün tedavüle sokulması şeklinde dağıtılması ile sahte olarak üretilmiş bandrolü kullanmaktır. Kullanma eyleminde failin, maddi bir çıkar elde etmesinin, suçun oluşması noktasında bir önemi de bulunmamaktadır.¹⁰⁴

bb. Netice

Bandrol sahteciliği suçu, neticesi harekete bitişik suç niteliğinde olduğundan, yukarıda fiil başlığında yer verilen hareket şekillerinin gerçekleştirilmesiyle netice de meydana gelecektir. Öte yandan, bu suçun oluşabilmesi için, sahte bandrollerin yapılandırıldığı eser nüshalarının hukuka aykırı bir şekilde çoğaltılmış olup olmadığı önem arz etmemekte, mezkûr suç, eser sahibinin yazılı izni ile hukuka uygun bir şekilde çoğaltılmış eser nüshalarına sahte bandrolün yapılandırılması halinde bile işlenmekte, bu nedenle bu suç yönünden belirleyici olan, her ne şekilde çoğaltılmış olursa olsun eser nüshalarına sahte bandrollerin yapılandırılmış olmasıdır.¹⁰⁵

Belirtmek gerekir ki, çoğaltma işleminin de hukuka aykırı olması halinde, aynı zamanda FSEK'in 71/1-1 maddesinde düzenlenen "*hukuka aykırı çoğaltma*" suçu da işlenmiş olacağından; gerek sahte bandrol suçu ile gerekse hukuka aykırı çoğaltma suçunu aynı failin işlemesi halinde, bir tür "*özel içtima*" kuralı niteliğinde olan FSEK'in 81/13. maddesi uygulanacaktır.¹⁰⁶ Bu konu ile ilgili olarak, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde içtima başlığı altında ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir.

cc.Fail

Madde metninde, suç konusu teşkil eden fiiller ardı sıra zikredildikten sonra, bu fiilleri işleyen "...*kişi*" ibaresine yer verildiğinden, yasa koyucu failde suç işlemeye yönelik herhangi bir ayırt edici özellik aramamış; bu nedenle sahte bandrol üreten, satışa arz eden, satan,

¹⁰² Çakır, 2011, s. 27.

¹⁰³ İfade etmek gerekir ki, üzerine sahte bandrol yapılandırılan eser nüshasının orijinal olup olmaması, bu suçun oluşmasında bir ehemmiyet arz etmemektedir. Çakır, 2011, s. 27.

¹⁰⁴ Çakır, 2011, s. 27.

¹⁰⁵ Turan, 2012, s. 230.

¹⁰⁶ Turan, 2012, s. 230; Çakır, 2011, s. 28.

dağıtan, satın alan, kabul eden veya kullanan herkes bu suçun faili olabilecektir.

dd. Mağdur

Bandrol sahteciliği suçunda, suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olup, telif hukuku bağlamında dolaylı yoldan korunan mali hak sahipleri de suçtan zarar gören konumunda yer almaktadır.¹⁰⁷ Zira, suçtan zarar gören, işlenen suç nedeniyle, malvarlığında azalma meydana gelen¹⁰⁸ veya hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı ihlâl edilen kimsedir.¹⁰⁹

ee. Konu

Sahte bandrol üretme, satışı arz etme, satma, dağıtma, satın alma, kabul etme veya kullanma şeklindeki seçimlik hareketlerden birisi ile işlenebilen bandrol sahteciliği suçunun konusunu FSEK'in 81. maddesinin bütününde düzenleme konusu yapılan "*bandrol*" kavramı oluşturmaktadır.¹¹⁰

c. Manevi Unsur

Bandrol sahteciliği suçunun manevi unsuru kast olduğundan (FSEK md. 81/9), bu suç ancak kasten işlenebilecek ve failde suçun işlenmesi bakımından özel bir kast aranmayacak, yalnızca failin zilyetliğinde bulunan bandrolün sahte olduğunu bilmesi ve isteyerek hareket etmesi suçun manevi unsuru bakımından yeterli olacaktır. Bu anlamda fail, kamunun ve eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin telif hukukundan doğan hakları ile bandrol uygulaması ile korunmak istenen hukuki yarara aykırı şekilde davrandığını bilerek ve isteyerek suç tanımında belirtilen seçimlik hareketleri gerçekleştirmek suretiyle bandrol sahteciliği suçunu işlemektedir. Bununla birlikte fail, eğer fiilin icrası sırasında, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeden hareket ederse, TCK'nın 30. maddesinde düzenleme altına alınan "*hata*" hükümlerinden yararlanacaktır.¹¹¹ Failin, bandrolün sahte olduğunu öngörmesine rağmen, suç tanımında yer verilen seçimlik hareketleri gerçekleştirmesi durumunda ise olası kastın varlığından bahsedilecek ve failin cezalandırılması yoluna gidilecektir.¹¹²

¹⁰⁷ Çakır, 2011, s. 28.

¹⁰⁸ Özgenç, 2009, s. 207.

¹⁰⁹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, 2016, s. 288.

¹¹⁰ Bandrol konusunda ayrıntılı bilgi için çalışmamızın "Bandrol Kavramı" başlığı altındaki açıklamalara bakılabilir.

¹¹¹ Çakır, 2011, s. 28.

¹¹² Çakır, 2011, s. 28.

d. Hukuka Aykırılık

Tüm bandrol suçlarında olduğu gibi (FSEK md. 81), bandrol sahteciliği suçunda da kayıtlı ekonomik düzen ile eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin telif hukukundan doğan haklarının korunması amaçlandığından, TCK'da yer alan ilgilinin rızası, hakkın kullanılması gibi hukuka uygunluk nedenleri, bandrol uygulamasını etkileyecek şekilde sahte bandrolün üretilmesi, tedavüle sokulması gibi bandrol sahteciliği suçuna vücut verebilecek eylemleri hukuka uygun hale getirmeyecektir.¹¹³

3. Usulsüz Bandrol Kullanma Suçu (FSEK m. 81/10)

a. Genel Olarak

Usulsüz bandrol kullanma suçunda (FSEK md. 81/10), bandrol suçlarının başka bir seçimlik hareketi olan *(bir eserle ilgili olarak usulüne uygun biçimde temin edilmiş bandrolleri başka bir eser üzerinde tatbik etmek)* eylemini gerçekleştiren kişinin, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı benimsenmiştir.¹¹⁴

b. Suçun Maddi Unsurları

aa. Fiil

Eser ve/veya bağlantılı hak sahipleri, bandrol uygulamasına tabi eserlere ilişkin olarak bandrol alabilmeleri için; eser adını, eser/hak sahibini, eser üzerinde devraldıkları hakları, eseri çoğaltan kimseyi, çoğaltım sayısını ve bandrolü talep eden gerçek veya tüzel kişinin bilgilerini içerir bir talep formu ve taahhütname ile istendiğinde bu bilgilere ilişkin belgeleri Kültür ve Turizm Bakanlığı'na vermeleri gerekmektedir (Bandrol Yönetmeliği md. 6/3). Bunun üzerine Bakanlık tarafından ilgililere verilen bandrollerin her biri üzerinde ayrı bir numara bulunmakta; taahhütnameye de verilen bandrollerin seri halinde başlangıç ve bitiş numaraları kaydedilmektedir.

Eser ve/veya bağlantılı hak sahipleri, mevzuata uygun bir şekilde temin ettikleri bandrolleri, yalnızca bandrol serisinin verildiği eser nüshaları üzerine tatbik etmeleri *(uygulamak-yapıştırmak)* gerekirken; bu bandrollerin taahhütnamede beyan edilen eserden başka bir eser üzerine tatbik edilmesi halinde usulsüz bandrol kullanma suçu işlenmiş

¹¹³ Çakır, 2011, s. 29.

¹¹⁴ Usulsüz bandrol kullanma suçu, FSEK'e 5101 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle girmiş ve 81/9-2'den ayrılarak 81. maddenin 10. fıkrasıyla ayrı bir düzenlemeye kavuşmuştur. Yasa koyucu, bu suçun ihlâl ettiği hukuksal değeri göz önünde bulundurarak, eski düzenlemeye nazaran fail için öngörülen ceza miktarında artışa gitmiştir.

olunacaktır.¹¹⁵ Bununla birlikte, usulsüz bandrol kullanılan eserin aynı zamanda çoğaltılıp satışı arz edilmesi, satılması, dağıtılması veya ticari amaçla satın alınması ya da kabul edilmesi şeklindeki seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi durumunda ise failin kastının bulunması koşuluyla, bandrol suçlarının ana düzenlemesi olarak bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçu (FSEK md. 81/4) oluşacaktır.¹¹⁶ Zira, "usulsüz bandrol kullanma" eylemi, bandrol yükümlülüğüne aykırılık unsurunun somutlaşmış halini teşkil edecek, bunun üstüne 81/4. maddedeki çoğaltıp satışı arz etme gibi seçimlik hareketlerin icra edilmesiyle de suç tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş olacaktır.

Hareketin ne şekilde yapılacağı konusunda madde metninde herhangi bir düzenleme yoluna gidilmediğinden usulsüz bandrol kullanma suçu, serbest hareketli bir suç niteliğindedir.¹¹⁷

Son olarak belirtmek gerekirse, failin, bandrollerin yapıştırıldığı diğer eser üzerinde herhangi bir hakkının bulunup bulunmadığının bir önemi olmadığı gibi, taahhütnamede bandrol yapıştırılacağı bildirilen eser ile alınan bandrolün yapıştırıldığı diğer eserin sahibinin aynı kişiler olması da suçun meydana gelmesini etkilemeyecektir.¹¹⁸ Bu suç yönünden önem arz eden husus, bandrollerin taahhütnamede belirtilen eserden başka bir eser üzerine yapıştırılmış olmasıdır.

bb. Netice

Bu suç yönünden, yalnızca bandrollerin taahhütnamede belirtilen eserden başka bir eser üzerine yapıştırılmış olması aranmakta; bunun haricinde suçun oluşması için zarara sebebiyet verecek bir neticenin gerçekleşmesi beklenmemektedir. Bu nedenle, usulsüz bandrol kullanma suçu, tehlike suçu olup, hareketin yapılması ile netice gerçekleşeceğinden tamamlanmaları bakımından neticenin gerçekleşmesi gerekli olmayan sırf hareket-neticesiz suç¹¹⁹ kategorisinde değerlendirilmeye gerekmektedir.

cc. Fail

Madde metninde, suç konusu teşkil eden fiil zikredildikten sonra, bu fiili işleyen "...kişi" ibaresine yer verildiğinden, yasa koyucu failde suç işlemeye yönelik herhangi bir ayırt edici özellik aramamış; bu nedenle alınan bandrolleri taahhütnamede belirtilen eser haricinde başka bir eser üzerine tatbik (*yapıştırmak*) eden herkes bu suçun faili olabilecektir.

¹¹⁵ Turan, 2012, s. 230.

¹¹⁶ Başlar, 2016, s. 256.

¹¹⁷ Çakır, 2011, s. 29; Özgenç, 2009, s. 172; Koca / Üzülmez, 2012, s. 117.

¹¹⁸ Turan, 2012, s. 231.

¹¹⁹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, 2016, s. 252.

dd. Mağdur

Usulsüz bandrol kullanma suçunda, suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olup, telif hukuku bağlamında dolaylı yoldan korunan mali hak sahipleri de suçtan zarar gören konumunda yer almaktadır.¹²⁰ Bu durum özellikle kovuşturma aşamasında davaya katılma (müdâhillik) konusunda önem arz etmektedir.

ee. Konu

Usulsüz bandrol kullanma suçunun konusunu, çalışmamızın esasını teşkil etmesi bakımından "*bandrol*" kavramı oluşturmaktadır.

c. Manevi Unsur

Usulsüz bandrol kullanma suçunun manevi unsuru kast olduğundan (FSEK md. 81/10), bu suç ancak kasten işlenebilecek ve fail de suçun işlenmesi bakımından özel bir kast aranmayacak; yalnızca failin bandrol uygulamasına aykırı davranmak suretiyle başka eser üzerinde bandrol yapıştırdığını bilerek ve isteyerek hareket etmesi, manevi unsur bakımından yeterli olacaktır. Bununla birlikte fail, eğer fiilin icrası sırasında, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeden hareket ederse, TCK'nın 30. maddesinde düzenleme altına alınan "*hata*" hükümlerinden yararlanacaktır.¹²¹

d. Hukuka Aykırılık

Tüm bandrol suçlarında olduğu gibi, usulsüz bandrol kullanma suçunda da, kayıtlı ekonomik düzen ile eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin telif hukukundan doğan haklarının korunması amaçlanmıştır; bu bakımdan kanun koyucu, başlangıçta usulüne uygun olarak alınan bandrolün, amacı dışında başka eser üzerinde tatbik edilmesi eylemlerinin, bandrol sisteminin işleyişine zarar vereceğini değerlendirerek, bu tür eylemleri hukuka aykırı saymak suretiyle cezalandırma yolunu tercih etmiştir.

4. Bandrol Dolandırıcılığı ve Bandrol Temini Suçu (FSEK m. 81/11-12)

a. Genel Olarak

Bandrol dolandırıcılığı suçunda (FSEK md 81/11), yetkisi olmadığı halde hileli davranışlarla bandrol temin eden kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Bandrol temini suçunda da (FSEK

¹²⁰ Çakır, 2011, s. 28.

¹²¹ Çakır, 2011, s. 28.

md. 81/12), yetkisi olmayan kişilere bandrol temin eden kişinin iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür.¹²² Bu suç tiplerinde fail, diğer bandrol suçlarından farklı olarak yetkisi olmadığı halde, hileli davranışlarla bandrol temin etmekte veya ilgili mevzuat gereği bandrol vermeye yetkisi olduğu halde yetkisi olmayan kişilere bandrol temin etmektedir.¹²³

b. Suçun Maddi Unsurları

aa. Fiil

Eser ve/veya bağlantılı hak sahibi, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bandrol talep formu, taahhütname ile istenilen diğer belgeler ile başvurmak suretiyle bandrol talep edebilmektedir. (Bandrol Yönetmeliği md. 6/3.) Sunulan belgelerde, başta eser veya fonogram veya süreli olmayan yayının künyesi, çoğaltım yapan tüzel kişi, çoğaltım sayısı, talep edilen bandrol sayısı gibi bilgilerin yer alması zorunludur. Bu nedenle Bakanlığa bandrol temin etmek için sunulan belgelerin gerçeğe aykırı şekilde düzenlenerek bandrol mevzuatı gereği alınamayacak bandrollerin alınması durumu, hileli davranışlarla bandrol teminine karşılık gelmektedir.¹²⁴ Bu haliyle hileli davranışlarla bandrol temin etme fiili bir çeşit özel dolandırıcılık eylemi olarak değerlendirilmesi mümkündür.¹²⁵ Bununla birlikte, failin hileli davranışlarla elde ettiği bandrolü kullanmasının veya anılan bandrolleri temin etmek suretiyle kazanç elde etmesinin suçun oluşumu bakımından bir önemi bulunmadığından, gerçeğe aykırı bilgilerden hareketle hazırlanan belgeleri kullanmak suretiyle hileli davranışlarla ve haksız olarak temin ettiği bandrolün kullanılmaması halinde de suç oluşacaktır.¹²⁶ Öte

¹²² FSEK'in 81. maddesinin 11 ve 12. fıkralarında yer alan bandrol dolandırıcılığı ve bandrol temini suçları, 23 Ocak 2008 tarihli 5728 sayılı Kanun'un 143. maddesinde yer verilen düzenleme ile iki fıkra halinde Kanuna derc edilmiştir.

¹²³ Çakır, 2011, s. 29.

¹²⁴ Turan'a göre, fıkradaki "yetkisi olmayan kişiler" ibaresiyle, hileli davranışlarla bandrolün alındığı eser, fonogram veya süreli olmayan yayınlar üzerinde herhangi bir hakka sahip olmayan, diğer bir deyişle telif hukuku bağlamında eseri çoğaltma veya yayma yetkisi bulunmayan kişiler tarif edilmektedir. Bununla birlikte, bandrol mevzuatı gereği yetkili kılınmış olan kimsenin, kendisine çizilen yetkiye ilişkin sınırları aşarak hileli davranışlarla bandrol temin etmesi de imkan dahilinde olabileceğinden, bu halde yetkinin aşıldığı kısım için yetkisiz davranıldığı kabul edilecektir. Failin başka eser üzerinde kullanmak üzere, aslen hak sahibi olduğu bir eser için kullanacağı bandrol sayısından fazla bandrol temin etmesi hali bu duruma verilebilecek bir örnek teşkil etmektedir. Bu durumda, FSEK'in 81/10. maddesinde düzenlenen usulsüz bandrol kullanma suçu değil, 81/11. maddede düzenlenen hileli davranışlarla bandrol temin etme suçu işlenmiş olunacaktır. Bkz. Turan, 2012, s. 231-232.

¹²⁵ Güneş, 2015, s. 278.

¹²⁶ Çakır, 2011, s. 30; Turan, 2012, s. 232.

yandan, bandrol dolandırıcılığı suçunda, bandrol sahteciliği (FSEK md. 81/9) suçundan farklı olarak bandrolün bizihi kendisinin sahte olması değil ve fakat bandrol almak için Bakanlığa verilen belgelerin yanıltıcı ve sahte olması gerekeceğinden bu belgelerin aldatma (*igfal*) kabiliyetine sahip olması suçun oluşabilmesi bakımından gereklilik arz etmekte olup; hileli davranışlarla bandrol temin edilmiş ancak Bakanlığa sunulan belgeler aldatma kabiliyetine sahip değilse suçun işlendiğinden bahsedilemeyecek aksi halde ise suç tamamlanmış olacaktır.¹²⁷

Yetkisi olmayan kişilere bandrol temin edilmesi fiilinde fail, kendisine tanınan yetkiyi kötüye kullanarak, bandrol alma yetkisinin tanıdığı imkânları suiistimal ederek yetkisi olmayan kişilere bandrol temin etme suçunu işlemekle birlikte, kimi yazarlarca TCK'nin 257. maddesinde düzenleme altına alınan görevi kötüye kullanma suçunun da işlenebileceği dile getirilmektedir.¹²⁸

Bandrol temini suçu, bandrolün yetkisiz kişilere tevdi ile tamamlanmış olacağından, bu şekilde elde edilen bandrollerin ayrıca eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerince eserin çoğaltılmış nüshaları üzerinde kullanılması halinde, bandrol yükümlülüğüne aykırı olarak bir eseri satışa arz etmek, satmak, dağıtmak veya ticari amaçla satın almak ya da kabul etmek suçunu (FSEK md. 81/4) oluşturabilecektir.¹²⁹

bb. Netice

Gerek bandrol dolandırıcılığı gerekse bandrol temini suçları serbest hareketli suçlar olduğundan, kanun koyucu suçun oluşması için belirli seçimlik hareketlerin yapılmasını aramamıştır. Bu bakımdan yetkisiz kişilerce bandrol temin etme amacıyla yapılacak her hareket suçların oluşmasına sebebiyet verecektir.

cc. Fail

Bandrol dolandırıcılığı suçunun düzenlendiği madde metninde, suç konusu teşkil eden fiil zikredildikten sonra, bu fiili işleyen "...kişi" ibaresine yer verildiğinden, yasa koyucu failde suç işlemeye yönelik

¹²⁷ Başlar, 2016, s. 258; Uslu, 2012, s. 527.

¹²⁸ Her iki suçun yaptırım yönünden karşılaştırılması yapıldığında, yetkisi olmayan kişilere bandrol temin edilmesi suçunun hapis ve adli para cezasından oluşan daha ağır bir yaptırma bağlandığı görülmektedir. Bu halde fail, kamu görevlisi olması hasebiyle kendisine tanınan güveni ve yetkiyi kötüye kullanarak, bandrol alma yetkisi olmayanlara bandrol temin etmektedir. Bu durumda ise, yetkisini kötüye kullanarak bandrol temin edenlerin eylemleri TCK'nin ilgili maddelerinde düzenlenen başka suçlara da vücut verecek ve gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılacaklardır. Bu suçun kamu görevlisi tarafından işlendiğinde, TCK'nin 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu veya kamu görevlisi tarafından bir menfaat temin edilmesi halinde de TCK'nin 252. maddesinde yer alan rüşvet suçunun işlenmesi söz konusu olacaktır. Bkz. Çakır, 2011, s. 30.

¹²⁹ Turan, 2012, s. 233.

herhangi bir ayırt edici özellik aramamış; bu nedenle yetkisi olmadığı halde hileli davranışlarla bandrol temin eden herkes bu suçun faili olabilecektir.

Bandrol temini suçunda ise fail, kendisine tanınan yetkiyi ve duyulan güveni kötüye kullanarak yetkisi olmayan kişilere bandrol temin ettiğinden, bu suçun bandrol vermeye yetkili kişiler tarafından işlenmesi gerekecektir. Ceza hukukunda belirli yükümlülük altında bulunan ve farklı vasıflara haiz olan kişiler tarafından işlenen objektif vasıflardan söz edilen suçlar olarak tarif edilen "özü-mahsus suçlar",¹³⁰ bu suçun belirli kişiler tarafından işlenmesi halinde gündeme gelecektir.¹³¹

dd. Mağdur

Bandrol dolandırıcılığı ile bandrol temini suçlarında, suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olup, telif hukuku bağlamında dolaylı yoldan korunan mali hak sahipleri de suçtan zarar gören konumunda yer almaktadır.¹³²

ee. Konu

Bandrol dolandırıcılığı ile bandrol temini suçlarının konusunu, bir güvenlik etiketi olarak "*bandrol*" kavramı oluşturmaktadır.

c. Manevi Unsur

Bandrol dolandırıcılığı ile bandrol temini suçlarının manevi unsuru kast olduğundan (FSEK md. 81/11 – 12), bu suçlar ancak kasten işlenebilecek ve fail de suçların işlenmesi bakımından özel bir kast aranmayacak, yalnızca failin bandrol uygulaması ile eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarına aykırı davrandığını bilerek ve isteyerek suç işlemesi, manevi unsur bakımından yeterli olacaktır.

d. Hukuka Aykırılık

Bandrol dolandırıcılığı ile bandrol temini suçlarında, bandrol sistemine duyulan güvenin, eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarını ihlâl edecek şekilde hileli davranışlarla, yetkisi olmadığı halde bandrol temin etme veya bandrol alma yetkisi olmayan kişilere bandrol temin etme şeklinde hak sahibi olmayan kişilerin hukuka aykırı biçimde bandrol elde etmeleri ve piyasayı bu surette dolandırmak suretiyle kayıtlı ekonomik düzenin korunması amaçlanmıştır.¹³³ Bu bakımdan,

¹³⁰ Özgenç, 2009, s. 188; Artuk / Gökçen / Yenidünya, 2016, s. 218.

¹³¹ Çakır, 2011, s. 30. Farklı yöndeki görüş için bkz. Başlar, 2016, s. 258.

¹³² Çakır, 2011, s. 30.

¹³³ Başlar, 2016, s. 257-258; Çakır, 2011, s. 30.

TCK'da yer alan ilgilinin rızası, hakkın kullanılması gibi hukuka uygunluk nedenleri, hileli davranışlarla, yetkisi olmadığı halde bandrol temin etme veya bandrol alma yetkisi olmayan kişilere bandrol temin etme fiillerini hukuka uygun hale getirmeyecektir.¹³⁴

III. BANDROL YÜKÜMLÜLÜĞÜNE RİAYET ETMEME SUÇLARININ ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Kanunda suç olarak tanımlanan fiilin icrasına başlanmış olmakla birlikte, failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketleri tamamlanamamış; icra hareketleri tamamlanmış olmakla birlikte suçun unsurları arasında yer alan netice gerçekleşmemiş olması hallerinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilebilir.¹³⁵

Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme başlığı altında düzenlenen suçlar (FSEK md. 81), esas itibariyle neticesi harekete bitişik, sırf hareket suçları niteliğinde (*şekli suç*) olduğundan teşebbüse uygun olmayıp; suçun kanuni tanımındaki hukuka aykırı hareketlerin icra edilmesi ile suç işlenmiş olacaktır ve ayrıca bir neticenin meydana gelmesi de suçun tamamlanmış olması bakımından aranmayacaktır. Bununla birlikte icra hareketlerin bölünebilir olduğu kimi hallerde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı değerlendirilecek, dolayısıyla fail teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir.¹³⁶ Örnek olarak, bandrolsüz veya bandrol yükümlülüğüne aykırı şekilde çoğaltılan eser nüshalarının satışa arzı, satışı ya da dağıtımını suçunun (FSEK md. 81/4) faili, eser nüshalarını, dağıtımını yapacak kimselere göndermek üzere kargoya verir ya da nakliye için araca yükletir ve kargoda ya da araçta iken çoğaltılmış nüshalara kolluk kuvvetleri tarafından el konursa, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir.¹³⁷

Öte yandan, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarında teşebbüs bakımından, icra hareketlerinin bölünebildiği iki suç tipi karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, bandrol dolandırıcılığı suçunda (FSEK md. 81/11), yetkisi olmayan kişilerin hileli hareketleri ile bandrol temin etmek için -suç bandrollerin Bakanlıktan temin edilmesi (alınması) ile tamamlanmaktadır- yanıltıcı bilgilerle doldurduğu taahhünameyi Bakanlığa vermesi, Bakanlığın da durumu fark edip ya da ilave olarak sözleşme gibi bir takım ek belge istemesi üzerine, failin bandrol temin

¹³⁴ Çakır, 2011, s. 29.

¹³⁵ Artuk / Gökçen / Yenedünya, 2016, s. 589.

¹³⁶ Hal böyle olmakla birlikte, suçun işlenmesine ön hazırlık mahiyetindeki hazırlık hareketlerinin fail tarafından gerçekleştirilmekle birlikte; icra hareketlerine başlanılmadığı hallerde ise, ortada işlenmeye başlanmış herhangi bir suç da olmayacağından suçta teşebbüsten bahsedilemeyecektir. Bkz. Başlar, 2016, s. 259; Turan, 2012, s. 239.

¹³⁷ Turan, 2012, s. 240.

edememesi hallerinde suç teşebbüs aşamasında kalacağından fail, FSEK 81/11. maddesi ile TCK'nın 35. maddeleri uyarınca suça teşebbüsten cezalandırılacaktır.¹³⁸

Benzer şekilde, yetkisi olmayan kişilere bandrol temini suçunda (FSEK md. 81/12) da bandrol vermeye yetkisi bulunan Bakanlık görevlisinin eser ve/veya bağlantılı hak sahipleri tarafından bandrol almak için doldurulan taahhütnamenin yanıltıcı bilgiler içerdiğini bilmesine rağmen, bandrolleri yetkisiz kişilere temin etmek üzere gerekli olan yazışma yapmak gibi teknik işlemleri tamamlayıp ya da bandrolleri zilyetliğine geçirip yetkisiz kişiye vermeden yakalanması halinde suç teşebbüs aşamasında kalacak; fail FSEK 81/12. maddesi ile TCK'nın 35. maddeleri uyarınca suça teşebbüsten cezalandırılacaktır.¹³⁹

B. İŞTİRAK

Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçları, iştirak konusunda ayrıca bir özellik arz etmediğinden TCK'nın 37 vd. maddelerinde düzenlenen genel iştirak kuralları, bu başlık altında düzenlenen suçlar bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bu anlamda, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, müşterek fail olarak sorumlu olacak (TCK md. 37/1), suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayanları araç olarak kullanmak (TCK md. 37/2), suçun icra hareketlerini fail ile birlikte gerçekleştirmemekle birlikte ve fakat suç işleme konusunda faili etkileyerek suça azmettirmek (TCK md. 38), suçun işlenmesine yardım etmek (TCK md. 39) biçimindeki iştirak yöntemleriyle bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarına doğrudan ya da dolaylı olarak katılan iştirak edenler (*şerik*) TCK'deki iştiraki düzenleyen genel hükümler uyarınca cezalandırılacaktır.¹⁴⁰

C. İÇTİMA

Ceza hukukunun "kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır" prensibi uyarınca, işlenen her suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecek, diğer bir deyişle gerçek içtima kuralı uygulanacaktır.¹⁴¹ Bu kuralın istisnasını ise, suçların içtimaı (*TCK md. 42*,

¹³⁸ Çakır, 2011, s. 31; Turan, 2012, s. 240.

¹³⁹ Turan, 2012, s. 240.

¹⁴⁰ Turan'a göre, yetkisi olmayan kişilere bandrol temini (FSEK md. 81/12) suçunda failin, bizzat bandrolü kullanma amacı taşımayan, diğer bir deyişle aracı konumundaki kimse olması karşısında, bandrol dolandırıcılığı (FSEK md. 81/11) suçunda, faille "yardım etmek" şeklinde bir suç ortaklığı içerisinde olduğu, ayrıca 81/12. maddedeki fiilin de bu kapsamda olduğu bir anlık değerlendirilmekle birlikte, yetkisi olmayan kişilere bandrol temini fiilinin ayrıca bir suç olarak düzenlenmesi karşısında, 81/12. maddedeki fiili gerçekleştiren fail, bandrol dolandırıcılığı kapsamında değil, bağımsız bir suç olarak yetkisi olmayan kişilere bandrol temini (FSEK md. 81/12) suçuna kapsamında cezalandırılacaktır. Bkz. Turan, 2012, s. 241.

¹⁴¹ Özgenç, 2009, s. 498; Artuk / Gökçen / Yenidünya, 2016, s. 688.

43, 44 de düzenlenen bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima) oluşturmaktadır.

Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme başlığı altında düzenlenen suçlarda, içtimayla ilgili olarak çeşitli ihtimaller gündeme gelmektedir. Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçu (FSEK md. 81/4) ile bandrol sahteciliği (FSEK md. 81/9) suçlarının, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda işlenmesi halinde, suça konu nüshaların aynı eserin nüshaları olması gibi koşullarının mevcudiyeti halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.¹⁴²

Öte yandan, FSEK'in 81. maddesinde bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme ile ilgili beş ayrı suç tipinin düzenleme altına alındığı görülmektedir. Uygulamada ise ağırlıklı olarak kişilerin aynı fiille bu madde kapsamında düzenlenen suçları birlikte işledikleri görülmektedir. Bu durumda ise failin fikri içtima (TCK md. 44) hükümleri uyarınca en ağır cezaya yer verilen suçtan cezalandırılması yoluna gidilecektir.¹⁴³

FSEK'in 81. maddesinin 13. fıkrasında, özel bir içtima hükmü düzenlenmiştir. Buna göre, bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71. maddenin 1. fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi halinde, fail hakkında sadece 71. maddeye göre cezaya hükmolunacak; ancak verilecek ceza üçte biri oranında artırılacaktır. Bu bağlamda, aynı eser üzerinde işlenmek koşuluyla, 71. maddenin 1 fıkrasının (1) nolu bendinde yer alan *"bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticari amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan"* fail, aynı zamanda 81. maddede düzenlenen bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarını da işlediği takdirde, her iki madde hükümlerinin ihlâli söz konusu olacaktır. Ancak bu halde, gerçek veya fikri içtimaya ilişkin genel hükümler uygulanmayacak, 81/13. madde uyarınca sadece 71. madde kapsamındaki suçun cezası, üçte bir oranında artırılarak faile teşmil edilecektir.

¹⁴² Benzer şekilde, FSEK'in 81/10. maddesinde düzenlenen, usulsüz bandrol kullanma suçunda da, -bandrollerin kullanıldığı eser nüshalarının aynı eser nüshaları olması şartıyla- değişik zamanlarda bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde de zincirleme suç hükümleri uygulanacak, faile tek bir ceza verilecek ve ceza miktarında artışa gidilecektir. Bkz. Turan, 2012, s. 241-242. Zincirleme suç, TCK'nin 43. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Farklı düşünen yazar için bkz. Başlar, 2016, s. 260.

¹⁴³ Başlar, 2016, s. 260. Yargıtay 19. CD 10 Aralık 2015 tarih, E. 2015/15802, K. 2015/8442 sayılı kararında, 144 adet bandrolsüz, 54 adet sahte bandrollü ve 62 adet başka bir esere ait bandrol yapıştırılmış kitapları sattığı tespit edilen sanığın eyleminde, TCK'nın 44. maddesi aracılığıyla 5846 sayılı Kanun'un 81/9. maddesinin uygulanması gerektiğini değerlendiren; fiilde birden fazla hareketin varlığı ve birden fazla bandrol suçunun ihlâl edilmesi nedeniyle fikri içtima kuralının uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

Güncel bir gelişme olarak belirtmek gerekirse; İzmir 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi, sanık hakkında izinsiz çoğaltılmış ve bantrolsüz kitap sattığı iddiasıyla açılan ceza davasında, FSEK'in 81. maddesinin 13. fıkrasının Anayasa'nın 2, 10, 13 ve 38. maddelerine aykırı olduğu kanısına vararak, somut norm denetimi (itiraz yolu) ile anılan hükmün iptalini Anayasa Mahkemesi'nden talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi, 12 Haziran 2020 tarihinde, konuyu ölçülülük ilkesi bağlamında ele alarak (*bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunmasının zorunlu olduğu*); bandrol yükümlülüğüne aykırılık hâlinde hapis cezası ve adli para cezasının veya yalnızca hapis cezasının verilmesinin, hak sahiplerinin haklarına tecavüz durumunda ise seçimlik olarak hapis cezasının veya adli para cezasının öngörülmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğunu ifade etmiş; bununla birlikte ölçülülüğün alt ilkesi olan orantılılık ilkesi uyarınca ulaşılmak istenen amaç ile bu amaca ulaşmak için tercih edilen araç arasında makul bir dengenin kurulması gerektiğini özellikle vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi konunun özüne inerek, bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçundan (md. 81) farklı olarak manevi, mali veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz suçlarının (md. 71) soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi bulunduğundan itiraz konusu kuralın yalnızca hak sahibinin şikâyetçi olması durumunda uygulama alanı bulabileceğini; bu durumda ise hak sahibinin hukuka aykırı fiil sebebiyle şikâyetçi olmaması hâlinde fail hakkında bandrol yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle hapis ve adli para cezası birlikte uygulanacak iken hak sahibinin şikâyetçi olması durumunda itiraz konusu kural gereğince fail hakkında seçimlik olarak hapis veya adli para cezasına hükmedilebileceğini; cezaların da daha hafif olarak belirlenebileceğini; 71. maddenin üçüncü fıkrasındaki şartların gerçekleşmesi hâlinde ise failin cezasında indirim yapılması veya faile ceza vermekten vazgeçilmesi de mümkün olabileceğini tespit etmiştir. Bu durumun ise suçtan zarar görenin tatminini sağlamayacağı gibi şikâyet hakkının kullanılmasının failin daha lehine bir hukuki sonuç doğuracağını ve şikâyet olmaması durumunda ise hükmedilecek cezadan daha hafif bir cezanın verilmesine veya belirli durumlarda ceza vermekten vazgeçilmesine sebebiyet vereceğinin altını çizmiştir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, suç ile ceza arasında âdil bir denge oluştur(a)mayan düzenlemenin, yarattığı etki ve sonuçlar itibarıyla ölçülülük ilkesine aykırı (Anayasa md. 2) olduğu kanaatiyle iptaline karar vermiştir.¹⁴⁴

Öte yandan, bağlantılı hak sahiplerinin haklarını korumaya yönelik olarak düzenlenen FSEK'in 71. maddesinin soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi (FSEK md. 75) olduğundan, manevi, mali veya bağlantılı haklarına tecavüz edilen kimse şikâyetçi olmazsa, ceza

¹⁴⁴ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 12 Haziran 2020 tarih, E. 2019/74; K. 2020/29 sayılı kararı par. 20 – 23. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2020/29>. İET: 29 Eylül 2020.

muhakemesi hukuku gereğince dava şartı gerçekleşmediğinden suçun takibi yapılamayacaktır.¹⁴⁵ Bununla birlikte, FSEK'in 81. maddesi yönünden ise, kanun koyucunun suçun soruşturulması için şikâyet şartının gerçekleşmesini aramadığından¹⁴⁶ fail, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarından dolayı takibata uğrayacak ve işlemiş olduğu suçlar yönünden cezalandırılacaktır.¹⁴⁷

D. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Telif hukuku bağlamında korunan mali, manevi veya bağlantılı haklar, cezai ve hukuki yönden sınırsız bir şekilde korunmamaktadır. FSEK'in 27. maddesi uyarınca, mali haklara yönelik koruma, eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren de yetmiş yıl devam edeceğinden, bu anlamda koruma süresinin geçmesi, eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerine tanınan mali hakların kullanılmasında bir hukuka uygunluk sebebi oluşturacaktır.¹⁴⁸

E. ETKİN PİŞMANLIK

FSEK'in 71. maddesinin son fıkrasında¹⁴⁹ düzenleme altına alınan etkin pişmanlık hükümlerinin, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarının düzenlendiği 81. madde bakımından uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde kimi yazarca, 71. madde açısından getirilen etkin pişmanlık hükümlerinin, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarını işleyenler bakımından da uygulanabilmesi gerektiği dile getirildiği gibi,¹⁵⁰ aksi yönde görüşler¹⁵¹ de ileri sürülmüştür.

Kanaatimizce, FSEK'in 81/13. maddesindeki düzenleme uyarınca, bandrolsüz eser satan kişinin, mezkûr eseri aynı zamanda çoğaltmış olması karşısında fail, FSEK'in 71. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

¹⁴⁵ Çakır, 2011, s. 32.

¹⁴⁶ Nitekim Yargıtay 19. CD 15 Şubat 2016 tarih, E. 2015/13997, K. 2016/1755 sayılı kararı da bu yöndedir. Karar UYAP Bilişim sisteminden temin edilmiştir. Benzer şekilde, Yargıtay 7. CD 13 Şubat 2006 tarih, E. 2003/13998, K. 2006/238 sayılı kararı. Bkz. Çakır, 2011, s. 32, dip. 91.

¹⁴⁷ Başlar, 2016, s. 260. Aksi yöndeki görüş için bkz. Uslu, 2012, s. 529. Kimi yazarlarca, re'sen soruşturma ve kovuşturma konusu yapılan ana suç olarak bandrol suçları ile içtima eden şikâyete tabi olan suçun yaptırımlarının farklı nitelik ve özellik arz etmesinin uygulamada sorunlara yol açtığı dile getirilmektedir. Bkz. Güneş, 2015, s. 283.

¹⁴⁸ Başlar, 2016, s. 261.

¹⁴⁹ FSEK'in 71. maddesinin son fıkrası uyarınca, hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilecektir.

¹⁵⁰ Uslu, 2012, s. 529.

¹⁵¹ Aksi yönde görüş için bkz. Başlar, 2016, s. 262.

FSEK'in 71/son fıkrası uyarınca da hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden¹⁵² önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilmektedir.

Yukarıda yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, FSEK'in 71. maddesinde düzenlenen suçların şikâyete tabi olması, etkin pişmanlık halinde faile FSEK'in 71. maddesi uyarınca ceza verilememesi nedeniyle bu suçların FSEK'in 81. maddesinde düzenlenen bandrol suçlarına sirayet etmemesi, ayrıca etkin pişmanlık hükmünün FSEK'in 81. maddesinde düzenlenen bandrol suçlarına uygulandığının bir anlık kabulü halinde, bandrol uygulamasının amaçlarına aykırı olması ve korsanla mücadeleyi sekteye uğratma ihtimali karşısında, FSEK'in 71/son fıkrasında düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün bandrol suçları yönünden uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

F. DAVA ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı ile ilgili temel düzenleme TCK'nin 66. maddesinde yer almaktadır. Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçları bakımından bir değerlendirme yapıldığında, 81/9. fıkrada düzenlenen bandrol sahteciliği suçu haricindeki diğer suçlarda zamanaşımı (dava) süresi sekiz yıl iken; 81/9. fıkrada düzenlenen bandrol sahteciliği suçunda zamanaşımı süresi, suça konu eylemin gerçekleştirildiği tarihten itibaren on beş yıldır.

IV. SORUŞTURMA ve KOVUŞTURMA USULÜ

Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçları, diğer fikri ve sınai haklar aleyhine işlenen suçlardan farklı olarak, şikâyet şartı aranmayan, diğer bir deyişle soruşturması ve kovuşturması re'sen yapılan suçlar arasında yer almaktadır.¹⁵³ Şikâyete tabi olmamasının sonucu olarak, bu suçların soruşturulması için suçtan zarar görenin şikâyette bulunması şartı aranmadığı gibi suçtan zarar görenin şikâyetten vazgeçmesi halinde de şikâyet yokluğu nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar

¹⁵² Bayındır, Sinan "Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu", TBB Dergisi, Sayı: 113, 2014, s. 330-331.

¹⁵³ Albayrak, Mustafa "Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılama Sorunları ve Çözüm Yolları", TBB Dergisi, Sayı: 57, 2005, s. 356. FSEK'in 81. maddesinde, 5101 sayılı Yasa ile 2004 yılında yapılan değişiklikle, eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin her olayda kamu makamlarına ihbar ve şikâyette bulunma yükümlülüğü kaldırılmış, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılır hale getirilmiştir. Bandrol suçlarının re'sen soruşturulması ve kovuşturulması yapılan suçlardan olduğuna ilişkin olarak bkz. Yargıtay 7. CD 13 Şubat 2006 tarih, E. 2003/13998, K. 2006/238; 19 Ekim 2011 tarih, E. 2008/8691, K. 2011/17629 sayılı kararları.

verilemeyecektir. Öte yandan, re'sen takibi yapılan bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçuna sebebiyet veren fiil, aynı zamanda FSEK'in 71. maddesinde düzenleme altına alınan suçların işlenmesine de yol açıyorsa, eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin FSEK'in 75/2. maddesi¹⁵⁴ uyarınca durumdan haberdar edilerek, failer hakkında şikâyette bulunma imkanının sağlanması gerekmektedir.¹⁵⁵

V. GÖREVLİ ve YETKİLİ MAHKEME

FSEK'in 76/1. maddesinde, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarına bakmakla görevli mahkemenin Adalet Bakanlığınca kurulacak ihtisas mahkemeleri olduğu düzenlenmiştir. Bandrol uygulamasından kaynaklı ihtilafları çözmek üzere kurulan ihtisas mahkemeleri ise, Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemeleridir. Bununla birlikte ihtisas mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulunca yetkilendirilecek Asliye Ceza Mahkemeleri, bandrol suçlarına ilişkin davalara bakmakla görevli bulunmaktadır.¹⁵⁶

Yetkili mahkeme konusunda FSEK'te bir düzenleme yer almadığından,¹⁵⁷ bandrol yükümlülüğüne riayet edilmemesi suçlarında yetkili mahkeme, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) yetki kurallarını düzenleyen 12 vd. maddelerine göre belirleneceğinden, davaya bakma yetkisi suçun işlendiği yer (*genel yetki kuralı*) mahkemesi olacaktır.

¹⁵⁴ FSEK'in 75/2. maddesinde, mezkûr kanunda yer alan soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar dolayısıyla başta Millî Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve malî hak sahibi kişilerin şikâyet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilecekleri düzenleme altına alınmıştır.

¹⁵⁵ Başlar, 2016, s. 263; Turan, 2012, s. 245. Yargıtay 7. CD 14 Mayıs 2009 tarih, E. 2009/1767, K. 2009/6608 sayılı kararında, eserler üzerinde hak sahipleri olan suçun mağdurların davadan haberdar edilmeleri gerektiğini belirtmiştir. Karar UYAP Bilişim sisteminden temin edilmiştir.

¹⁵⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 05 Kasım 2012 tarih, E. 2012/86, K. 2012/218 sayılı kararında, FSEK'ten kaynaklı idari para cezalarından kaynaklı ihtilafların çözüm ve görüm yerinin adli yargı yerleri olduğu ifade edilmiştir.

<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/c6f989a3-9e11-4c1b-b61f-af447e43b34c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>. (İET: 29 Eylül 2020). Nitekim Yargıtay 7. CD 10 Kasım 2009 tarih, E. 2007/16776, K. 2009/13996 sayılı kararında; FSEK'in düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan davalar ile FSEK'te yer alan suçlara bakmakla görevli mahkemenin ihtisas mahkemeleri (*Fikri ve Sınai Haklar Hukuk ve/veya Ceza Mahkemeleri*) olduğunu belirtmiştir. Karar UYAP Bilişim sisteminden temin edilmiştir.

¹⁵⁷ Bayındır, 2014, s. 335.

VI. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI (HAGB) MÜESSESİNİN BANDROL SUÇLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

CMK'nın 231. maddesinde HAGB müessesesi¹⁵⁸ düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; a) sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurulularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi ile d) sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini kabul etmesi koşullarının kümülatif olarak bir arada bulunması gerekmektedir. Bu dört koşuldan yalnızca birisinin sağlanmamış olması halinde ise, bu müessese uygulan(a)mayacaktır.

Bandrol suçları başta olmak üzere telif suçları, öngörülen ceza miktarı bakımından CMK'nın 231. maddesi kapsamında yer almakta ve bandrol suçları yönünden şikâyete bağlılık şartı da aranmadığından, kovuşturma aşamasında mahkemece HAGB koşullarının varlığı araştırılarak sanık hakkında bir değerlendirme yapılacaktır.¹⁵⁹ Bununla birlikte, uygulamada özellikle bandrol suçlarında, kamunun uğradığı zararın varlığı ile miktarının tespiti konusunda zorluklar yaşanmaktadır.¹⁶⁰

Kanaatimizce, kamu düzenine karşı işlenen somut bir zararın ortaya çıkmadığı, bandrol suçları gibi suçlarda, ürünlerin kopya olması karşısında bandrol alınmasına olanak bulunmadığından ortada kamunun da uğradığı herhangi bir zarar bulunmamakta, ayrıca kamunun zararının araştırılmasına da lüzum görülmemelidir. Bu bakımdan bandrol suçlarında, koşulların varlığı halinde HAGB müessesesi uygulanabilecektir.

Nitekim Yargıtay da, bandrol suçlarında gerçek (*somut*) bir mağdur bulunmadığından, HAGB müessesesinin herhangi bir zarar hesabı yapılmaksızın uygulanabileceğini pek çok kararında dile getirmektedir.¹⁶¹

¹⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Artuç, Mustafa, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, 2. Baskı.

¹⁵⁹ Güneş, 2015, s. 283.

¹⁶⁰ Güneş, bandrol suçlarında kayıt dışılığın neden olduğu vergisel kayıp ve bandrol sisteminin uğradığı maddi zararın tespitinin hayli güç olduğunu belirtmektedir. Bkz. Güneş, 2015, s. 284.

¹⁶¹ Yargıtay 7. CD 24 Haziran 2010 tarih, E. 2009/15123, K. 2010/9989 sayılı kararında, sanık hakkında suç tarihinde yürürlükte bulunan FSEK'in 81. maddesinin 9. fıkrasının 1/a bendi uyarınca bandrolsüz CD satmaktan dava açılmış olduğundan; açılan davaya göre de atılı suç nedeniyle kamunun herhangi bir zararının bulunmadığı değerlendirilmiş ve sonuç olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görülmüştür. Karar UYAP Bilişim sisteminden temin edilmiştir. Diğer kararlar için bkz. Yargıtay 4. CD 20 Aralık

VII. KABAHAHAT

FSEK'in 81. maddesinin 7. fıkrasında bir kabahat düzenlemesine yer verilmiştir. Anılan düzenleme uyarınca, FSEK kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaktır. Bu yasağa aykırı hareket edenler ise, Kabahatler Kanunu'nun 38. maddesinin birinci fıkrasına¹⁶² göre cezalandırılacaktır. Söz konusu bu düzenlemeyle amaçlanmak istenenin, bandrolsüz nüshalarla (korsan) yasal olarak basılmış ve bandrol taşıyan nüshaların ayrımı ile kayıtlı ekonomik düzenin sağlanması¹⁶³ ve nihayetinde korsanla mücadele istenilen sonucun alınmasıdır.¹⁶⁴

Kanaatimizce, bu düzenlemenin ilk bakışta, korsan ürünlerin satışının genellikle sayılan yerlerde yapılması karşısında, korsan ürünlerin satış alanının daraltılması ya da ortadan kaldırılması, izinsiz çoğaltılmış ürünlerin denetiminin kolaylaştırılması noktasında gerekli olduğu dile getirilse de; ister yasal olsun ister korsan bütün fikir ve sanat eserlerinin bu gibi yerlerde satışının yasaklanması sonucunda, eserlerin tüketici ile buluşması ile ikinci el eser satışına engel olunmakta; bu durum ise başta okur sayısı olmak üzere entelektüel birikimi olumsuz yönde etkilemektedir.

VIII. TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRİ UYGULANMASI

FSEK'in 81/son fıkrasında, bu kanunda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında TCK'nın¹⁶⁵ tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir. Tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların faili olan gerçek kişilerin belirlenmesinde ise, uygulamada özellikle, işletmeyi fiilen sevk ve idare edenler usulsüzlüğün meydana gelmesinde asıl sorumlu kabul edilmekte, bunun yanında sorumluluk yüklenebilmesi koşuluyla tüzel kişi ortakları ve tüzel kişiliği temsile yetkili kişiler de suçun faili olarak cezalandırılmaktadır.¹⁶⁶

2010 tarih, E. 2010/25732, K. 2010/21214; Yargıtay CGK 03 Şubat 2009 tarih, 2008/11-250, K. 2009/13; Yargıtay 7. CD 17 Ocak 2011 tarih, E. 2009/463, K. 2011/349 sayılı kararları.

¹⁶² Kabahatler Kanunu'nun 38/1. maddesi uyarınca; yetkili makamların açık ve yazılı izni olmaksızın meydan, cadde, sokak veya yayaların gelip geçtiği kaldırımları işgal eden veya buralarda mal satışa arz eden kişiye, belediye zabıta görevlileri tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilecektir.

¹⁶³ Güneş, 2015, s. 283.

¹⁶⁴ Albayrak, 2005, s. 340.

¹⁶⁵ TCK'nın 20. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacak; ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulana bilinecektir.

¹⁶⁶ Turan, 2012, s. 235.

SONUÇ

Kanun koyucu, eser nüshalarının kayıt altına alınmak suretiyle piyasaya sürülmesini, her bir nüshanın da söz konusu bu kayıt sistemine dâhil edilip edilmediğinin fark edilmesini sağlamak amacıyla bir güvenlik etiketi olarak bandrol uygulaması yöntemini benimsemiştir. Söz konusu bu uygulama ile birlikte, bir yandan eser nüshalarının kaç adet basıldığı bilinerek tedavül süreci kontrol altında tutulmakta, öte taraftan kaçak ve izinsiz basımlar tespit edilmek suretiyle korsan eser basımı önlenebilmektedir.

Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme başlığı altında mütalaa edebileceğimiz bandrol suçları ile, hem eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin telif hukukundan doğan haklarının korunması amaçlanmış; hem de devletin korsan basımlar nedeniyle oluşacak (*kayıt dışılıktan kaynaklı*) zararlarının önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

Bununla birlikte, gerek bandrol uygulaması ile korsanla mücadelede daha etkin olunabilmesi, gerekse eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin telif hukukundan doğan haklarına etkin bir hukuki koruma sağlanabilmesi bakımından FSEK'in kapsamlı bir şekilde gözden geçirilmesi ivedilik arz etmektedir. Söz konusu çalışma yapılırken, özellikle aşağıda yer vereceğimiz hususların gözetilmesi yerinde olacaktır:

-FSEK'in cezai hükümlerinin, ceza hukukunun genel ilkelerine uygun, açık, sade ve anlaşılabilir ifadeler ile değiştirilmelidir.

-FSEK'in 71/son fıkrasındaki etkin pişmanlık düzenlemesinin soruşturma aşaması ile sınırlandırılmasından vazgeçilerek, korsanla mücadelede daha etkin olunabilmesi bakımından etkin pişmanlık uygulaması, kovuşturma aşamasında hüküm verinceye kadar genişletilmelidir.

-FSEK'in 81/7 maddesindeki "*kabahat*" düzenlemesinde, kabahatin oluşumunun yalnızca "*satmak*" eyleminden ibaret oluşu, ispatlanması neredeyse mümkün olmayan bir kabahat tanımına yol açtığından; kabahatin oluşumunda satış işleminin gerçekleştirilmiş olması yanında, nüshaların sayılan yerlerde satışa hazır hale getirilmiş (sunulma veya bulundurulma) olması fiillerinin de kabahat tanımına eklenmesi suretiyle, kabahat düzenlemesinde genişleme yoluna gidilmelidir.

-FSEK'in 81. maddesindeki bandrol suçlarıyla ilgili düzenlemelerde, yaptırım olarak hapis, adli para cezası yanında idari para cezasının da öngörülmesi, diğer bir deyişle suç ve kabahatin aynı fıkroda düzenlenmesinin yasa yapma tekniğiyle bağdaşmaması karşısında, FSEK'in 81/7 maddesindeki "*kabahat*" düzenlemesine ayrı bir madde başlığı altında yer verilmelidir.

-FSEK'in 75/2. maddesinde düzenlenen, bakanlık ve ilgili gerçek ve tüzel kişilerin "haberdar etme" uygulamasının, mahkemelerce, CMK ve Tebligat Kanunundaki usuller haricinde, yargulamaların en az masrafla

ve süratle sonuçlandırılması (dil yargılanma) ilkesi baēlamında elektronik posta (*e-posta*) usulü ile de yapılabilmesinin n açılmalıdır.

-Bandrol uygulamasında, özellikle idari para cezası verme yetkisine sahip belediyeler, mülki amirlikler ile mahkemeler arasında görev ve sorumluluk noktasında oluēan ihtilafların zlebilmesi için ilgili birimlerin grē alınmak suretiyle FSEK'teki yeterince açık olmayan alanlar, kanunların açık ve kesin olması ilkesi baēlamında, açık ve anlaşılır hale getirilmelidir.

- FSEK'in 81/13. maddesinde düzenlenen özel içtima kuralının, özellikle FSEK'in 71. maddesinin uygulanmasının Őikâyet koēuluna tabi tutulmasının, uygulamada hak mahrumiyetlerinin ortaya çıkmasına neden olduēundan, bu içtima düzenlemesinin deēiētirilmesi ile 71. maddeden baēımsız bir hale kavuēturulması gerekmektedir. Bu hususta özellikle yukarıda deēinmiē olduēumuz Anayasa Mahkemesi iptal kararındaki tespit ve deēerlendirmeler (bkz. 12 Haziran 2020 tarih, E. 2019/74; K. 2020/29 sayılı karar) göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

Albayrak, Mustafa, "Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılama Sorunları ve Çözüm Yolları", TBB Dergisi, Sayı: 57, 2005.

Artuç, Mustafa, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, 2. Baskı.

Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, 10. Baskı.

Başlar, Yusuf, "Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Bandrol Suçları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Sayı: 7, Haziran 2016.

Bayındır, Sinan, "Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu", TBB Dergisi, Sayı: 113, 2014.

Bozgeyik, Hayri, "Telif Hukukunda Eğitim İstisnası", I. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumunda Sunulan Tebliğ, 28 Kasım 2014, TFM, 2015/1-2.

Çakır, Kerim, "Bandrol Yükümlülüğüne Aykırılık Suçları", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:6, Sayı: 62, Ekim 2011.

Güneş, İlhami, *Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, Güncel İçtihatlarla 2. Baskı.

İnanıcı, Haluk, "İlim ve Edebiyat Eserleri Açısından 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Değişiklik Tasarısı ve Bazı Pratik Telif Sorunları", I. TÜYAP Kitap Fuarı Panelinde Sunulan Tebliğ, 9 Kasım 1999.

İnanıcı, Haluk, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Değişiklik Çalışmalarında Yayma Hakkıyla İlgili Kavram Sorunları", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ağustos 2010.

Karahan, Sami / Suluk, Cahit / Saraç, v.d., *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı.

Kızıroğlu, Keskin, Serap, "Fikir ve Sanat Eserlerinin Ceza Hukuku Yönünden Korunması", Türk Ceza Hukuku Derneği'nin Düzenlediği Pazartesi Forumları Kapsamında Sunulan Tebliğ, 5 Mart 2012.

Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2012, 5. Baskı.

Küçükali, Canan, "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt. 12, Sayı: 135, Kasım 2017, s. 82-86.

Memiş, Tekin, "Dijital Ortamda Telif Haklarını Yeniden Düşünmek; İhlaller ve Çözüm Önerileri", TOBB, Haziran 2010.

Muşlu, Deniz, "Fikir ve Sanat Eseri Düzenlemelerinde Eser Kavramı", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı. 1, 2007.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, 4. Bası.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2015, 11. Bası.

Suluk, Cahit, "Korsanlıkla Mücadele ve Matbaa Sektörü", II. Uluslararası Katılımlı Kâğıt - Karton, Mürekkep, Matbaa Sempozyumunda Sunulan Bildiri, Bildiriler Cilt II, İzmir, 2-5 Aralık 2004.

Turan, H. Selcen, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, Birinci Baskı.

Turan, Metin / Yılmaz, Bülent, "Türkiye'de Telif Hakları İhlalleri: Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", Bilgi Dünyası, 2014, 15 (1).

Uslu, Ramazan, "Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Ceza Düzenlemeleri", TAAD, Yıl:3, Sayı:10, Temmuz 2012.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, Genişletilmiş Beşinci Baskı.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü (Öğrenciler İçin)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, Birinci Baskı.