DİJİTAL KÜTÜPHANE KANALI

Keyifli Okumalar Dileriz

Binlerce kategoride milyonlarca PDF e-kitap, ders kitapları, dergiler ve romanlara platformumuz üzerinden ücretsiz ulaşabilirsiniz.

RESMİ WEB SİTEMİZ

https://rantey.org

Yedek ve Duyuru Kanallarımız
Sitemize erişim engeli gelmesi veya adres değişikliği durumunda aşağıdaki kanallardan güncel giriş adresine erişebilirsiniz:

• Telegram: https://t.me/birkitapbir

• WhatsApp Kanalımız : https://whatsapp.com/channel/0029VbDHv8uE50Us4IvMoc0Y

Dr. Şafak PARLAK BÖRÜ

FOTOĞRAF ÜZERİNDEKİ HAKLAR

Ankara 2013

turhankitabevi

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Dr. Şafak PARLAK BÖRÜ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

FOTOĞRAF ÜZERİNDEKİ HAKLAR

Ankara- 2013

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

TURHAN KİTABEVİ YAYINLARI

Turhan Kitabevi
Yüksel Cad No 8/32
06650 Kızılay - ANKARA
Tel: (0312) 418 82 59 - Faks: (0312) 418 75 91
web: www.turhankitabevi.com.tr
e-mail: bilgi@turhankitabevi.com.tr

Mayıs, 2013
ISBN: 978-605-5593-79-7

Erek Ofset
Tel: 0.312 3423101

Kitap Düzeni: Gönül Aslan
Kapak Tasarım: Ezgi Öz

Bu yapıtın telif hakkı Turhan Kitabevi'ne aittir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerine göre yazarından ve yayınevinden yazılı izin alınmadan bu yapıtın, herhangi bir bölümü veya tamamı iktibas edilemez, fotokopi ile çoğaltılamaz ve basılamaz.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Sevgili Aileme

ve

Anneannemin aziz hatırasına…

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

ÖNSÖZ

1995 yılı ülkemizde Fikri Mülkiyet Hukuku alanında yeni bir dönemin başlangıcı olmuştur. Fikri Mülkiyet Hukuku'nun bilinen dalı olan Fikri Haklar alanında 1951 yılından beri yürürlükte olan fakat sınırlı bir uygulamaya sahip olan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'muzda çok ciddi değişiklikler yapılmış, Sınai Haklar alanında ise adeta bir devrim yaşanmış ve o güne kadar bilinmeyen Patent, Endüstriyel Tasarımlar, Coğrafi İşaretler ile yepyeni bir Marka Hukuku'na ilişkin dört Kanun Hükmünde Kararname yürürlüğe konulmuştur. Bu alanlarda ihtisas mahkemeleri kurulmuş, Fikri Mülkiyet Hukuku'nun önemi anlaşılmıştır.

Bu gelişme sadece yargıyı değil, öğretiyi de harekete geçirmiş, çok kıymetli eserler üretilmeye başlanmış, Fikri Mülkiyet Hukuku zevkli ve ilgi gören bir alan olmuştur. Bu alanda çok kıymetli eserler yaratılmasına karşın halen çalışılmaya değer çok sayıda konu bulunmaktadır. Bu konulardan birisi de "Fotoğraf Üzerindeki Haklar" olmuştur.

Fotoğraf dış dünyaya ilişkin her cismin görüntüsünün tesbitini kapsar. Bu tesbit bir alet (fotoğraf makinası gibi) ile gerçekleştiğinde fotoğraftan, böyle bir teknik kullanılmadan gerçekleştiğinde ise resimden söz etmek gerekir.

Tesbit edilen görüntü kişilere ilişkin de olabilir. Bu durumda iki kişinin hakkından söz etmek mümkündür.

Birincisi görüntüsü fotoğrafla tesbit edilen kişinin hakkıdır. Bu alan Fikri Hukukla doğrudan ilgi değildir. Burada görüntüsü fotoğrafla tesbit edilen kişinin "görüntüsü üzerindeki yani resmi üzerindeki" hakkı bir başka ifadeyle kişilik hakkı söz konusudur. Bu konu bu incelemeyi kapsamamaktadır.

İkincisi ise görüntüyü tesbit eden kişinin hakkıdır. Bu alan Fikri Haklarla ilgilidir. Bu incelemenin konusuna bunlar girmektedir. Burada görüntüyü tesbit eden emekçinin hakları ve korunması söz konusudur.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Fotoğraf insanlık tarihi kadar eski olan bir sanat dalıdır. Bu alanda yaratılan ürünlerin ve emeğin korunması zamanla kavranabilmiştir. Bu korumanın alanı Fikri Haklardır.

Fikri haklar alanında fotoğrafa ilişkin koruma "eser olarak koruma" ve "eser niteliğinde olmadan koruma" ayrımına tabi tutulmuştur.

Birincisinde fotoğraf eser olma niteliğine sahiptir ve eser sahipliğinden doğan yasanın öngördüğü özel korumalardan yararlanır. İkincisinde ise fotoğraf eser niteliğinde olmasa bile haksız rekabet hükümlerine göre (5846 sayılı FSEK. md.84) koruma bulmaktadır.

Fotoğrafın eser niteliği taşıması halinde ise karşımıza bunun bir "ilim ve edebiyat eseri" ve "güzel sanat eseri" olması ayrımı, bu ikili ayrımın sınır ve ölçülerini ortaya koymaktaki sıkıntılar çıkmaktadır.

Bu denli önemli ve kapsamlı sorunları içeren bir çalışmanın yapılmaması hukuk sistemimiz için bir eksiklik içermekteydi. Sayın Şafak Parlak Börü bu çalışması ile bu alandaki eksikliği doldurmuştur. Doktora tez çalışması olarak önerdiğim ve tamamlanması aşamasına kadar danışmanlığını yürüttüğüm bu eser benim de bulunduğum jüri tarafından oybirliğiyle başarılı bulunmuştur. Böyle güzel bir çalışmayı yapması nedeniyle sayın Şafak Parlak Börü'yü kutluyor, eserin ilgilenen herkese yararlı olmasını diliyorum.

Mayıs 2013 Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

TEŞEKKÜR

" Fotoğraf Üzerindeki Haklar" isimli bu çalışma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda doktora tezi olarak hazırlanmıştır. 19.02.2013 tarihinde, aynı zamanda tez danışmanı ve jüri başkanı olan Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu, Prof. Dr. Kudret Güven, Prof. Dr. Hasan İşgüzar, Prof. Dr. Arif Kocaman ve Doç. Dr. Nuri Erişgin'den oluşan jüri önünde savunulan çalışma, jüri tarafından oybirliği ile başarılı bulunarak kabul edilmiştir.

Tüm monografik çalışmalarda olduğu gibi, bu eser de uzun ve zahmetli bir çalışma sürecinin ürünü olarak ortaya çıktı. Böylesi bir süreçle elbette ki tek başına başedilemezdi. Bu sebeple, tamamını burada ayrı ayrı saymak ne yazık ki mümkün olmasa da, bu eserin ortaya çıkmasında kendilerine teşekkür etmeyi borç bildiğim kişiler bulunmaktadır. Kuşkusuz ki; önsöz/teşekkür yazmak yazara, çalışmasını tamamlamasının da verdiği huzurla, bu süreçte öne çıkan kişileri anmak için güzel bir fırsat sunmaktadır.

Öncelikle, daha önce hiç işlenmemiş yeni bir konuyu tez olarak seçmemde beni teşvik eden; tezin her aşamasında engin bilgi ve deneyiminden yararlanma imkânını bana cömertçe sunan; akademik çalışmada ve tavırda olduğu kadar nezaketi, sabrı ve hoşgörüsüyle daima yolumu aydınlatarak, yakın ilgisini ve desteğini eksik etmeyen çok değerli hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu'na en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Manevi desteği, hep motive eden pozitif yaklaşımı ve yol gösterici önerileri için değerli hocam Prof. Dr. Hasan İşgüzar'a; tezime ilişkin yapıcı eleştiri, katkı ve yönlendirmeleri için tez jürisinde yer alan değerli hocalarım Prof. Dr. Kudret Güven'e, Prof. Dr. Arif Kocaman'a ve Doç. Dr. Nuri Erişgin'e çok teşekkür ediyorum.

Yoğun çalışma temposunda hiç tükenmeyen çalışma azmine ve heyecanına hayran kaldığım; mesleğe ve yaşama dair tavsiyeleri ile bana ışık tutan; bu çalışmanın hazırlanması sırasında da her türlü akademik ve manevi desteği sunan değerli hocam Prof. Dr. Hüseyin Altaş'a en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Ayrıca çalışmalarım sırasında, içinden çıkamadığım bazı noktalarda değerli fikir ve önerilerini paylaşmak suretiyle desteklerini esirgemeyen değerli hocalarım Prof. Dr. Zarife Şenocak'a, Prof. Dr. Mehmet Demir'e, Prof. Dr. Vedat Buz'a ve Yrd. Doç. Dr. Süleyman Yılmaz'a; yine yurtdışındaki araştırma sürecinde beni yönlendiren, akademik yaşamımda da yakın destek, teşvik ve ilgisini gördüğüm değerli hocam Prof. Dr. Arzu Oğuz'a teşekkürü borç sayıyorum.

Çalışmanın hazırlanmasında, yargı kararlarının araştırılması ve temininde yardımlarını esirgemeyen Yargıtay 11.Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Mehmet Kılıç'a teşekkürlerimi sunuyorum.

Bu vesileyle akademik hayatı seçmemde rol oynayan ve bu yolda ilerlememde desteğini benden esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Ali Erten'e de içtenlikle teşekkür ediyorum.

Bu eserde yabancı literatürden, özellikle Alman hukuku kaynaklarından önemli ölçüde yararlanılmıştır. Esere ilişkin hazırlık çalışmalarının bir bölümü, TÜBİTAK tarafından sağlanan burs ile Münih Max-Planck Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Enstitüsü'nde ve Münih Üniversitesi (LMU) Hukuk Fakültesi'nde gerçekleştirilmiştir. Buradaki akademik araştırmalarım sırasında yardımlarını esirgemeyen ve danışmanlık görevini üstlenen Prof. Dr. jur. Michael Lehmann'a ve anılan kurumların değerli çalışanlarına teşekkür ediyorum. Bunun dışında, Erasmus Staj hareketliliği programı çerçevesinde aldığım kısa süreli burs ise bana, hem Freiburg'daki YarayanCzechLouis avukatlık bürosunda Alman hukuk uygulamasını yakından görme, hem de Freiburg Albert-Ludwigs Üniversitesi'nde araştırma yapma imkânı tanımıştır. Bu çerçevede staj boyunca benimle yakından ilgilenen Dr. Ali Yarayan'a ve başta Prof. Dr. Wolfgang Kaiser'e olmak üzere her zaman yakın ilgi ve yardımlarını gördüğüm Freiburg Üniversitesi'nin değerli çalışanlarına teşekkür ediyorum. Gerek bu esere ilişkin Münih'te sürdürdüğüm hazırlık çalışmaları esnasında gösterdiği candan dostluğu ve yardımseverliği, gerekse her zaman verdiği moral desteği için Münih'te yaşayan sevgili arkadaşım Gülbahar Duman'a da bu vesileyle teşekkürlerimi sunmak istiyorum.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Hayatımın her aşamasında olduğu gibi, bu çalışma sürecinde de en büyük desteği kuşkusuz ki ailemden gördüm. Haklarını hiçbir zaman ödeyemeyeceğim, gösterdikleri sevgi, sabır ve fedakârlık sayfalarca da yazılsa anlatılamayacak olan sevgili annem Lütfiye Parlak'a ve sevgili babam Selçuk Parlak'a; bana her zaman destek olan neşe ve enerji kaynağım, sevgili kardeşim Mehmet Parlak'a çok teşekkür ediyorum. Hiçbir zaman desteklerini esirgemeyen, her zaman yanımda olan sevgili teyzelerim Nahide Gülbek'e ve Nergiz Oğuz'a; yine bana öğrettikleri ve yaşamıma kattığı tüm güzellikler için sevgili anneannem Hatice Oğuz'a teşekkür etmek istiyorum. Bu çalışmanın yükünü belki de benimle birlikte omuzlayan, sevincimin olduğu gibi sıkıntımın da ortağı olan sevgili eşim Levent Börü'ye verdiği destek ve gösterdiği fedakârlık için sonsuz teşekkürler...

Son olarak, bu çalışmanın basımını üstlenen ve titiz bir çalışma ile bunu gerçekleştiren Turhan Kitabevi'nin başta Arif Deniz olmak üzere, tüm emekçi ve çalışanlarına teşekkür ediyorum.

Mayıs 2013, Cebeci-Ankara Dr. Şafak PARLAK BÖRÜ

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ..... V
TEŞEKKÜR..... VII
KISALTMALAR..... XXIII
GİRİŞ..... 1

BİRİNCİ BÖLÜM

FOTOĞRAFIN TANIMI, TARİHSEL GELİŞİMİ, ÖNEMİ VE HUKUKSAL DÜZENLEMELERE KONU EDİLMESİ

§ 1- FOTOĞRAFIN TANIMI, TARİHSEL GELİŞİMİ, TOPLUMSAL YAŞAMDAKİ ROLÜ VE ÖNEMİ 3

I- TANIM VE KAVRAM 3

II- TARİHSEL GELİŞİM 4

III- FOTOĞRAFIN TOPLUMSAL YAŞAMDAKİ ROLÜ ve ÖNEMİ 9

IV- BENZER KAVRAMLARDAN AYIRDEDİLMESİ 15

§ 2- FOTOĞRAFIN ULUSAL VE ULUSLARARASI ALANDA KORUNMASI 19

I- FOTOĞRAFIN HUKUKSAL DÜZLEMDE KORUNMASI İHTİYACININ ORTAYA ÇIKIŞI 19

II- FOTOĞRAFIN ULUSLARARASI DÜZENLEMELERE KONU EDİLMESİ 21

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

A. Bern Birliği Anlaşması 22
1. Anlaşmanın Genel Çerçevesi 22
2. Anlaşma Kapsamında Fotoğrafın Korunması 24
a) Fotoğrafa İlişkin İlk Hukuksal Düzenlemeler 24
b) 1896 Paris Revizyonu 25
c) 1908 Berlin Revizyonu 26
d) 1928 Roma Revizyonu 27
e) 1948 Brüksel Revizyonu ve Günümüzdeki Durum 28
B. Dünya Telif Hakları Anlaşması 30
C. WIPO-Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı Fikri Haklar Anlaşması 33
D. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları (TRİPS) Anlaşması 35
E. Avrupa Topluluğu Hukukunda İlgili Direktifler 37
1. Koruma Süreleri Direktifi 39
2. Yeniden Satış Hakkında Direktif 43
III- FOTOĞRAFIN TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE KORUNMASI 46
A. Korumanın Tarihçesi 46
B. Eser Niteliğindeki Fotoğraflar (Fotoğraf Eserleri) 51
1. İlim ve Edebiyat Eseri Olarak Fotoğraf (FSEK md.2/3) 51
2. Güzel Sanat Eseri Olarak Fotoğraf (FSEK md.4/5) 53
C. Eser Niteliğinde Olmayan Fotoğraflar 57
1. Haksız Rekabet Hükümleri Kapsamında Koruma (FSEK md.84/son) 58
2. Kişilik Hakları Kapsamında Koruma (Kişinin Görüntüsüne İlişkin Korunma Hakkı, FSEK md.86) 60

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA FOTOĞRAF

§ 3- FOTOĞRAF ESERLERİNİN KITA AVRUPASI VE ANGLO-SAKSON HUKUK SİSTEMLERİ ÇERÇEVESİNDE ELE ALINMASI 63

I. GENEL BAKIŞ 63

A. Yasal Düzenlemelerde Fotoğraf Eseri ve Hususiyet (Özgünlük) Kavramı 63

B. İçtihat Hukukunda Fotoğraf Eseri ve Hususiyet (Özgünlük) Kavramı 69

II. ALMANYA 76

A. Yasal Düzenleme 76

1. Fotoğrafın "Eser" Niteliği ve Fotoğraf Eserinde Aranan Unsurlar 78

2. Koruma Süresi 81

B. Eser Sahipliği ve Eser Sahibinin Hakları 82

1. Eser Sahipliği 82

2. Eser Sahibinin Mali Hakları 83

3. Eser Sahibinin Manevi Hakları 87

4. Eser Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar 89

5. Eser Sahibinin Haklarının İhlali ve Hukuksal Sonuçlar 93

C. Fotoğrafla İlgili Fikri Hukuk Sözleşmeleri 95

D. Kişinin Görüntüsüne İlişkin Korunma Hakkı 98

III. İSVİÇRE 102

A. Yasal Düzenleme 102

1. Fotoğrafın "Eser" Niteliği ve Fotoğraf Eserinde Aranan Unsurlar 103

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

2. Koruma Süresi 110
B. Eser Sahipliği ve Eser Sahibinin Hakları 112
1. Eser Sahipliği 112
2. Eser Sahibinin Mali Hakları 113
3. Eser Sahibinin Manevi Hakları 117
4. Eser Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar 120
5. Eser Sahibinin Haklarının İhlali ve Hukuksal Sonuçlar 122
C. Fotoğrafla İlgili Fikri Hukuk Sözleşmeleri 125
D. Kişinin Görüntüsüne İlişkin Korunma Hakkı 127
IV. AVUSTURYA 129
A. Yasal Düzenleme 129
1. Fotoğrafın "Eser" Niteliği ve Fotoğraf Eserinde Aranan Unsurlar 131
2. Koruma Süresi 134
B. Eser Sahipliği ve Eser Sahibinin Hakları 135
1. Eser Sahipliği 135
2. Eser Sahibinin Mali Hakları 136
3. Eser Sahibinin Manevi Hakları 139
4. Eser Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar 143
5. Eser Sahibinin Haklarının İhlali ve Hukuksal Sonuçlar 146
C. Fotoğrafla İlgili Fikri Hukuk Sözleşmeleri 147
D. Kişinin Görüntüsüne İlişkin Korunma Hakkı 149
V. İNGİLTERE 151
A. Yasal Düzenleme 151
1. Fotoğrafın "Eser" Niteliği ve Fotoğraf Eserinde Aranan Unsurlar 153
2. Koruma Süresi 158

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

B. Eser Sahipliği ve Eser Sahibinin Hakları 158
1. Eser Sahipliği 158
2. Eser Sahibinin Mali Hakları 162
3. Eser Sahibinin Manevi Hakları 166
4. Eser Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar 170
5. Eser Sahibinin Haklarının İhlali ve Hukuksal Sonuçlar 172
C. Fotoğrafla İlgili Fikri Hukuk Sözleşmeleri 173
D. Kişinin Görüntüsüne İlişkin Korunma Hakkı 175

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA FOTOĞRAF

§ 4- TÜRK HUKUKUNDA ESER NİTELİĞİNDEKİ FOTOĞRAFLAR (FOTOGRAFİK ESERLER) 179

I- ESER KAVRAMI ve FOTOĞRAF ESERLERİNİN FSEK'TEKİ YERİ 180

A. Eser 180
1. Sahibinin Hususiyetini Taşıma (Subjektif Unsur) 181
a) Hususiyet Kavramı 182
aa) Doktrindeki Görüşler 182
bb) Yargıtay'ın Görüşü 185
b) Hususiyetin Kaynağı 185
c) Hususiyetin Seviyesi 187
d) Hususiyette İradenin Rolü 190
e) Fotoğraf Eserlerinde Hususiyet 193
2. FSEK'te Öngörülen Eser Türlerinden Birine Dahil Olma (Objektif Unsur) 198

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

B. Fotoğraf Eserleri (Fotografik Eserler) 201
1. Güzel Sanat Eseri Olarak Fotoğraf: "Fotoğrafik Eserler ve Slaytlar" 201
a) Güzel Sanat Eseri Kavramı 201
b) Güzel Sanat Eserinin Unsurları 202
aa) Tespit Edilmiş Olması 202
bb) Estetik Değere Sahip Olması 203
c) Fotografik Eserler ve Slaytlar 206
aa) Fotografik Eserler 207
bb) Slaytlar 209
2. İlim ve Edebiyat Eseri Olarak Fotoğraf: "Bedîi Vasfı Bulunmayan Her Nevi Teknik ve İlmî Mahiyette Fotoğraf Eserleri" 210
a) İlim ve Edebiyat Eseri Kavramı 210
b) Görsel Olarak İfade Olunan İlim ve Edebiyat Eseri ve Unsurları 211
c) Teknik ve Bilimsel Nitelikte Fotoğraf Eserleri 215
3. Değerlendirme 221
II. ESER SAHİPLİĞİ, FOTOĞRAF ESERİ SAHİBİNİN HAKLARI ve BU HAKLARA GETİRİLEN SINIRLANDIRMALAR 226
A. Eser Sahipliği 226
1. Genel Olarak 226
2. Eser Sahibi ile Çalıştıran veya İşveren İlişkisi 230
3. Birlikte Eser Sahipliği 234
B. Fotoğraf Eseri Sahibinin Hakları 236
1. Fotoğraf Eseri Sahibinin Manevi Hakları 241
a) Eseri Umuma Arz Yetkisi 242
b) Adın Belirtilmesi Yetkisi (Eser Sahibi Olarak Tanıtılma Yetkisi) 243

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

c) Eserde Değişiklik Yapılmasını Yasaklama Yetkisi (Eserin Bütünlüğünü Koruma) 248
d) Eserin Zilyet ve Maliklerinden Eserden Yararlanmayı Talep Yetkisi 252
2. Fotoğraf Eseri Sahibinin Malî Hakları 254
a) İşleme Hakkı 256
b) Çoğaltma Hakkı 258
c) Yayma Hakkı 260
d) Temsil Hakkı 263
e) İşaret, Ses ve/veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı 264
f) Güzel Sanat Eserlerinin Satış Bedelinden Pay Talep Hakkı 266
C. Fotoğraf Eseri Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar 269
1. Kamu Düzeni Düşüncesi ile Sınırlandırma 270
2. Kamu Yararı Düşüncesi ile Sınırlandırma 272
a) Eğitim ve Öğretim Amacıyla Eserlerin Kullanılması 273
b) İktibas Serbestisi 275
c) Gazete Yayınları 278
d) Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Haberler 280
3. Özel Yarar Düşüncesiyle Sınırlandırma 284
a) Şahsen Kullanma 285
b) Kopya ve Teşhir 288
III. FOTOĞRAFTA ESER SAHİPLİĞİNDEN DOĞAN HAKLARA İLİŞKİN HUKUKSAL İŞLEMLER 290
A. Fikri Haklara İlişkin Hukuksal İşlemler 290
1. Fikri Haklara İlişkin Sağlararası veya Ölüme Bağlı Tasarrufa Dayanan Hukuksal İşlemler 290
2. Fikri Haklara İlişkin Sağlararası Sözleşmeler 291

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

a) Mali Hakkın Devrine İlişkin Sözleşmeler 291
b) Mali Hakkın Kullanım Hakkının Devrine İlişkin Sözleşmeler 292
B. Fikri Haklar Alanında Mali Hakların ve Kullanım Hakkının Devrine İlişkin Sözleşmeler 293
1. Sözleşmenin Hukuksal Niteliğine Göre Ayrım 293
a) Bir Hizmet İlişkisi Çerçevesinde Yaratılan Eserlere İlişkin Sözleşmelerde 293
b) Özel Bir Sipariş Üzerine Yaratılan Eserlere İlişkin Sözleşmelerde 297
aa) Genel Değerlendirme 297
bb) Yayın Sözleşmesine İlişkin Hükümlerde Yer Alan Düzenleme (TBK md.501/ BK md.385) .. 304
2. Mali Hakların Devrine İlişkin Sözleşmeler 307
a) Sözleşmenin Konusu ve Kapsamı 307
b) Mali Hakkı Devir Sözleşmesinin Hukuksal Niteliği 313
c) Mali Hakkı Devir Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları 315
aa) Genel Olarak 315
bb) Mali Hakkı Devredenin Garanti Sorumluluğu 317
aaa) Hakkın Mevcut Olduğunu Garanti (FSEK md.53) 317
bbb) Devir Yetkisi Olmayandan Devralanın İyiniyetinin Korunmaması (FSEK md.54)- Devredenin Devralana Karşı Sorumluluğu 318
cc) Mali Hakkı Devralanın Üçüncü Kişilere Karşı Dava Açabilme Yetkisi 320
3. Mali Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesi 321
a) Sözleşmenin Konusu ve Kapsamı 321

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

b) Lisans Sözleşmesinin Hukuksal Niteliği 325
c) Lisans Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları 330
aa) Genel Olarak 330
bb) Lisans Verenin Garanti Sorumluluğu 335
aaa) Hakkın Mevcut Olduğunu Garanti (FSEK md.53) 335
bbb) Lisans Hakkını Devir Yetkisi Olmayandan Devralanın İyiniyetinin Korunmaması (FSEK md.54)- Devredenin Devralana Karşı Sorumluluğu 336
cc) Lisans Alanın Üçüncü Kişilere Karşı Dava Açabilme Yetkisi 337
d) Sözleşmeden Cayma Hakkı (FSEK md.58) 341
4. Eser Sahibinin Meslek Birlikleriyle Yaptığı Sözleşmeler 343
C. Yazılı Geçerlilik Koşulu (FSEK md.52) 346
IV. FOTOĞRAF ÜZERİNDEKİ FİKRİ HAKLARIN İHLALİNDE KORUMA YOLLARI 350
A. Genel Olarak Fikri Hakların İhlali 350
B. Kusur Ve Zarar Koşulunu Gerektirmeyen Davalar 352
1. Tespit Davası 352
a) Genel Olarak 352
b) Özel Olarak (FSEK md.15/III) 354
2. Tecavüzün Ref'i (Saldırının Durdurulması) Davası 355
a) Genel Olarak 355
b) Manevi Hakların İhlali Halinde Tecavüzün Ref'i Davası 357
c) Mali Hakların İhlali Halinde Tecavüzün Ref'i Davası: Bu Davanın Bir Türü Olarak Telif Tazminatı 359
3. Tecavüzün Men'i (Saldırının Önlenmesi) Davası 366

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

4. Kazancın İadesi Davası 367
C. Kusur ve Zarar Koşulunu Gerektiren Davalar 370
1. Genel Olarak 370
2. Tazminat Davaları 372
a) Manevi Hakların İhlali Halinde Tazminat Talebi 372
aa) Maddi Tazminat 372
bb) Manevi Tazminat 373
cc) Manevi Hakkın Kişilik Hakkı ile İlişkisi ve Tazminat 377
b) Mali Hakların İhlali Halinde Tazminat Talebi 382
aa) Manevi Tazminat 382
bb) Maddi Tazminat 383
D. Hükmün İlanı 385

§ 5- TÜRK HUKUKUNDA ESER NİTELİĞİNDE OLMA KOŞULU ARANMADAN KORUNAN FOTOĞRAFLAR 386

I. HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNE GÖRE KORUMA 386
A. Eserin Adı-Alâmetleri-Şekilleri 387
1. Genel Olarak 387
2. Koruma Konusu 387
3. Koruma Koşulları 388
a) Ayırt Edici Olma 388
b) İltibasa Meydan Verebilecek Tarzda Kullanılma 389
c) Kamuya Sunulmuş Olma 390
4. Korumayı Sağlayan Davalar 390
5. Koruma Süresi 391
B. İşaret, Resim ve Ses 392
1. Genel Olarak 392
2. Koruma Konusu 392
3. Koruma Koşulları 394
4. Korumayı Sağlayan Davalar 396

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

5. Koruma Süresi 398
II. KİŞİLİK HAKKI KAPSAMINDA KORUMA – "RESİM ve PORTRELER" 398
1. Genel Olarak 398
2. Koruma Konusu 400
3. Koruma Koşulları 403
a) Genel Kural: Tasvir Edilenin Rızasının Bulunmaması 403
b) İstisna: Tasvir Edilenin Rızasının Aranmadığı Hâller 405
4. Korumaya Konu Hakkın Hukuksal Niteliği 408
5. Korumaya Konu Hakka İlişkin İhlal Hâlleri 409
a) Resim Üzerindeki Bağımsız Hakkın İhlali 409
b) Resim Vasıtasıyla Şeref ve Haysiyetin İhlali 410
c) Resim Vasıtasıyla Özel Yaşamın İhlali 411
d) Resmin Ticari Amaçla ve Reklam Vasıtası Olarak Kullanılmasıyla Resim Üzerindeki Hakkın İhlali 413
6. Koruma Süresi 414
SONUÇ 415
BİBLİYOGRAFYA 431
ABSTRACT 451

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Abs.	: Absatz
AfP	: Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
age	: adı geçen eser
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AJCL	: American Journal of Comparative Law
Art.	: Artikel (madde)
aşa.	: aşağıda
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AULR.	: American University Law Review
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BezGer	: Bezirksgericht
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGBl	: Bundesgesetzblatt
BGE	: Entscheid des Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu (eski Borçlar Kanunu)
Bkz.	: bakınız
C	: Cilt
CA	: Court of Appeal
CDPA	: 1988 İngiliz Fikri Haklar, Tasarım ve Patent Kanunu
CR	: Computer und Recht
Çev.	: çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn	: dipnot
E	: Esas
Einf.	: Einführung
E.M.L.R.	: Entertainment and Media Law Reports
EIPR	: European Intellectual Property Review
Ent.L.R.	: Entertainment Law Review
EuZW	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ff.	: und folgende (Seiten, Noten)
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FS	: Festschrift
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GRUR	: Gewerblicher Rectsschutz und Urheberrecht

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

GRUR Int	: Gewerblicher Rectsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: herausgegeben (Herausgeber)
I.	: Issue
IIC	: International Review of Intellectual Property and Competition Law (önceki: International Review of Industrial Property and Copyright Law)
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
JZ	: Juristenzeitung
K	: Karar
Kap.	: Kapitel
karş.	: karşılaştırınız
KG	: Kammergericht
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KUG	: Kunsturheberrechtsgesetz/ Das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (Güzel Sanat Eserleri ve Fotoğraf Üzerindeki Telif Haklarına İlişkin Kanun)
KÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
LG	: Landgericht

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

md	: madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MMR	: MultiMedia und Recht
MR	: Medien und Recht (Zeitschrift)
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	: Numara (Nummer)
OGH	: der oberste Gerichtshof
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Fünfter Teil: Obligationenrecht, vom 30.März 1911 (İsviçre Borçlar Kanunu)
ÖBl	: Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
ÖJZ	: Österreichische Juristen-Zeitung
OUrhG	: Avusturya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
pma.	: post mortem auctoris
RBÜ	: Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunması Hakkında Tadil Edilmiş Bern Anlaşması)
Rdn.	: Randnummer
RIDA.	: Revue Internationale du Droit d'Auteur
RPC	: Reports of Patent, Design and Trade Mark Cases

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

s.	: sayfa
S	: Sayı
S.D.N.Y.	: United States District Court for the Southern District of New York
sic!	: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (https://www.sic-online.ch/)
SMI	: Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (heute: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!])
SJZ	: Schweizerische Juristenzeitung
StGB	: Strafgesetzbuch
TGI	: Tribunal de grande instance de Paris
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TRIPS	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması
UFITA	: Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UOLTJ.	: University of Ottowa Law&Technology Journal
UrhG	: Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)- Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

URG	: Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte- İsviçre Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
V.	: Volume
vd	: ve devamı
WCT	: WIPO Copyright Treaty- WIPO Fikri Haklar Anlaşması
WIPO	: Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı
Y	: yıl
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: yukarıda
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZPO	: Zivilprozeβordnung
ZUM	: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

GİRİŞ

Tez konumuz "Fotoğraf Üzerindeki Haklar" dır. Bilimsel çalışmamızın kapsamını aşmamak adına, fotoğrafın hukuksal boyutu -fikir ve sanat eserleri hukuku esas ve ağırlıklı olmak üzere- özel hukuk yönüyle ele alınmaya ve değerlendirilmeye çalışılmış; fotoğrafla ilgili cezai düzenlemeler çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.

Işıkla yazma, ışık yardımıyla iz bırakma sanatı olarak tanımlanan fotoğraf tarihsel süreçte icadından bu yana hızla yol almış; belki de biz farkında olmadan, yaşamımızın hemen her alanına girmiştir. Söz ve yazı çağlarının ardından fotoğrafın bulunmasıyla görüntü çağına girilmiş; fotoğraf günümüzde çok geniş uygulama alanı olan, hatta yaşamımızın bir parçası haline dönüşen bir konu haline gelmiştir. Günlük yaşamımızda, gazetecilik (habercilik), reklamcılık, matbaacılık, endüstri ve sporda, başta tıp, tarih, arkeoloji olmak üzere birçok bilim dalında, güzel sanatlar vb. daha pek çok alanda fotoğraf ve fotoğraf tekniklerinden yararlanılmaktadır.

Ancak, fotoğraf yaşamımızın her yönüne bu kadar dahil olmuşken ve kullanıldığı alanlar bu kadar genişken; niteliğinin, hukuksal boyutunun ve bu bağlamda fotoğraflara ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunların bugüne dek hiç ele alınıp bilimsel olarak incelenmediği görülmüştür. İfade etmek gerekir ki; fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamında değerlendirildiğinde, fotografik eserler, diğer eserlere nazaran üzerindeki esnek telif hakları ve koruma koşullarının tespiti yönüyle incelenmesi belki de en zor eser türüdür. Bunun yanında, eser niteliğinde olma koşulu aranmayan fotoğraflar üzerindeki haklar ve fotoğrafta (yasa koyucunun genel ifadesiyle resimde) tasvir edilenin kişilik hakkı da uygulamada sık sık uyuşmazlıklara konu olmaktadır. Türk hukukunda gerek eser niteliğindeki gerekse bu vasfı taşımayan fotoğraflar ve yine fotoğrafta resmedilenin/tasvir edilenin kişilik hakkı, farklı hukuksal çerçevelerde koruma altına alınmıştır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, ana başlıklarıyla, fotoğraf kavramı ile fotoğrafın ifade ve anlatım gücü; fotoğrafın keşfinden bu yana tarihsel gelişimi; kullanım alanlarının yaygınlaşmasıyla bireysel ve toplumsal yaşamda

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

oynadığı rol; benzer kavramlardan ayırdedilmesi; fotoğrafın hukuksal düzlemde korunması ihtiyacının ortaya çıkışıyla beraber, sonrasında gerek uluslararası düzenlemelerde gerekse Türk hukukunda koruma altına alınması ve bu bağlamda öngörülen yasal düzenlemeler ele alınmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde, karşılaştırmalı hukukta fotoğrafın nasıl ele alındığına ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. Bu bölümde, eser niteliğindeki fotoğrafların ve bir fikri çabanın "eser" olarak değerlendirilebilmesi için aranan temel koşulların farklı hukuk sistemlerinde (Kıta Avrupası/Anglo-sakson hukuk sistemleri) -gerek yasal düzenlemeler bağlamında gerekse içtihatlarda- nasıl değerlendirildiği; yine, hukuk sistemimiz açısından yakından ilgili olduğumuz ülke hukuklarında ve o sisteme örnek vermek açısından, Anglo-sakson hukuk sistemine dahil bir başka ülke hukukundaki fotoğrafla ilgili yasal düzenlemeler ve uygulamaya dair içtihatlar ayrıntılı olarak aktarılmaya gayret gösterilmiştir.

Üçüncü ve son bölümde, Türk hukukunda fotoğraflar ve fotoğraf üzerindeki hakkın korunması özellikle 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nun konuyla ilgili düzenlemeleri çerçevesinde ortaya konmaya çalışılmıştır. Bölümde bu çerçevede, Türk fikir ve sanat eserleri hukukunda "eser" kavramı ve eser olma koşulları; fotoğraf eserlerinin FSEK'deki yeri ve bu bağlamda hangi nitelikteki fotoğrafların hukukumuzda eser olarak korunduğu; fotoğraflar açısından eser sahipliği ve eser sahibinin fikri hakları; eser niteliğindeki fotoğrafların kullanılmasında hukuka uygunluk nedenleri; fotoğraf üzerindeki hakların devri ve fotoğrafı konu alan hukuksal işlemler ile son olarak fotoğraf üzerindeki fikri hakların ihlalinde devreye girecek koruma yolları ele alınıp değerlendirilmeye çalışılmıştır. Son bölümde, fotoğraf üzerindeki telif haklarının korunmasına ilişkin bu değerlendirme sonrasında; "eser" niteliğinde olmayan/olması aranmayan fotoğraflara sağlanan hukuksal koruma ve fotoğraflar üzerindeki hakların tasvir edilen açısından ele alınması yönüyle farklı bir koruma olarak, kişinin resim/fotoğraf üzerindeki kişilik hakkının korunması konularına yer verilmeye çalışılmıştır.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

BİRİNCİ BÖLÜM

FOTOĞRAFIN TANIMI, TARİHSEL GELİŞİMİ, ÖNEMİ VE HUKUKSAL DÜZENLEMELERE KONU EDİLMESİ

§ 1- FOTOĞRAFIN TANIMI, TARİHSEL GELİŞİMİ, TOPLUMSAL YAŞAMDAKİ ROLÜ VE ÖNEMİ

I- TANIM VE KAVRAM

Fotoğraf, doğada mevcut gözle görülebilen maddi varlık ve şekilleri, ışık ve bazı kimyasal maddeler yardımıyla, ışığa karşı duyarlı hale getirilmiş film, kağıt veya herhangi bir madde üzerine saptayan fiziksel ve kimyasal bir işlemdir[1]. Fotoğraf sözcüğü, Fransızca "Photographie" sözcüğünden gelmekte olup, eski Yunancada ışık anlamına gelen "photos" ile yazım anlamına gelen "graphia (graphein)" sözcükleri birleştirilerek türetilmiş bir isimdir. Fotoğrafın temel unsuru ve oluşumuna olanak sağlayan ışık olduğundan, fotoğrafı kısaca "ışıkla yazma sanatı", "ışık yardımıyla iz bırakmak" olarak tanımlamak mümkündür[2].

Sanatçılar yüzyıllarca çevrelerinde gördükleri nesnelerin görüntülerini çeşitli ortamlara değişik yollarla aktarmıştır. Mağara resimlerinden, günümüzde çeşitli şekilde yaratılan görüntülere gelinmiştir. Sanatçılar yarattıkları görüntülerin hep gerçeğe benzemesi için çalışmıştır. İşte fotoğraf, insanlara bu olanağı mükemmel biçimde sağlamış ve "gerçek gibi

---

Hoeren,T./**Nielen,** M: Fotorecht, Recht der Aufnahme, Gestaltung und Verwertung von Bildern, Berlin 2004, Rdn.1, s.31. Ayrıca bkz. **Çizgen,** E: Türkiye'de Fotoğraf, İstanbul 1994, s.8 vd.; **İmer,** Ü.: Modern Fotoğraf Sanatı, İstanbul 1977, s. 9-11; http://tdkterim.gov.tr/bts (5/11/2010).

Schatter, H.R.: Humboldt-Fotolexikon, München 1991, s.83; http://tr.wikipedia.org/wiki/Foto%C4%9Fraf (5/11/ 2010). Fotoğrafı "görüntüyü ışığa karşı duyarlı bir yüzey üzerine özel bir makine ile saptama yöntemi" olarak da tanımlamak mümkündür.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

olan"ın üretilmesi, gerçeğin görüntülenmesi fotoğrafın bulunmasıyla birlikte gerçekleşmiştir.

Gerçek gibi olanı üretirken, zaman ve mekan içinde "an"ın dondurulmasına da hizmet eder fotoğraf. Yani fotoğrafla sonsuza dek kopyalanan şey aslında yalnız bir kez olmuştur. Böylelikle fotoğraf, var oluş açısından asla yinelenemeyecek olanı biçimselleştirmekte ya da daha doğrusu onu biçimiyle yakalayıp ortaya çıkarmakta ve ölümsüzleştirmektedir.

Bu yönleriyle fotoğrafın, geçmişten günümüze belgelerle ışık tutma işlevi başta olmak üzere, çağdaş yaşamda çok önemli bir yeri olup, ilerleyen bölümlerde değineceğimiz üzere, fotoğraf günümüzde çok geniş kullanılma ve uygulama alanı olan bir konu haline gelmiştir.

II- TARİHSEL GELİŞİM

Sanatçılar, Rönesans döneminde perspektifi kullanmaya başlayınca fotoğraf makinesinin dedesi sayılabilecek karanlık kutuyu yani "Kamera Obscura"yı bulmuşlardır. 1550'li yıllarda karanlık kutudaki küçük deliğin önüne mercek koyarak daha iyi bir görüntü elde edilmiştir[3]. 1676'da küçültülen kutuya yerleştirilen bir aynayla ilk refleks makine gerçekleştirilmiştir. 1685'de teleobjektifin kullanılmasıyla fotoğraf makinesi evrimini kısmen tamamlamıştır.

Fotoğraf makinesine nazaran, fotoğraf kimyası daha geç başlamış ve daha yavaş ilerleme kaydetmiştir. 19.yüzyılın hemen başlarında *Thomas Wedgewood* kağıdı gümüş nitrat eriğine batırarak negatif elde etmeyi başarmıştır ancak bu buluşunu daha ileriye götürememiştir[4].

Fotoğraf 19.yüzyılın önemli buluşu olarak uzun ve zorlu bir yoldan geçtikten sonra, ilk kez kalıcı görüntü elde edildiğinde teknik açıdan keşfi tamamlanmış oldu. Bu anlamda fotoğrafçılık açısından temel ge-

---

[3] **Çizgen,** s. 9-10; **İmer,** s.12.

[4] *Thomas Wedgewood*'un "Gümüş ışıkla etkileştiğinde kararır" bilgisinden yola çıkarak yaptığı denemeler ve kuramsal çıkarımları doğrudur. Denemelerindeki ışıklama süresinin çok uzun olması, oluşan görüntüdeki kararmayı durduramaması ve oldukça genç sayılacak yaştaki ölümü fotoğrafın resmi anlamda mucidi olmasını engellemiş ise de, bu keşfe teknik katkılarının yadsınamayacağı açıktır. Ayrıca bkz. "*Wedgewood* metodu ile bir yaprağın görüntüsünün elde edilmesi": **Çizgen,** s.12.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

lişmeler Fransız *Joseph Nicephore Niepce* ile başlamıştır[5]. Fotoğraf makinesiyle elde edilen ilk kalıcı görüntüyü sağlamayı başararak modern anlamda ilk doğa fotoğrafını çeken insan olarak bilinmektedir[6]. *Niepce* 1829'da benzer çalışmalar yapan *Louis-Jacques-Mande Daguerre'la* ortaklık kurmuş; karşılıklı bilgi aktarımında bulunmuş ve deneylere devam etmişlerdir. *Niepce*'in ölümünün ardından ortak çalışmaları ışığında *Daguerre* kendi adını verdiği "Daguerreotype"ı bularak[7] saatlerce süren pozlandırma süresini dakikalara indirgemeyi başarmıştır[8].

Bu buluşun Fransız Bilimler Akademisi'ne sunulmasının ardından, 1839'da akademide yapılan toplantıda, fotoğrafın bulunuşu *François Arago* tarafından bütün dünyaya duyurulmuştur. Böylelikle ilk fotoğrafların halka gösterilmesi ile birlikte fotoğraf sanatı doğmuş ve kısa sürede popüler olmuştur[9].

Daguerre'in çalışmalarına paralel olarak, *William Henry Fox Talbot* aynı süreçte benzer çalışmaları İngiltere'de gerçekleştirmiştir. *Talbot* birtakım kimyasal maddelere batırılmış kağıtlar üzerinde görüntü elde etmeyi başardıysa da, yavaş yavaş kararması ve görüntünün net ol-

---

5 **Çizgen,** s. 13-14; Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Freund,** G: Fotoğraf ve Toplum (çev.Şule Demirkol), İstanbul 2008, s.25 vd.

6 **Hoeren/Nielen,** Rdn.4, s.32; **Yaykın,** M.: Sanat, Teknoloji, Bilim ve Fotoğraf, İstanbul 2010, s.12; *Joseph Nicephore Niepce*'in 1826'da evinin penceresinden Kamera Obscura aracılığıyla sekiz saatlik bir pozlandırma ile kaydettiği avlu ve manzara görüntüsü, bugün New York Kodak Müzesi'nde bulunmaktadır: http://fotografcilik.uzerine.com/index.jsp?objid=1952, (5/11/2010).

7 Doktrinde "Daguerreotype"ın *Niepce* ve *Daguerre*'nin ortak buluşu olduğu yönündeki görüş için bkz. **Faulstich,**W.: Grundwissen Medien, 4.Aufl., München 2000, s.207.

8 Günümüz fotoğraf teknolojisi ile karşılaştırıldığı zaman Daguerreotype kayıtlarının tek olduğunu görüyoruz, bir başka deyişle çoğaltılması zor veya olanaksız. Yine aynı zamanda ekonomik açıdan ancak dönemin üst sınıflarının karşılayabileceği derecede maliyetlidir. Estetik ve sanat boyutu düşünüldüğü zaman ise, bu kayıtların detayların belirgin olduğu ve perspektifin doğru olduğu görüntüler olduğunu söylemek mümkündür: **Macias,** J.: Die Entwicklung des Bildjournalismus, München 1990, s.2.

9 **Heitland,** H.: Der Schutz der Fotografie in Urheberrecht Deutschlands, Frankreichs und der Vereinigten Staaten von Amerika, München 1995, s.4; **Yaykın,** s.13. Fotoğraf sanatının ortaya çıktığı zamanın toplumsal koşullarına ilişkin olarak bkz. **Freund,** s.27 vd.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

maması nedeniyle rağbet görmemiştir. Ancak *Talbot'un* bu buluşu için ilk defa "fotoğraf" sözcüğü kullanılmıştır[10]. Çalışmalarını sonraki yıllarda da sürdüren *Talbot* negatif/pozitif işlemlerini içeren "Calotype (ya da Talbotype)" adını verdiği yönteminde, gümüş tuzlarına batırılmış bir kağıt kullanarak elde edilen negatif görüntülerden, yine aynı teknikle hazırlanmış kağıtlara istenilen sayıda pozitif fotoğraf basmayı başarmış ve böylelikle modern fotoğrafçılığın temelini atmıştır[11]. Doktrinde bir görüş de[12], *Talbot'un* gerçek anlamda fotoğrafı bulan ilk kişi olduğu yönünde kanıtlar olmasına rağmen, fotoğrafın mucidi olarak anılmadığını; fotoğrafın resmi olarak doğumunun Fransız Bilimler Akademisi'nden dünyaya yapılan sunuş ile özdeşleştirildiğini ifade etmektedir. 1851'de yine bir İngiliz *Frederick Scott Archer* ıslak kolodyum yöntemini, 1878'de ise *Charles Bennet* ise kuru levha yöntemini kullanmıştır.

Seyreden gelişmeler çerçevesinde, ortaya çıkışından kısa süre sonra, 1840'lı yılların başlarında fotoğraf yaygınlaşmaya başladı. Bu yıllardaki fotoğrafçıların hedef kitlesi, pahalı olduğu için yağlıboya portrelerini yaptıramayan orta sınıftı. O dönemde yağlıboya portre yaptırmak soyluluğun sembolüydü ve üst sınıflara ilişkin bir eylemdi. Fotoğraf başta ortaya çıktığı Fransa olmak üzere, yaygınlaşmaya başladığı yerlerde pek çok ressam, gravürcü ve heykeltraşın tepkisiyle karşılaşmıştır. Yalnızca ekonomik nedenlere dayanmayan bu tepkinin asıl nedeni fotoğrafın sanat dünyasındaki etkinliğinden kaynaklanmıştır[13].

---

[10] **Faulstich,** s.208.

[11] **Heitland,** s.4; aynı yönde **Macias,** s.3; **Yaykın,** s.13-14.

[12] **Hoeren/Nielen,** Rdn.5, s.32; karş. **Nordemann,** A.: Germany in: Copyright and Photographs-An International Survey edited by Gendreau, Y./Nordemann, A./Oesch, R., Kluwer Law International, 1999, s.135.

[13] **Çizgen,** s.15; Portre fotoğrafçılığının gelişmesi ve popülerlik kazanmasıyla birlikte, bir kısmı o dönemde işsiz kalan bu sanatçıların meslek değiştirip portre fotoğrafçılığına yönelmesi hakkında ise bkz. **Faulstich,** s.209; yine bkz. **Kirchner**, E.L: Das fotografische Werk, Bern 2005, s.12. Fotoğrafın sanatsal bir ifade aracı olarak keşfi hakkında **Jacobs,** R.: Photographie und künstlerisches Schaffen, FS für Karlheinz Quack zum 65.Geburtstag, Berlin-New York 1991, s.33.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Takip eden yıllarda duyarkatlara[14] ve objektiflere ilişkin çalışmalar devam etmiş[15], fotoğraflarda detaylar artmış, kalite yükselmiş, pozlama süresi azalmıştır. Bu gelişmeler fotoğraf makinelerini gezginlerin en önemli yol arkadaşları haline getirmiştir. Fransa ve İngiltere başta olmak üzere, dünyanın her yanına fotoğrafçılar gitmiş, egzotik ülkelere ilişkin fotoğraflar satılan metalar haline gelmiştir. Fotoğraf basında da kullanılmaya başlanmıştır. Kırım Savaşı ve Amerikan İç Savaşı fotoğraflarla görüntülenmiş ve bu görüntüler gazetelerde kullanılmıştır. Fotografik görüntünün gerçeği olduğu gibi yansıttığı düşüncesi o yıllardaki kamuoyunu, politik ve toplumsal görüşleri de etkilemiştir. Fotoğrafın büyük gücü ve iletişim boyutu anlaşıldığı zaman ise bulunuşunun üzerinden henüz yirmi yıl geçmiştir.

Fotografik görüntüler sanat çevrelerinde de tartışmalar yaratmıştır; zira fotoğraf, resim gibi olmayıp, resimden daha mükemmel biçimde perspektifi ve görüneni aktarmaktadır[16]. Bunun yanında, fotoğrafın ilk otuz yılında, bazı fotoğrafçılar negatifler üzerinde oynayarak, fotoğraf üzerinde dokular oluşturarak, fırça darbelerinin benzerlerini yaratmaya çalışarak resme de benzeyen çalışmalar gerçekleştirmiştir.

1870'li yılların sonlarında fotoğraf makinelerinin optik ve mekanik aksamları oldukça gelişmiştir. O günlere dek fotoğrafçının çekim anından hemen önce kendisinin imal ettiği ıslak duyarkatlı fotografik levhalar yerine, teknik gelişmeleri aktarırken değindiğimiz, atölye ve fabrikalarda

---

[14] Film tabanı üzerinde yer alan, ışığa karşı duyarlığı olan gümüş bromürlü ecza tabakası, emülsiyon. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ertan,** G./**Erutku,** B: Açıklamalı Fotoğraf Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2004, s.59-62.

[15] 1854 yılında fotoğraf makinesine birkaç objektif eklenerek, tek yüzeyde, bir seferde nesnelerin birden fazla fotoğrafını çekme olanağı bulunmuştur. Bu buluşun adı "Carte-de Visite" olup, o dönemde gördüğü yoğun ilgi ve popülarite "Cardomania" çılgınlığı olarak adlandırılmış ve profesyonel fotoğrafçılığın ilerlemesinde önemli rol oynamıştır: **Michalos,** C.: The Law of Photography and Digital Images, London 2004, Rdn.1-004, s.3; ayrıca bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.35, s.46.

[16] 1872'de *Eadweard Muybridge* çok sayıda kamera setiyle atın ayak hareketlerini saptamıştır. O zamana kadar ressamlar, koşu sırasında atların dört bacağını da gerili biçimde havada tuttuğunu varsayarak resmetmişlerdir. Fotoğraf aracılığıyla saptanan görüntüler ressamların yanıldıklarını ortaya çıkarmıştır: **Çizgen,** s.16.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

üretilmiş, kuru, kullanım ve taşıma kolaylığı sağlayan hazır emülsiyonlu fotoğraf levhaları kullanılmaya başlanmıştır.

Günümüzde kullanılan filmlerin asıl babası *George Eastman*'dır. *Eastman,* ilk önce kağıt tabanlı, sonrasında ise saydam tabanlı roll filmleri[17] geliştirerek piyasaya sunmuştur. Daha sonraları ise film tabanları ateşe dayanıklılık gösteren asetattan ve polyester gibi maddelerden yapılmaya başlanmıştır. 1888 yılında kurucusu olduğu Kodak firması film, banyo ve baskı ücreti içinde olan 100 pozluk filmi bulunan fotoğraf makinelerini[18], o yıllara göre pahalı sayılacak fiyatlarla ve "Siz düğmeye basın, gerisini bize bırakın![19]" sloganıyla piyasaya sürmüştür. Böylelikle fotoğraf geniş kitlelere mal olmuştur.

Renkli fotoğrafçılık 1855 yılında *Clerk Maxwell*'in fotoğraf makinesinin yerini oynatmadan aynı konunun üç ayrı fotoğrafını, üç ayrı renk filtre kullanarak çekmesi ve bunları üç ayrı projektörle aynı filtrelerle projekte ederek üç ayrı görüntüyü üst üste düşürmesi ile oluşan renkli görüntü ile başlamıştır. *Maxwell*'in elde ettiği renkler bugünkü ölçülere uygun olmasa da, bütün renklerin mavi, yeşil ve kırmızıdan oluştuğunu kanıtlamıştır. Bugün renkli fotoğrafçılıkta kullanılan bütün filmler, toplamsal sentez adı verilen kurama dayanılarak üç ayrı rengin birleşmesi ile görüntüyü oluştururlar[20].

Yirminci yüzyılda ise en büyük gelişme merceklerde yaşanmıştır. Mercekler öylesine geliştirilmiştir ki, gözle algılanması zor ve hatta görülemeyen hemen her şeyin fotoğrafı çekilebilir hale gelmiştir. Böylelikle bu yüzyılda artık fotoğraf neredeyse günümüzdeki mükemmelliğine ulaşmıştır. Fotoğrafa ilişkin tartışmalar gazete sütunlarından sanat ortamlarına, üniversite ortamlarına taşınmış, fotoğraf üzerine yapılan akademik

---

[17] Bir tarafı ışığa duyarlı duyarkat ile kaplanmış, diğer tarafı kıvrılmaya karşı işlem görmüş plastik kaplı ince saydam film: **Ertan/Erutku,** s.255.

[18] **Hoeren/Nielen,** Rdn.7, s.32-33; **Michalos,** Rdn.1-006/007, s.4; **Kanburoğlu,** Ö.: A'dan Z'ye Fotoğraf, İstanbul 2010, s.31.

[19] **Faulstich,** s.210; **Hughes,** J.: The Photographer's Copyright, *in* Author in the Machine: Creativity, Copyright and the Computer, 2009, s.4 (http://www.law.upenn.edu/cf/institutes/ctic/papers/201011/Hughes.pdf, 5.09.2011).

[20] http://en.wikipedia.org/wiki/Color_photography (5/11/ 2010).

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

çalışmalar ağırlığını arttırmıştır. Sinematografik görüntülerin ve televizyonun da temellerini oluşturan fotoğraf görüntüsü üzerine felsefi tartışmalar başlamıştır. Fotoğrafın teknik gelişimi kadar, sanatsal niteliği ve felsefik boyutu üzerine olan tartışmalar günümüzde de devam etmektedir.

Yaklaşık iki yüzyıldır yaşamımızda yer edinen fotoğraf, günümüzde artık dijital fotoğrafçılığın yaygınlaşması ve hızı takip edilemeyen teknolojinin de desteği ile çok fazla kullanım alanı bulmaktadır. Fotoğraf böylelikle yaygınlık ve paylaşım alanlarının artması ile yazılı tarihin yanında bireylerin görsel tarihinin en önemli belgesi olarak yerini almıştır.

III- FOTOĞRAFIN TOPLUMSAL YAŞAMDAKİ ROLÜ ve ÖNEMİ

Bir sanat türü ve kitle iletişim aracı olarak fotoğraf, görme, haberleşme, öğrenme, öğretme ve yaratma aracı olarak çeşitli kitle iletişim ortamlarında karşımıza çıkmaktadır. Söz ve yazı çağlarının ardından fotoğrafın bulunmasıyla görüntü çağına girilmiştir. Fotoğraf günümüzde çok geniş uygulama alanı olan, hatta yaşamımızın bir parçası haline dönüşen bir konu haline gelmiştir[21]. Günlük yaşamımızda, gazetecilik (habercilik), reklamcılık, matbaacılık, endüstri ve sporda[22], başta tıp, tarih, arkeoloji olmak üzere birçok bilim dalında, güzel sanatlar vb. daha pek çok alanda fotoğraf ve fotoğraf tekniklerinden yararlanılmaktadır.

Fotoğraf bir yandan bilim alanındaki buluşları gözler önüne sererken, diğer yandan da bir nevi üçüncü göz olarak, dünyanın her yerini insanlara tanıtmakta, bir kişinin gördüklerini herkese göstermekte, uzayın derinliklerini insanoğluna aktarmaktadır. Kültürel alanlarda olduğu gibi, bilimsel alanlarda da insanların kavramakta hatta bazen inanmakta güçlük çektiği gerçekleri yansıtmakta; sanatçıların elinde ise sanatsal ve estetik değer kazanmaktadır. Fotoğrafçılık aynı zamanda evrensel bir dildir, ülkeler ve insanlar arasındaki eğitim ve kültür düzeylerindeki farklılaşmayı azaltan bir anlatım aracıdır.

---

[21] Bkz. **Nordemann,** A.: Verwertung von Lichtbildern, Festgabe für Gerhard Schricker zum 60.Geburtstag, München 1995, s.477 vd.

[22] Spor fotoğrafçılığı büyük ölçüde kritik anları yakalama işidir ve aslında haber fotoğrafçılığının bir alt koludur: **Kanburoğlu,** s.441-447.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Fotoğraf icat edildiğinden bu yana bütün dünyada gerek bilimsel gerekse sanatla ilgili çevrelerde büyük ilgi uyandıran çok yönlü bir kitle iletişim aracı olmuştur. Bu nedenle fotoğrafı sanatsal alana, bilimsel ve benzeri alanlara ilişkin bir iletişim aracı olarak ayrı ayrı değerlendirmenin uygun olacağı düşüncesindeyiz:

Sanatsal alana dair fotoğraflara değinecek olursak, öncelikle fotoğrafın güzel sanatların en genç dalı olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Çağımızda fotoğraf makinesinin kullanımına getirilen kolaylıklar, fotoğrafçılığın çeşitli çevrelerde nispeten kolay bir iş olarak görülmesine neden olmuştur. Fotoğrafları Türkiye'nin yanı sıra pek çok ülkede sergilenen fotoğraf sanatçılarımızdan *Gültekin Çizgen* konuya ilişkin olarak, fotoğrafın bünyesinde taşıdığı pratik kolaylıklardan ötürü zor bir sanat olduğunu ve bir anlatım dili olduğu zaman fotoğrafın sanat kimliğine ulaştığını ifade etmektedir[23].

Fotoğraf pek çok açıdan yaratıcılık gerektirmektedir. Fotoğrafçı görüntüyü seçme, denetleme, kompozisyonu belirleme, çekim anında ışığı ayarlama, banyo işlemi sırasında tonlama ve renk seçimi gibi konularda özgür davranmaktadır. Ancak fotoğrafın estetik gücünü kavramak oldukça zordur. Bu nedenle çekilen milyarlarca fotoğraftan her biri değil, sadece belirli bir kısmı sanat eseri olarak değere sahiptir[24]. Zira salt teknik, sanatla bütünleşmediği sürece değersizdir[25] ve etkileyici bir fotoğraf hemen her zaman teknik yapabilirlik ile yaratıcı duyarlılığın mükemmel

---

[23] http://blog.gorselbeyin.com/2010/08/25/kitle-iletisim-araci-olarak-fotografin-onemi/ (5/11/2010).

[24] Fotoğraf eserini oluşturan özünde kamera değil, bilakis kameranın arkasındaki insandır. Kamera, objektif ve film sadece fotoğrafçıya mesajını formüle ederek sunma imkanı veren vasıtalardır. Yoksa fotoğraf eseri öylesine deklanşöre basılarak hayat bulmaz. Bu anlamda fotoğrafçılık daha ziyade keşfetmek, gözlemlemek, görüleni ve algılananı yaratıcı duyarlılık ve teknik yapabilirlik ile desteklenen bir anlatım dili ile sunmaktır : **Hoeren/Nielen,** Rdn.32, s.45.

[25] "*Technik allein ist wertlos, solange sie nicht durch Kunst ergänzt wird.*"(Andreas Feininger): **Hoeren/Nielen,** Rdn.32, s.45.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

sentezinin sonucudur[26]. Böylelikle fotoğrafın miladıyla estetikte yeni bir sayfa, sanatta yeni ufuklar açılmıştır.

Görüldüğü gibi fotoğraf sadece yazılı basında değil, sanat alanı ve sanat piyasasında da devamlı artan şekilde rol oynamaktadır. Son yıllarda fotoğrafın sanat eseri olarak değeri iyice gün yüzüne çıkmıştır. Özellikle müzeler, sanat tarihçileri ve koleksiyoncular son dönemde fotoğraf eserlerine her zamankinden daha fazla ilgi göstermekte ve değer biçmektedirler. Özellikle bazı fotoğraf eserleri için ciddi miktarda ücretler ödendiği de görülmektedir. Örneğin, *Man Ray* adlı fotoğrafçının "*Die Glasträner*" adlı eseri 1932 yılında bir milyon doların üzerinde bir fiyata alıcı bulmuştur[27]. Alman fotoğrafçı *Andreas Gursky*'nin "*99 Cent II Diptychon*" adlı fotoğrafı ise yaşayan bir fotoğrafçının eserine şimdiye dek ödenen en yüksek ücret olan üç buçuk milyon dolarla bir rekora imza atarken[28]; 2011 sonunda aynı fotoğrafçının "*Rhein II*" adlı başka bir fotoğrafı bu rekoru kırarak nerdeyse dört buçuk milyon dolara alıcı bulmuştur[29].

Fotoğraf sanatına karşı artan ilgi dünyada giderek artan fotoğraf müzeleriyle de kendini göstermektedir[30]. Özellikle Hollanda'da fotoğraf müzelerinin yerden mantar gibi bitercesine arttığı ifade edilmektedir. Uluslararası alanda ün yapmış fotoğraf müzelerinden biri olan New York-Rochester'daki "*George Eastman House*" bünyesinde yüzbinlerce

---

[26] "*Ein eindrucksvolles Foto ist fast immer das Ergebnis einer glücklichen Synthese von technischem Können und schöpferischem Einfühlungsvermögen.*"(Andreas Feininger): **Hoeren/Nielen,** Rdn.32, s.45.

[27] **Hoeren/Nielen,** Rdn.62, s.57.

[28] http://www.habervitrini.com/haber.asp?id=281631, (5/11/2010). Eser 2007'de "İstanbul Modern Müzesi"nde sergilenmiştir. Yine bkz http://blogs.photopreneur.com/-the-most-expensive-photographs-ever-sold (5/11/2010).

[29] http://www.ntvmsnbc.com/id/25296341 (11.11.2011).

[30] Ülkemizde ise sanatsal fotoğrafın kurumsal eksiği çoktur. Dünyada yayılan bu akıma rağmen büyük kentlerimizde dahi henüz çağdaş ve bağımsız bir fotoğraf müzesinin kurulamayışına ilişkin eleştiri için bkz. **Çizgen,**G:"Eleştirmen Kimdir, Fotoğraf Eleştirisi Nedir?", Fotoğraf Eleştirmenliği E-Panel, http://www.gaxxi.com/-fotoritim/ epanel/yazi/gultekin-cizgen--fotograf-elestirmenligi-e-panel (5/02/2011); Bununla birlikte 15.01.2009 tarihinde açılan "Türkiye Sanal Fotoğraf Müzesi" uzun zamandan beri fotoğraf çevrelerinde konuşulmakta olan bu konuyu sanal ortamda hayata geçirmiştir ki, kuşkusuz ülkemiz fotoğrafçılığı açısından heyecan verici bir gelişme olmuştur, bkz http://www.sanalfotografmuzesi.com/galeri.html (5/02/2011).

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

kolleksiyon fotoğrafı, onbinlerce film, on beş binden fazla kamera çeşidi ve fotografik aygıt barındırmasının yanısıra çok sayıda sergiye de ev sahipliği yapmaktadır[31]. Ülkemizde ise İstanbul Modern Sanat Müzesi bünyesinde ayrı bir fotoğraf bölümü mevcuttur.

Fotoğraf ayrıca fotoğrafçılık için gerekli teknik donanım ve teçhizatı sağlayan başta Kodak, Fuji, Nikon, Canon olmak üzere dünya çapında şirketler ile kendi endüstri piyasasını da oluşturmuştur.

Fotoğrafın değerinin ve fotoğraf sanatçılarının haklarının korunması amacına yönelik olarak gerek uluslararası alanda[32] gerekse birçok ülkede meslek birlikleri ve dernekler faaliyet göstermektedir. Özellikle Almanya'da bu konuda ciddi bir teşkilatlanma mevcut olup, fotoğrafın içeriğine ilişkin olarak dahi spesikleşmiş olarak aktif faaliyet gösteren bir yapılanma söz konusudur. Başta "BILD-KUNST Meslek Birliği" (Die Verwertungsgesellschaft BILD-KUNST) olmak üzere "Alman Meslek Fotoğrafçıları Merkez Birliği" (Der Centralverband Deutscher Berufsphotographen), "Serbest Çalışan Fotoğraf Tasarımcıları Meslek Birliği" (Der Bund Freischaffender Foto-Designer), "Uluslararası Portre Fotoğrafçıları Komitesi" (Der Arbeitskreis Portrait Photographie International), "Reklam&Moda&Endüstri Fotoğrafçıları Komitesi" (Der Arbeitskreis Werbe-,Mode-, Industriefotografie) ve basın fotoğrafçılığına ilişkin olarak "Freelens" bunlar arasında sayılabilir[33]. Türkiye'de ise GESAM[34] Meslek Birliği, 2003 yılında kurulan Fotoğraf Sanatı Federasyonu[35] ve kent bazında başta İFSAK [36], AFSAD[37], AFAD[38] dernekleri

---

31 http://www.eastmanhouse.org (5/11/2010).

32 Uluslararası alanda Türkiye'nin de üyesi bulunduğu FIAP: Fotoğraf Sanatı Uluslararası Federasyonu, bkz. http://www.fiap.net/index-en.php (5/10/2010).

33 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.45-49, s.49-51.

34 GESAM: Güzel Sanat Eserleri Meslek Birliği.

35 http://www.tfsf.org (5/10/2010).

36 İFSAK (İstanbul Fotoğraf ve Sinema Amatörleri Derneği) bugün yaşayan en eski fotoğraf derneğidir: http://www.tfsf.org/index.php?option=com_content&task=-view&id=326&Itemid=68 (5/02/2011).

37 AFSAD: Ankara Fotoğraf Sanatçıları Derneği; yine Ankara'da aktif faaliyet gösteren bir başka fotoğraf derneği olarak bkz. FSK: Fotoğraf Sanatı Kurumu: http://www.fsk.org.tr/www/tr/anasayfa.asp (5/02/2011).

38 Adana Fotoğraf Amatörleri Derneği.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

olmak üzere birçok birlik ve dernek fotoğraf sanatının geliştirilmesini sağlamak, fotoğraf sanatçıları arasında dayanışma oluşturmak amacıyla faaliyet göstermektedir.

Fotoğrafın sanatsal alandakine etkinliğine değinmişken, bilimsel alanlardaki, medya basın ve endüstrideki işlevlerini de es geçmemek gerekir. Dünyada olup bitenler fotoğrafçılar tarafından görüntülenerek insanlara duyurulmakta ve fotoğraf bir kitle iletişim aracı olma özelliği göstermektedir[39]. Fotoğraf bir mesaj iletmekte ve bu mesaj fotoğrafın kendi yapısından kaynaklanmaktadır. İletişim aracı olarak fotoğrafın bilgi vermek gibi bir işlevi vardır. Mesajı izleyici kitleye belli bir estetik kaygıyla vermenin yanısıra bünyesinde bilgiyi de barındırır. Bu şekilde fotoğraf bilgiyi halka götürerek evrenselleştirmekte, tabiri caizse bir üçüncü göz olmaktadır. Fotoğrafçıların bu anlamda diğer insanlar adına "göz tanıklığı" yaptığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Vicdan ve duygu sömürüsü yapmayan, sistemi görsel belgelerle eleştiren ve toplumun gerçeklerine tanıklık eden fotografik görüntüler, toplumsal bilincin oluşmasında en önemli etkenlerdendir. Bu işlevi yerine getirirken fotoğraf aynı zamanda belgesel bir nitelik taşımakta, bir olayı kayıt edip dondurarak yarına bırakmaktadır; bu yönüyle çağının tanıklığı yanında birer de kanıt durumundadır. Örneğin; *Eugene Smith*'in Japonya'da denize atık bırakan bir fabrikayı fotoğraflaması, fabrika atıklarından etkilenen balıkların, balıkçıların ve bu kirlilikten etkilenen binlerce insanın sağlık durumlarının ortaya konmasıyla, 1970'li yılların en büyük çevre felaketlerinden biri hakkında kamuoyu oluşturulmasında büyük etken olmuştur[40]. Oluşturulan bilinçle fabrika kapatılmış ve etkilenen insanlara tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Şüphesiz verdiğimiz insanoğlunun doğaya ve insanoğluna verdiği zararları yansıtan örneklerden sadece birisidir. İnsanın tarihsel süreçte sadece doğaya değil, kendi cinsine yaşattığı felaketler de ne yazık ki fotoğraf arşivlerinde, ders alın-

---

[39] Haber fotoğrafçılığına ilişkin olarak bkz. **Kanburoğlu,** s.425 vd. Dünyanın önemli basın fotoğrafı kuruluşları olan Reuters Haber Fotoğraf Servisi, SIPA Press, Magnum Photos, Sygma photo, Black Star ve diğerlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Yaykın,** sh.22 vd; ayrıca bkz. **Kirchner,** s.11-12.

[40] http://www.mare.de/index.php?article_id=986 (5/11/2010).

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

ması dilenerek, yerini almıştır[41]. İşte fotoğrafı "belge" olmaktan çıkararak birer "uyarıcı" haline getiren şey onu çeken kişinin o fotoğrafa kattığı yorumu yani insani ve estetik boyutudur. Bu yorum, yaşamın içinde diğer insanların göremediği ayrıntıları görebilmektir. Böylelikle görsel kanıtlar eliyle medyada her türlü sorunu gündeme taşımak mümkün olabilmektedir.

Fotoğraflar kitle iletişiminde mal ve hizmetlerin kitlelere tanıtılmasında ve satın almaya teşvikte de önemli rol oynamaktadır. Bu yönüyle reklam ve pazarlamacılık sektörlerini etkilemektedir.

Teknolojideki gelişmelere paralel olarak fotoğraf bilimler alanındaki kullanırlığını ve etkisini de arttırmıştır. Tıp biliminde özellikle araştırma, bulguları görüntüleme, tanı koyma amaçlı görüntüler (mikroskobik hücre fotoğrafları, MR, röntgen, tomografi), verilerin belgelenmesi gibi işlemlerde kullanılmaktadır[42]. Sosyoloji, tarih (özellikle sanat tarihi), arkeolojide dönemsel verilere ilişkin olarak insanoğlunu aydınlatma ve bilgilendirme işlevi vardır. Mimarlıkta ve fen bilimlerinde de kullanım alanı çok geniştir; özellikle mimarlıkta dünyanın dört bir yanında yapılan mimari eserlere, bina ve diğer fiziki yapılara ilişkin tasarımlara kolayca ulaşmak mümkün olmakta, bu da evrensel bir paylaşım ve etkileşimi sağlamaktadır. Mimari yapı fotoğrafçılığı[43] üzerine profesyonelleşmiş birçok fotoğrafçı yetişmektedir. Mimari eserler fotoğrafta bilimin ve sanatın kesişmesine güzel bir örnektir; mimari eserlere ilişkin her fotoğrafın eser niteliğinde olacağı söylenemez ise de, fotoğrafçının kendi hususiyetini kattığı özgün çalışmaların bu kapsamda değerlendirilebilmesine bir engel yoktur. Görüldüğü üzere fotoğrafın, kimisinde çok etkin olmak üzere hemen her bilim alanında kullanım alanı mevcuttur.

Tüm bu saptamalar çerçevesinde, fotoğrafın yaşamımızda hemen her alanda rol oynadığı görülmektedir. Fotoğrafların ve fotografik eserler üzerindeki hakların ve bu bağlamda eser sahipleri ve diğer hak sahiplerinin korunması, yine fotoğraflarda tasvir edilen kişilerin de kişilik hakla-

---

[41] Bkz. Nazi döneminde, toplama kamplarında insanlar üzerinde uygulanan tıbbi deneylere ilişkin fotoğraflar: **Yaykın,** s.80-82.

[42] **Yaykın,** s.72.

[43] Detaylı bilgi için bkz. **Kanburoğlu**, s.363 vd.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

rının korunması uygulamada birçok uyuşmazlığa konu olmakta ve hukuksal sorunlara ilişkin değerlendirmelerin yerinde yapılması önem arz etmektedir.

IV- BENZER KAVRAMLARDAN AYIRDEDİLMESİ

Çalışmamızda yeri geldikçe fotoğrafın benzer görüntü ve kavramlarla olan ilişkisine yer vereceğiz. Ancak burada günlük yaşamda ve uygulamada kavramsal olarak sıkça karıştırılan fotoğraf-resim ilişkisine, fotoğrafın diğer güzel sanat eserleriyle birarada kullanılmasına ve sinema eserlerine konumuzla ilgili olduğu ölçüde, değinmeyi uygun görüyoruz.

Gerek resim gerekse fotoğraf yasa koyucu tarafından 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ayrı ayrı eser olarak korunmuştur. Eser niteliğini haiz olan fotoğraflar ilim ve edebiyat eserleri kapsamında FSEK'in 2.maddesinin ilk fıkrasının 3.bendinde[44], güzel sanat eserleri kapsamında ise FSEK'in 4.maddesinin ilk fıkrasının 5.bendinde[45] koruma altına alınmıştır. Resimler ise ilim ve edebiyat eserleri kapsamında yine FSEK'in 2.maddesinin ilk fıkrasının 3.bendinde[46], güzel sanat eserleri kapsamında FSEK'in 4.maddesinin ilk fıkrasının 1.bendinde[47] koruma altına alınmıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda fotoğrafa dair bir tanıma yer verilmemiştir[48]. Fotoğraf kavramına çalışmamızın başında değinmiş idik. Bu çerçevede fotoğrafın dijital şekilde çekilmiş olması ya da klasik (analog) fotoğraf tekniğiyle çekilmiş olup dijital ortama aktarılması (diji-

---

[44] "...Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle...".

[45] "...Estetik değere sahip olan fotoğrafik eserler ve slaytlar".

[46] "...Bedii vasfı bulunmayan her nevi resimler...".

[47] "...Estetik değere sahip olan yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafi."

[48] Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (UrhG)'nda ise fotoğraf eserleri ve benzer usulle ortaya konan eserlerin korunacağı belirtilmektedir.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

talleştirilmesi) bir farklılık yaratmaz[49]. Resim ise, özel hazırlanmış bir yüzey üzerine bir fırça yardımıyla boyaların sürülmesi suretiyle mevcut veya tasarlanmış bir nesnenin görüntüsünün yansıtılmasıdır. Nesnelerin görüntüsüne resim denildiği gibi, bu görüntülerin çizilmesi ve boyanması gibi işlemlere de resim sanatı denilir. Resim özel olarak hazırlanmış iki boyutlu bir yüzey ve çeşitli boyalar, sulandırıcı maddeden oluşur. Resim ile tablo kavramı arasında temelde fark yoktur[50] [51]. Bu itibarla aynı anlama gelen bu kavramların FSEK'te farklı güzel sanat eseri türleriymiş gibi aynı cümlede ayrı ayrı kullanılması kanımızca isabetsiz olmuştur[52]. Yine yasal düzenlemedeki "yağlı boya, sulu boya tablolar" ve "pasteller" ifadeleri de uygun değildir. Bunlar esasen resim yapımında kullanılan malzemeleri ifade eder ve kanunda tek tek gösterilmeleri gereksizdir. Zira resim yapımında kullanılan malzemelerin[53] eser sayılma bakımından önemi yoktur. Hukuksal anlamda önemi olan resim, varlıkların doğadaki görünüşlerinin kalem, fırça veya herhangi bir araçla kağıt, bez gibi düzlemler üzerine tespit edildiği estetik şekilleridir[54]. Resim fotoğraftan fark-

---

[49] **Loewenheim,** U.: Handbuch des Urheberrechts, Aufl.2, München 2010, §9 Rdn.128, s.123-124. Çoğu fotoğraf ışığı fotoğraf filmine, CCD'ye ya da CMOS görüntü algılayıcısına odaklayan fotoğraf makinesiyle çekilir. bkz: http://tr.wikipedia.org/-wiki/Foto%C4%9Fraf (8.04.2011).

[50] Bkz. dpn. 47,51; Bir resim içeren yüzeyin çerçevelenmiş hali tabloyu oluşturmaktadır.

[51] Yargıtay kararında " Dava, davacıların murisi tarafından yapılan tablonun, davalı tarafından basılan takvimde kullanılması nedeniyle ihlal edilen mali ve manevi hakların tazmini istemine ilişkindir. Bu tablonun eser sahibine ait fikri hakların davalıya devredilmediği açıktır. Davalının eyleminin, söz konusu resmin kopyasını takvim nüshalarına basarak çoğaltmak ve umuma arz etmek olduğu, bu itibarla FSEK'in 22.maddesinde yer alan çoğaltma hakkının ve aynı Yasanın 14.maddesinde belirtilen umuma arz yetkisinin ihlal edildiği, tazminatların hesap ve takdirinde de herhangi bir usulsüzlüğün bulunmadığı anlaşılmaktadır" denilmektedir (11.HD, 20.02.2001, E.2000/10395, K.2001/1478, YKD). Yargıtay 11.HD bir diğer kararında, davacıya ait lokanta adlı tablonun davalı banka tarafından eser sahibinden izinsiz olarak bastırılan reklam amaçlı takvimde kullanılmasının hukuka uygun olmadığı şeklindeki mahkeme kararını hukuka uygun bulmuştur (11.HD, 7.11.1994, E.1994/4091, K.1994/8311): **Ateş,** M.: Fikri Hukukta Eser, Ankara 2007, s.224-225.

[52] Aynı yönde **Ateş,** s.224.

[53] Su, tutkal, tempera, boya, yağlı/kuru boya, pastel, kara kalem vb.

[54] **Ateş,** s.224.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

lı olarak, mevcut olmayan bir şeyi de yansıtabilir ve yine resimde görüntü tesbiti için makine değil, insan uzvu kullanılır.

Doktrinde bir görüş[55], portrenin bir kimsenin yağlı boya, sulu boya, karakalem vb. bir yolla yapılmış resmi olduğunu ve FSEK md.4'de yer verilmemiş olsa da, resim kavramının portreyi de içermesi gerektiğini ifade etmektedir. İkinci kısma katılmakla birlikte oldukça popüler olan portre fotoğrafçılığından yola çıkarak[56], portrenin sadece resim olarak algılanmaması gerektiğini, portre fotoğraflarının da eser koşullarını taşıması halinde fotografik eser olarak korunacağını söylemek mümkündür.

Güzel sanat eserlerinin diğer türlerine adapte edildiğinde ve kendisinden yararlanıldığında, fotoğraf sanatının diğer güzel sanat eserleriyle kesiştiğini söylemek mümkündür. Doktrinde[57], son tahlilde ortaya konan eserin genel görünümünden fotografik unsurların arka planda ve tali nitelikte kaldığı sonucu çıkmıyorsa, yine bir fotoğraf eserinin söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Buna karşın, örneğin, bir kolaj[58] çerçevesinde kullanılan fotoğraflar ortaya konan bütünde tali nitelikte, yan unsur olarak kalıyor ise, burada artık başka bir güzel sanat eserinden söz edilebilecektir[59]. Fotoğrafların diğer güzel sanat eserlerine ilişkin uygulamalarda model olarak kullanıldığı hallerde (örneğin bir fotoğrafın resmedildiği hallerde) ise, bir işlenmeden mi yoksa serbest yararlanmadan mı söz edileceği, fotoğrafta eser sahibinin hususiyetini belirgin kılan, yaratımına

---

55 **Ateş,** s.225. Yazar daha sonra bizce de uygun olarak portrenin insanın dış görünüşünün herhangi bir vasıta ile tespit edilmiş şekli olduğunu belirtmiştir.

56 National Geographic fotoğrafçısı Steve McCurry'nin "Afgan Kızı" adlı fotoğrafı dünyanın en ünlü fotoğraflarından biridir. Bu portre fotoğrafı o kadar etkili olmuştur ki; fotoğrafçı ilk defa 1984'de Afgan mülteci kampında fotoğrafladığı kızı, bundan tam 18 yıl sonra 2002'de Pakistan'da bulup tekrar fotoğrafını çekmiştir.

57 **Loewenheim,** §9 Rdn.151, s.127-128; karş. **Nordemann,** A.: Die künstlerische Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk, Baden-Baden 1992, s.120-121.

58 Kolaj, düz bir yüzey üzerine fotoğraf, gazete parçası ve benzeri nesnelerin yapıştırılmasıyla ve bazen boya ile de karıştırılarak uygulanan bir resimleme tekniğidir: http://tr.wikipedia.org/wiki/Kolaj (5/11/2010).

59 Ayrıca bkz. OLG Koblenz GRUR 1987, s.435 vd- Verfremdete Fotos: Mahkeme ilgili kararında, üzerinde teknik motiflerle oynanmış ve başkalaştırılmış fotoğrafların, ortaya çıkan çalışmada artık tali(ikincil) nitelikte oluşundan yola çıkarak fotoğraf eseri olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir; **Nordemann** (Fotografie) s.120.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

ilişkin unsurların başkası (diğer sanatçı) tarafından alınıp kullanılmış olup olmamasına göre tayin edilebilecektir[60].

Teknik resimler ise güzel sanat eserleri kapsamında değerlendirilemez. Teknik resim, mevcut veya tasarlanmış ya da proje halinde olan nesnelerin cetvel, gönye, pergel veya bilgisayar gibi araçlar yardımıyla teknik amaçlar için düzlemsel bir ortamda grafiksel olarak gösterilmesidir[61]. Teknik resimlerin grafik resimler olarak da adlandırılması mümkündür. Teknik resmin amacı, güzel sanat eseri anlamında resmin amacından farklıdır. Resim sanatında esas olan estetik duyguların tatmini iken, teknik resim esasen sınai üretim için nesneleri canlandırmayı amaçlar. Bu nedenle teknik resimler FSEK'ten ziyade tasarım hukuku kapsamında korunmaya değer ürünlerdir. Bununla birlikte eğer koşullarını taşıyorsa, FSEK md.2/3 kapsamında korunabilirler[62]. Yasa koyucu da nitekim bu tür eserlerin diğer kanunlara göre sınai model ve resim olarak korunmasının fikir ve sanat eserleri olma sıfatlarına engel teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir.

Fotoğraf tekniğinin kullanılmadığı, fotoğrafın oluşması için gerekli olan ışık enerjisi olmaksızın, bilgisayarda örneğin bilgisayar programları marifetiyle oluşturulmuş teknik resimler ve diğer çizimler bu anlamda fotoğraf veya fotoğraf eseri (ve hatta fotoğraf benzeri eser) olarak değil[63], değindiğimiz diğer düzenlemeler çerçevesinde koruma konusu olacaktır.

---

60 **Loewenheim**, §9 Rdn.151, s.127-128; karş. OLG Hamburg NJW 1996, s.1152-1153- Power of Blue (serbest yararlanma) / LG München GRUR 1988, s.36-37- Hubschrauber mit Damen (işlenme eser).

61 Örneğin konstrüksiyon resimleri: **Wandtke,**A.A./**Bullinger,** W.: Praxiskommentar zum Urheberrecht, München 2009**(2),** § 2, Anm.136, s.35.

62 **Ateş,** s.225. Ayrıca bkz. **Öztan,** F.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s.124.

63 **Heitland,** s.25; **Maaßen,** W.: Urheberrechtliche Probleme der elektronischen Bildverarbeitung, ZUM 1992, S.338-340; **Nordemann** (Fotografie), s.65; **Schack,** H.: Kunst und Recht (Bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht), 2.Aufl., Tübingen 2009, Rdn.860, s.432; **Schricker,** G.: Urheberrecht Kommentar, Aufl.3, München 2006, §2 Rdn.176, s.124-125; **Wandtke/Bullinger,** §72 Rdn.12, s.1096; karş. **Koch,** F.:Rechtsschutz für Benutzeroberflächen von Software, GRUR 1991, s.180-184; **Schulze,** G.: Der

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Sinema eserleri ise resim ve fotoğraf türündeki güzel sanat eserleri gibi, insanın görme duyusuna hitap eden fikri ürünlerdir. Sinema eserleri bu özelliklerinden dolayı, bağımsız bir sanat dalı olarak kabulünden önce fotografik eser olarak değerlendirilmiş ve bu kapsamda korunmaya çalışılmıştır. Ancak fotoğraftan farklı nitelikleri nedeniyle geçen yüzyılın ilk çeyreğinden bu yana ayrı bir sanat dalı ürünü olarak kabul edilmektedir. Bu eserlerde ifade aracı olarak her ne kadar resim veya fotoğraf kullanılıyorsa da, film ya da sinema sanatının konusunu belli bir ortama tesbit edilmiş olan çok sayıda resmin, uygun bir araç ve teknik yardımıyla belli bir hızda hareket ettirilmesiyle yaratılan yapay nitelikteki canlı bir görüntüsü oluşturmaktadır. Sinema eserinde asıl olan, görüntünün, resmin, imajın hareketli olmasıdır[64].

§ 2- FOTOĞRAFIN ULUSAL VE ULUSLARARASI ALANDA KORUNMASI

I- FOTOĞRAFIN HUKUKSAL DÜZLEMDE KORUNMASI İHTİYACININ ORTAYA ÇIKIŞI

Fotoğrafın icadı bir yandan heyecan, merak ve coşkuyla karşılanırken bir yandan da niteliği itibarıyla farklı tartışmalara zemin hazırlamıştır. Esasen fikri hukuka ilişkin koruma ilk adımda bizzat fotoğrafa ilişkin değil, fotoğraf vasıtasıyla diğer güzel sanat eserlerinin kopyalanarak taklit edilmesine karşı düşünülmüştür[65]. Fotoğrafın korunması ihtiyacı ise ilk olarak, o dönem şartlarında binbir güçlükle savaş bölgelerinde çekilen fotoğrafların ve topluma mal olmuş önemli kişilerin fotoğraflarının üçüncü kişilerce kolaylıkla çoğaltılıp düşük fiyata piyasaya sunulması sonucu,

---

Schutz von technischen Zeichnungen und Plänen-Lichtbildschutz für Bildschirmzeichnungen?, CR 1988, s.188-192.

64 Bu nedenle, yapay da olsa bir canlılık ya da hareket unsuru taşımayıp, sadece bir görüntüyü statik olarak ışık vasıtasıyla yansıtmaktan başka özelliği bulunmayan projeksiyon diyapozitiflerinin (slaytların) sinema eseri olarak kabul edileceğine ilişkin eski düzenlemenin ortadan kaldırılmasının son derece isabetli olduğu yönünde **Ateş,** M.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, s.70, dpn.173. Ayrıca bkz.aşa.dpn.160.

65 **Hoeren/Nielen,** Rdn.82, s.71.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

gerçek hak ve emek sahiplerinin mağdur olması ile kendini göstermiştir. Zira o dönemde fotoğrafa ilişkin mevcut yasal düzenlemeler olmaması nedeniyle fotoğraf üzerindeki hak sahiplerinin şahsi ve ekonomik menfaatlerini gözetmek mümkün olmamıştır.

Uygulamada karşılaşılan güçlüklerle kendini gösteren fotoğrafın hukuken korunması ihtiyacı, ne şekilde ve ne kapsamda korunması gerektiği sorularını da beraberinde getirmiştir. Zira fotoğrafa atfedilecek nitelik onun hangi hukuksal çerçevede ve hangi yasal düzenlemelerle korunması gerektiğini belirleyecektir. Bu bağlamda fotoğrafın sanat olup olmadığı[66] ve eser olarak korunup korunamayacağı 18.yüzyıldan bu yana doktrinde yoğun tartışmalara sebep olmuştur. Konuya ilişkin hukuk doktrinindeki üç temel görüşten[67] ilki, fotoğrafın eser olarak korunması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, fotoğrafçı birtakım hazırlık çalışmaları sonrasında fikri yaratımını ortaya koymaktadır. Fotoğrafı salt teknik bir araç vasıtasıyla doğada var olanı tespitten ibaret görmek, tekniğin birçok sanat türünde temel teşkil ettiği düşünülürse, haksız bir çıkarım olacaktır[68]. İkinci görüş, fotoğrafın salt mekanik bir işleme dayandığından yola çıkarak eser olma niteliğini reddetmektedir. Üçüncü ve karma olarak nitelendirilebilecek görüş ise, nitelikli fotoğrafların eser olarak korunabilirken diğerlerinin böyle bir korumaya mazhar olamayacağını savunmaktadır.

---

66 Fotoğrafın yeni bir sanat türü olduğunu savunanlar, fotoğraf makinesini paletle bir tutarak, fotoğrafı çekme işinin son tahlilde makine tarafından yapılıyor olmasına rağmen; fotoğrafı çekenin yaratma kabiliyetinin de, fotoğrafı çekilen nesne üzerinde özgünlük, kompozisyon ve aydınlatma vb. bakımından çok etkili olduğunu ileri sürmüşlerdir. Aynı yönde bkz. **Trachsler,** W.: Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme, Zürich 1975, s.12-13.Karşıt görüş ise, fotoğrafın sadece mekanik bir iş olduğunu ve sanatla hiçbir bağlantısının olamayacağını ifade etmiştir: **Freund,** s.68.

67 **Heitland,** s.5 vd.; **Hoeren/Nielen,** Rdn.82, s.71; ayrıntılı bilgi için bkz. **Nordemann** (Fotografie), s.23-32.

68 **Riedel,** H.: Grundprobleme der Urheberrechtsreform, NJW 1959, s.2096 vd.; **Riedel,** H.: Das photographische Urheberrecht in den Referentenentwürfen des Bundesjustizministeriums zur Urheberrechtsreform, GRUR 1954, s.500 vd.; aynı yönde **Bappert,**W./**Wagner,**E.: Urheberrechtsschutz oder Leistungsschutz für die Photographie?, GRUR 1954, s.104.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - https://rantey.org

Zamanla fotoğrafın eser olarak korunmasını esas alan görüşler yaygınlaşmış ve ağırlıklı olarak benimsenmiştir. Zira her fotoğrafın aynı nitelikte değerlendirilemeyeceği; güzel sanat eseri niteliği taşıyan bir görüntüyü yakalayabilmek ve kalıcı hale getirebilmek için fotoğrafçının kendisine has bir estetik beceriye ve bakış açısına sahip olması gerektiği kabul görmüştür. Bununla birlikte fotoğrafın niteliğine ilişkin tüm bu tartışmalar, gerek uluslararası anlaşmalarda gerekse ulusal mevzuatlarda fotoğrafın eser türlerine dahil edilmesine ve sonrasında diğer eser türleriyle aynı kapsamda korunmasına ilk etapta çekinceyle yaklaşılmasına sebebiyet vermiş; fotoğrafın eser grupları içerisinde hakkı olan yeri alması ve korumanın sağlanması kısmen gecikmeli olarak gerçekleşebilmiştir.

II- FOTOĞRAFIN ULUSLARARASI DÜZENLEMELERE KONU EDİLMESİ

Teknolojik olanakların ve iletişim araçlarının gelişmesi fikir ve sanat eserlerinin sınır ötesi ülkelere hızla ve takip edilemez şekilde yayılmasını olanaklı hale getirmiştir. Bu konuda ortaya çıkan fikri hak ihlalleri, ilk önceleri iki taraflı anlaşmalar vasıtasıyla çözüme kavuşturulmaya çalışıldıysa da[69]; son tahlilde, etkin ve evrensel bir koruma için çok taraflı anlaşmalar yoluyla sağlanacak uluslararası bir fikri hukuk koruma düzenine ihtiyaç olduğunu ortaya koymuştur.

Aşağıda fotoğraf eserleri için önem taşıyan uluslararası anlaşmalara, ilgili olduğu ölçüde ve konumuzun çerçevesini aşmamak amacıyla ayrıntıya girmeksizin değinmeyi uygun görüyoruz.

---

[69] Ancak iki taraflı anlaşmalar, bir yandan eserlerin sadece anlaşma tarafı ülke hukuklarınca korunması ve diğer ülkeler açısından bir koruma sağlamaması, diğer yandan bu tarz ikili anlaşmaların giderek artmasından ötürü fikir ve sanat ürünlerine ilişkin hukuksal koruma çerçevesinin belirsizleşmesinden ötürü çok da mükemmel bir çözüm olamamıştır: **Pausa,** A.: Der urheberrechtliche Lichtbildschutz im Rechtsvergleich (unpublizierte Dissertation), Wien 2010, s.28; ayrıca bkz. **Erel,** Ş.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3.Bası, Ankara 2009, s.38; **Püschel,** H.: Urheberrecht-Eine Einführung in das Urheberrecht mit dem TRIPS-Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums, Freiburg 1997, s.191.

A. Bern Birliği Anlaşması

1. Anlaşmanın Genel Çerçevesi

Fikir ve sanat eserlerinin etkin şekilde korunması amacıyla yapılmış en önemli ve temel anlaşma Bern Anlaşması'dır (Berner Übereinkunft)[70]. Bern Birliği bu anlaşma ile kurulmuştur ve 2012 yılı itibarıyla 166 ülke birliğe katılmış durumdadır[71]. Anlaşmaya taraf olan Türkiye, önce 1951 yılında Bern Anlaşması'nın 1948'de Brüksel'de değiştirilen metnini kabul etmiş (RG.2.6.1951,7824); daha sonra ise 1995'de, 4117 sayılı Kanunla (RG.12.7.1995,22341) Anlaşmanın 1971 Paris Metnini kabul ederek, Anlaşmanın son haline katılmıştır[72]. Bu anlaşma ile taraf devletler eser sahiplerine tanınan hakları kendi ülkelerinde de tanıma ve koruma taahhüdü altına girmişlerdir.

Bern Anlaşması ile üye ülkelerin iç hukukları yönünden tıpatıp birbirine uyan bir fikri hukuk[73] yaratılması amaçlanmış değildir. Tek tip bir

---

[70] Bern Anlaşması fikir ve sanat alanındaki yaratımların evrensel düzeyde korunmasına yönelik en eski anlaşma olmasına ve neredeyse kırk yıldır değişikliğe uğramamış olmasına karşın, hala fikri hukuk korumasının en önemli uluslararası araçlarından biri olma işlevini sürdürmektedir. Bu hususu Anlaşmanın çok geniş bir çerçevede kabul görüp tanınmış olmasına bağlamak mümkündür: **Pausa,** s.31; **Loewenheim,** § 57 Rdn.18, s.897.

[71] http://www.wipo.int/treaties/en/statistics/StatsResults.jsp?treaty_id=15&lang=en (29/10/2012).
Bern Birliği Anlaşması bazı hazırlık konferanslarının ardından 9.09.1886'da Bern'de imzalanmış, 5.12.1887 tarihinde yürürlüğe girmiştir: **Nordemann,** W./**Vinck,** K./**-Hertin,**P./**Meyer**, G.:International Copyright and Neighbouring Rights Law, Weinheim 1990, s.4; yine bkz. **Hirsch,** E.: Bern Sözleşmesi, AÜHFD Y:1950, C.7 S:1-2, s.134-135; **Wedler,** R.: Fotorecht-Rechtsfragen der Fotografie, 3.Aufl., Leipzig 1958, s.65.

[72] **Erel,** s.39-40; **Oğuz,** A.: Genel Hatlarıyla Telif Hakları ve Korunması, Bilişim ve Fikri Mülkiyet Semineri, Ankara 2006, s.8, dpn.7.

[73] Ulusal mevzuat farklılıkları ortak belirli bir payda bulunamayacak kadar fazla olduğundan -orta bir yol izlenerek- Anlaşma, üye ülkelerin eser sahiplerinin yetkilerini "asgari haklar" (Mindestrechte) ile ilişkilendirmek suretiyle, üye ülkelere belirli yükümlülükler getiren asgari bir koruma sisteminin tamamladığı temel ilkeler çerçevesinde şekillendirilmiştir. Salt temel ilkeler yeterli bir uluslararası fikri korumayı garanti edemediğinden, yabancı eser sahiplerine sağlanan ulusal korumanın da ülkeden ülkeye farklılık göstermesinden ötürü yeknesak bir koruma sağlanamadığından, revizyonlarla devamlı geliştirilen belirli asgari haklara ulusal mevzuatlarda yer verilmesi sağlanmıştır. Şöyle ki; üye ülkeler en azından anılan hakları kendi ulusal mevzuatlarında yer almasına bağlı olmaksızın, koruma talep eden yabancı eser sahipleri-

kanun örneği hazırlamaktan kaçınılmış; "yabancı eser sahiplerine vatandaş ile eşit muamele yapılması ilkesi" öngörülmüştür. Buna göre ilk esas, bir eserin yaratıldığı ülkenin kanunları çerçevesinde korunmasıdır. İkinci olarak ise Anlaşma diğer ülkelerde "Birlik eseri" (Anlaşma hükümlerince korunan eser) için, bu ülkelerin kendi vatandaşlarına tanıdığı hakları sağlamaktadır. Vatandaşla eşit muameleye tâbi tutulmaya ilişkin temel ilke (Inländerbehandlung/National treatment)[74] fikri hakların uluslararası alanda etkin şekilde korunması ihtiyacını karşılamaya ve hukukun uygulanışını kolaylaştırmaya yöneliktir. İlke ister istemez üye devletlerin mevzuatları arasında yakınlaşmanın tohumlarını da ekmiştir. Bu ilkenin tek eksik tarafı, "karşılıklılık esasına" yer vermemiş olmasıdır ki, bunun fikri haklar alanında çok gelişmiş olan ülkeler aleyhine bir durum yaratacağı şüphesizdir. Bu nedenle, genel ilkenin bazı kurallarda desteklenmesi asgari korumanın sağlanması yönünden zaruridir[75].

Anlaşmanın kapsamı ve konuları zaman içinde oldukça değişmiş ve genişlemiştir: 1896 Paris, 1908 Berlin, 1928 Roma 1948 Brüksel, 1967 Stockholm ve 1971 Paris Revizyonu (RBÜ)[76].

---

ne tanıma yükümlülüğü altındadır; yani yabancı eser sahibi doğrudan doğruya Anlaşma hükümlerine dayanarak (ex jure conventionis) anılan haklara ilişkin koruma talep edebilecektir. Bu durum dolaylı olarak anılan düzenlemelerin uyumlaştırılmasına pozitif etki etmiştir. Zira üye ülkelerin çoğu kendi vatandaşlarına yabancı eser sahiplerine sağladıkları daha kapsamlı korumayı açıklamakta sıkıntı çekmişler; bu farklı muameleyi önlemek için de anılan düzenlemeleri ulusal hukuklarının bir parçası haline getirmişlerdir: **Pausa,** s.35 vd; eser sahibinin asgari haklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için **Loewenheim,** § 57 Rdn.28-34, s.900-901; ayrıca bkz. **Ginsburg,** J.: Die Rolle des nationalen Urheberrechts im Zeitalter der internationalen Urheberrechtsnormen, GRUR Int 2000, Vol.49, s.99; **Öztan,** s.41 vd.

74 Bkz. RBÜ Art.5/1: **Mächtel,** F./**Uhrich,** R./**Förster**,A.: Geistiges Eigentum, Gewerblicher Rechtsschutz, Urheber- und Wettbewerbsrecht-Vorschriftensammlung, Tübingen 2009, s.380; **Nordemann /Vinck / Hertin / Meyer,** G., Art.5 Rdn.1, s.71; **Pausa,** s.31 ve s.37; **Püschel,** s.184-185; **Dardağan,** E.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 2000, s.30 vd.

75 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztan,** s.40-41; **Ricketson,** S.: International Conventions, in: Copyright and Photographs- An International Survey, edited by Gendreau, Y./Nordemann, A./Oesch,R., Kluwer Law International, 1999, s.16-17.

76 RBÜ: Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst- Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunması Hakkında Tadil Edilmiş Bern Anlaşması.

2. Anlaşma Kapsamında Fotoğrafın Korunması

a) Fotoğrafa İlişkin İlk Hukuksal Düzenlemeler

Fotoğraflar esasen 1948 Brüksel Revizyonu[77] itibarıyla eser türleri arasında sayılmış olmakla birlikte, fotoğrafları anlaşmanın amacı kapsamında değerlendirme çabaları ilk düzenlemelere kadar uzanır. 1884-85 yıllarında gerçekleştirilen Anlaşmaya ilişkin ilk taslak hazırlama konferansları sırasında, fotoğrafların Anlaşma kapsamında korunması konusunda ülkeler arasında görüş farklılığı doğmuştur[78]. Fransa'nın, "fotoğraf eserleri"nin Anlaşmanın 4.maddesinde sayılan ilim-edebiyat ve güzel sanat eserlerine dahil edilmesine ilişkin teklifi Almanya'nın muhalefetiyle karşılaşmıştır. Fransa ve İngiltere gibi ülkeler fotoğrafları sanat eseri olarak koruma yoluna giderken, Almanya fotoğraflara bu niteliği tanımayı reddetmiş, daha düşük seviyede bir koruma tanınması yolunda görüş bildirmiştir. Bu görüş farklılıkları, esasen fotoğraf sanatçısının becerisinin eser olarak korunacak kapsamda özgün bir yaratıma temel teşkil etmesi ve yahut fotoğrafın mekanik yönünden hareketle daha sınırlı bir korumanın yeterli olacağı gibi noktalarda toplanmıştır. Bu komisyonu geçici ara bir çözüm yolu bulmaya itmiş, kapanış protokolünde tuhaf ve eleştirilen bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, birlik ülkeleri bünyesinde özellikle korunması aranan fotoğraflar, korunan sanat eserlerinin fotoğrafları, örneğin bir resmin, çizimin veya heykelin fotoğrafları olarak belirlenmiştir[79]. Bunun yanında diğer fotoğraflarla ilgili olarak, Anlaşma kapsamında koruma, korumanın ileri sürüldüğü yerde, fotoğrafları sanat eseri olarak kabul edip koruyan birlik ülkeleriyle sınırlandırıl-

---

[77] Brüksel Revizyonu 26.06.1948'de imzalanmış, 1.08.1951'de yürürlüğe girmiştir. Fotoğrafın eser türleri kapsamında resmen korunması altı konferans (1884/85 başlangıç konferansları, 1896 Paris Konferansı, 1908 Berlin,1928 Roma ve 1948 Brüksel Konferansları) sonrasında gerçekleşmiştir. Fotoğraf çerçevesinde dönen bu tarihsel tartışmaların temelinde, esas olarak fotoğrafın özgün bir eser olarak korunabilirliği ve bu bağlamda fikri hak korumasına ilişkin görüş farklılıklarının yattığı söylenebilir.

[78] Bkz. **Karnell,** G.: Photography- A Stepchild of International Conventions and National Laws on Copyright, Copyright 1988, Vol.24 No:3, s.132; **Ricketson,** S.: The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886-1986, London 1987, s.257 vd; **Bappert/Wagner,** s.104.

[79] **Michalos,** Rdn.3-052, s.128; **Ricketson,** s.19.

mıştır[80]. Yani, eğer A ülkesi (Fransa veya İngiltere'de olduğu gibi) fotoğrafı güzel sanat eseri olarak koruyorsa; bu ülke, yine bir birlik ülkesi olan B'nin vatandaşı olan eser sahibinin fotoğraflarına da -B ülkesinde benzer veya daha farklı bir koruma hükmü olup olmadığına bakmaksızın- Anlaşma kapsamında koruma sağlama yükümlülüğündedir. Buna karşın B ülkesi (ör:Almanya) eğer farklı, daha sınırlı bir koruma öngörmüş ise; "vatandaş ile eşit muamele ilkesi" paralelinde B için, A ülkesi vatandaşı-eser sahibine karşı mevcuttan farklı olarak korumayı genişletme yükümlülüğü getirilmez. Ortaya çıkması muhtemel haksız durumlar, ülkeler arasında yapılan ikili anlaşmalarla giderilmeye çalışılmıştır[81].

b) 1896 Paris Revizyonu

1896 Paris Konferansında, Fransa tekrar fotoğraf eserlerine tam bir koruma sağlanmasına ilişkin teklifte bulunmuş ise de, yine Almanya'nın muhalefeti gündeme gelmiştir. Fotoğraf eserlerine tanınan koruma fazlasıyla çeşitlilik gösterir hale gelmiştir. Bazı ülkeler açık şekilde fotoğraf eserlerini güzel sanat eseri olarak korurken[82], bazıları kapalı ifadelerle koruma öngörmüş; Almanya sınırlı nitelikte koruma hükümleri getirirken, Haiti ve Tunus gibi ülkeler fotoğraflara ilişkin hiçbir koruma sağlamamıştır[83]. Dolayısıyla Fransa'nın teklifinin uzlaşma ile sonuçlanamaması bu bakımdan şaşırtıcı değildir. Sonunda Almanya'nın teklifiyle kabul edilen bir değişiklik ile (Paris ek sözleşmesi md.2), eser sahibine Anlaşma kapsamında belirli bir birlik ülkesinde fotoğraf eserlerine ilişkin öngörülmüş korumayı talep etmesine ilişkin açık yetki verilmiştir. 1886 metni ve sonrasında karşılıklılık esasına değinilmemiş olduğundan uygulamada sıkıntıların devam edeceği aşikardır; ancak revizyonda son olarak tüm üye ülkelerde fotoğraf eserlerine korumanın sağlanmasının amaçlandığı ve bu koruma süresinin onbeş yıldan az olamayacağı hükmü kabul

---

80 **Platena,** T.: Das Lichtbild im Urheberrecht- gesetzliche Regelung und technische Weiterentwicklung, Frankfurt anı Main 1998, s.43.

81 Bkz. İspanya-İtalya Fikri Haklara ilişkin 26.06.1880 tarihli Anlaşma, Fransa- İtalya 9.07.1884 tarihli Anlaşma: **Ricketson,** s.20.

82 İngiltere-Güzel Sanat Eserlerine ilişkin Kanun (Fine Arts Copyright Act 1862).

83 **Michalos,** Rdn.3-053, s.128.

edilmiştir[84]. Sonuç olarak, 1896 Paris Revizyonunda, fotoğraf eserlerinin karşılıklılık esası aranmaksızın, korunması gerekliliğine işaret edildiği görülmüştür. Yaratıldığı ülkenin hukukunda hiçbir koruma öngörülmeyen fotoğraf eserlerinin, korumanın ileri sürüldüğü ülkede mutlak bir korumaya tabi tutulması ve yine çok geniş koruma süreleri çerçevesinde değerlendirilmesi vb. sonuçlar ortaya çıkmıştır. Bu nedenle uluslararası alanda fotoğraf eserlerinin korunması konusunda çok daha yeknesak düzenlemelere yer verilmesi gerektiğine işaret edilmiştir[85].

c) 1908 Berlin Revizyonu

Berlin Revizyonu konferansı ile bu sonuca kısmen ulaşıldığını söylemek mümkündür; zira birlik ülkelerinde artık fotoğraf eserlerinin korunması gerekliliğine ilişkin görüş birliğinin oluştuğu gözlenmiştir. Ulusal mevzuatlarda bunun ne şekilde sağlanması gerektiğine (güzel sanat eseri olarak veya başka şekilde), yine korumanın kapsamı ve süresine ilişkin farklılıklar olsa da, hemen tüm birlik ülkelerinde bir tür korumanın sağlanması gerektiğine ilişkin genel kabul oluşmuştur[86]. Bu Berlin konferansında ortaya konan tekliflere yansımış ve yeni bir maddenin (Art.3) kabulüyle sonuçlanmıştır. Buna göre, Anlaşma ile öngörülen korumanın fotoğraf eserleri ve benzer şekilde ortaya konan yaratımlara uygulanması[87], korumanın sağlanması ve uygulanmasına ilişkin üye ülkeleri açık şekilde yükümlendiren bir ifade tarzı ile ele alınmıştır. İlk konferanslarda getirilen diğer eser türlerinin fotoğraflarının korunmasına ilişkin hüküm fuzuli olduğu; bir eser korunuyorsa izinsiz kullanım ve çoğaltmaların (fotoğraflanarak elde edilen nüshalar da çoğaltma teşkil edeceğinden) zaten eser üzerindeki fikri haklara ihlal teşkil ettiği gerekçeleriyle kaldırılmıştır[88].

---

[84] **Ricketson** (Convention), s.229.

[85] **Ricketson,** s.20-21.

[86] Bkz. **Beşiroğlu,** A.: Fikir Hukuku Dersleri, 4.Bası, İstanbul 2006, s.119; **Ricketson** (Convention), s.260-261.

[87] **Bappert,**W./**Wagner,**E., s.104; **Pausa,** s.39.

[88] **Ricketson,** s.21-22.

Her üye ülkenin fotoğraf eserlerini koruma konusunda yükümlü kılınmasıyla Berlin Revizyonunun yeknesaklaşmaya ciddi bir katkı sağladığı açıktır. Ancak ülkeler arasında farklılık gösteren koruma sürelerine ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Bunun yanında fotoğraf eserleri hala Anlaşmanın ilim-edebiyat ve güzel sanat eserlerine yer verilen 2.maddesinde eser olarak sayılmamış[89]; bu nedenle anlaşmanın diğer eserlere ilişkin koruyucu hükümlerinin fotoğraf eserlerine uygulanması hususu sıkıntı yaratmıştır. Fotoğrafların salt korunmuş olmaları getirilen hükmün başarısı olarak görülmüş, o aşamada eser grupları arasında yer alarak korunmaması ya da başkaca özel bir düzenlemeye tabi kılınması sorun olarak görülmemiştir[90].

d) 1928 Roma Revizyonu

Korumanın içerik ve kapsamında uzlaşma sağlanamadığından, Roma Revizyonunda ciddi bir ilerleme kaydetmek mümkün olmamıştır. Birçok ülke fotoğrafın ilim-edebiyat veya güzel sanat eseri olarak kabul görmesini, diğer eser türlerinde olduğu gibi özgün olması, bireysel fikri bir yaratım olması gibi koşullara bağlamıştır. Ancak bu koşulun içeriğini tanımlamak ve belirlemek, korumanın spontan kamera çekimlerinde olduğu gibi niteliksiz fotoğrafları da kapsayacak şekilde genişlemesinden duyulan endişeden ötürü, zor olmuş; yargı içtihatlarında tutarsızlıklara neden olmuş, bu sınırı çizmenin zorluğu ifade edilmiştir[91]. Tam tersine İngiltere gibi bazı ülkelerde ise, fikri ve estetik bir muhtevaya sahip olup olmadığına bakılmaksızın fotoğrafların korunması yoluna gidilmiştir[92]. Görülen odur ki, farklı uçlarda seyreden bu görüş farklılıklarının Anlaşmada tek bir basit düzenlemeyle giderilmesi mümkün olmamıştır.

---

89 Bulunan ara çözüm ile fotoğraf eserleri bir yandan Anlaşmanın 2.maddesi kapsamında korunan eser türleri arasına dahil edilmemiş ve bunlara ilişkin eser korumasına kapı açılmamış, diğer yandan üye ülkeler tüm fotografik ürünlere koruma sağlamak ile yükümlü kılınmışlardır. Ancak bu korumanın mutlaka fikri hukuk çerçevesinde değil, herhangi bir şekilde sağlanacak bir koruma olabileceği ifade edilmiştir: **Baum,** A.:Die Brüsseler Konferenz zur Revision der Revidierten Berner Übereinkunft- Erlebnis und Ergebnis, GRUR 1949, s.8; **Bappert/Wagner,** s.105.

90 **Michalos,** Rdn.3-054, s.129; **Ricketson,** s.22.

91 **Ricketson** (Convention), s.263-264.

92 **Michalos,** Rdn.3-054, s.129.

e) 1948 Brüksel Revizyonu ve Günümüzdeki Durum

1935'de Brüksel'de gerçekleştirilen Uluslararası Fotoğraf Hukuku Kongresinde[93], fotoğrafın Bern Anlaşması'nda diğer güzel sanat eserleriyle aynı şekilde korunması gerekliliği vurgulanmıştır. Kuşkusuz burada kastedilen eser olma koşullarını taşımayan niteliksiz fotoğraflara (non-artistic photographs) uzanan bir koruma değildir. Kongrede ortaya konan fikirler 1936 Brüksel Konferansında Fransa'nın sunduğu teklifin temelini oluşturmuştur. Fikri bir yaratım ortaya koyan tüm fotoğrafların Anlaşma kapsamında korunması teklifine karşı, Almanya tarihsel süreçteki anlayışına paralel olarak, her ülkenin fotoğrafların korumasına ilişkin düzenlemelerde serbest kılınması gerektiğini savunmuştur. İkinci dünya savaşı nedeniyle ertelenip 1948'de devam eden Revizyon konferansında, önceki 3.maddenin yürürlükten kaldırılmasının ardından, fotoğraf eserleri sonunda Anlaşmanın madde başlığı "Korunan Eserler" olan 2.maddesine bugünkü şekliyle dahil edilmiştir [94] [95]. Bu bakımdan Brüksel Konferansı

---

[93] Compte-rendu du Congres International de Droit Photographie, organise à l'exposition universelle de Bruxelles du 12 juin au 16 juin 1935.

[94] **Blanckertz,** P.: Der Schutz der Fotografie, Berlin 1965, s.54; **Beşiroğlu,** A.: Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar-Fikir Hukuku, Ankara 2004, s.101. Bern Anlaşması eser türlerini tek bir madde altında ele almış; bizdeki düzenlemeden farklı olarak, sanki farklı eser türlerinin dahil olduğu tek bir eser kategorisi oluşturmuş gibi bir düzenleme tarzını benimsemiştir.

[95] Anlaşma kapsamında korunan eser türlerinin sayıldığı 2.maddenin ilk fıkrasında, Anlaşma adında geçen ifadenin, ortaya konuş şekliyle bağlı kalınmaksızın edebiyat, ilim ve sanat alanında ortaya konan tüm yaratımları kapsayacağı ifade edilmiştir; kanımızca, metinde geçen "gibi" (wie/such as) ifadesinden de burada eser türlerine ilişkin saymanın tahdidi olmadığı anlaşılmaktadır; bu yönde bkz. **Loewenheim, §** 57 Rdn.22, s. 898; aksi yönde **Arslanlı,** H.: Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s.10.
Fotoğraf eserleri ve fotoğraf tekniğine benzer usulle ortaya konan yaratımlar da ("fotografische Werke, denen Werke gleichgestellt sind, die durch ein der Photographie ähnliches Verfahren hervorgebracht sind") diğer eser türleriyle birlikte anılan madde kapsamında, Anlaşmanın temel ilkeleri ve eser sahibine tanınan asgari haklar çerçevesinde korunacaktır. Fotoğraf eserlerinin benzer şekilde ortaya konan yaratımlarla birlikte ele alınması yeni teknolojik gelişmelerle ortaya çıkabilecek yaratımları korumadan yoksun bırakmamak açısından öngörülen bir ifade tarzıdır. Anlaşma metni için bkz. **Mächtel /Uhrich /Förster**, RBÜ Art.2, s.378; ayrıca bkz. **Ricketson** (Convention), s.228; **Karnell,** s.133 vd.

fotoğraf eserlerinin diğer fikir ve sanat eserlerine eşit bir korumadan yararlanmaya başladığı önemli bir kilometre taşını oluşturmaktadır.

1967 Stockholm Konferansında özellikle eser sahipliğinden kaynaklanan hakların uluslararası alanda korunması konusuna önem verilmiş; yine sosyal ve kültürel gelişme için gelişmekte olan ülkelerin taleplerine yönelik kararlar alınmıştır[96]. Yine bu revizyonla[97], eser niteliğindeki fotoğraflara ilişkin olarak minimum 25 yıl olmak üzere koruma süresi getirilmiştir (Anlaşma md.7/4). Maddede[98], eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 50 yıl devam eden genel koruma süresi öngörülmüş; 4.fıkrada ise genel hükümden ayrılarak, fotoğraf eserleri ve güzel sanat eserlerine ilişkin koruma süresinde düzenleme serbestisi, fikir ve sanat eserinin yaratımından itibaren 25 yıldan az olmamak koşuluyla, üye ülkelerin yasa koyucularına bırakılmıştır. 1971 Paris Revizyonunda ise fotoğraf eserlerine ilişkin önemli bir değişiklik öngörülmemiştir.

Brüksel Revizyonu, sadece eser niteliğindeki fotoğrafların Anlaşmada ele alınıp, bu nitelikte olmayan fotoğrafların korumadan hariç tutulmasını savunanlarca[99] bir zafer olarak nitelendirilmiştir. Ancak bu ayrımın uygulamaya yansıması, yasalarda farklı düzenlemelerde yer vermek kadar kolay olmamıştır. Fikri/estetik bir muhtevaya sahip olmak ve özgün olmak gibi bir eserin varlığını belirleyecek temel ölçütler[100] dikkate alınarak, bir fotoğrafın eser nitelinde olup olmadığı birlik ülkele-

---

96 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztan,** s.45-46.

97 **Ricketson,** s.26-27; karş. **Michalos,** Rdn.3-055, s.130; ayrıca bkz. **Baum,** s.14.

98 Bkz. **Mächtel /Uhrich /Förster**, RBÜ Art.7, s.381.

99 Brüksel metninin arz ettiği yenilik fotoğraf ve fotoğraf tekniklerine benzer bir usulle elde edilmiş eserlerin açıkça "edebiyat ve güzel sanat eseri" olarak tanınmasıdır. Ancak bu tür ürünlerin de yalnız fikri bir yaratma eseri teşkil edip yaratan kimsenin hususiyetini taşıdığı takdirde "eser" olarak himaye görebileceği konferans müzakerelerinde açıkça belirtilmiştir. Bu niteliği haiz olmayan fotoğraflar- ki bunlar günlük hayatta fotoğrafların çoğunluğunu teşkil etmektedir- edebiyat ve güzel sanat eseri olarak himayeden faydalanamayacaktır: **Hirsch** (Sözleşme), s. 142-143; **Bappert/-Wagner,** s.105-106.

100 Anılan ölçütlere yönelik tanımlama çabalarının üye ülkeler arasında anlaşmazlığa ve Anlaşmanın sağladığı birliğin zayıflamasına yol açabileceği; bu nedenle hali hazırda ölçütlerin ulusal yorumlanmasından kaynaklanan farklılıklardan daha zararlı olabileceği yönünde **Pausa,** s.43; ayrıca bkz. **Loewenheim,** § 57 Rdn.22, s.898.

rinde farklı yorumlamaları beraberinde getirmiştir. İngiltere, Avustralya gibi ülkeler bu ölçütleri oldukça geniş yorumlamıştır; öyle ki, zaman zaman sıradan tatil fotoğrafları profesyonel fotoğrafçıların sanatsal yönü ağır basan fotoğraflarıyla neredeyse eş tutulmuştur[101]. Diğer bazı ülkeler (Almanya, İtalya gibi) ise eser sayılmanın koşullarını dar yorumlayarak, daha profesyonel ve kişisel beceri eseri olan fotoğrafları korumuş; bunun sonucunda niteliksiz fotoğraflara komşu haklara benzer hükümlerle ya da başka nitelikte koruma sağlanabileceği ifade edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Anlaşma çerçevesinde eser olma koşullarına ilişkin daha kesin, net bir yorumun getirilememesi halinde, üye ülkelerin tek tip koruma sağlamak adına, kendi yorumları doğrultusunda bir uygulamanın diğer bir ülkede gerçekleştirilmesi konusunda ısrar edemeyecek olmasıdır. Anlaşma, yabancı eser sahiplerine, eserlerinin kendi ülkesinde olduğu şekliyle korunması ve yasal düzenlemelerin aynı şekilde yorumlanması için, başka bir üye ülkeyi zorlama hakkı vermez. Sonuç olarak; bir eser sahibinin fotoğrafları kendi ülkesinde korunurken, bir diğer birlik ülkesinde eser olarak korunmayabilecektir; bu özellikle eser nitelinde olmayan fotoğrafların komşu haklar çerçevesinde ele alındığı durumlarda söz konusu olacaktır[102].

B. Dünya Telif Hakları Anlaşması

Bern Anlaşması'nın çeşitli açılardan, özellikle fikri hak konseptinin farklı olmasından ötürü, birçok ülkenin yerine getirmekte güçlük çekeceği koşullar içermesi bu ülkeleri Anlaşmaya katılmakta tereddüte düşürmüştür. Dünya Telif Hakları Anlaşması, anılan bu sebeplerle Bern Anlaşması'na katılmak istemeyen ya da katılamayan ülkelere de fikri hukukun korunmasında çok taraflı bir anlaşmaya üye olma ve milli sınırlarını aşan bir korumadan yararlanma olanağı sağlamak amacıyla yapılmıştır. Bu anlaşmanın sağladığı koruma Bern Anlaşması'na nazaran daha hafiftir.

---

[101] 1968 Avustralya Telif Hakkı Kanunu'nda bu durum fotoğraflara ilişkin olarak fotoğraf çeken her kişinin eser sahibi olarak tanımlanmasında göze çarpmaktadır: **Ricketson,** s.24, dpn.35; ayrıca bkz. **Pausa,** s.46.

[102] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Michalos,** Rdn.3-055, s.129-130; **Ricketson,** s.24-25.

Elli yılı aşkın geçmişine ve uluslararası fikri hukukun çerçevesini oluşturmada oynadığı önemli role rağmen, Dünya Telif Hakları Anlaşması günümüzde önemini kısmen yitirmiştir. Anlaşma, fikri hukuk alanında Amerika kıtası devletleriyle Avrupa devletleri arasındaki sistem farklılıklarını uzlaştırarak bir tür köprü işlevi görmüş[103]; ancak sonraları Amerika, Rusya gibi ülkeler[104] başta olmak üzere birçok ülke Bern Birliği bünyesine dahil olmuşlardır. Bununla birlikte Anlaşma uzun bir süre fikri hakların korunmasına ortak bir zemin hazırlama işlevi görmüş; gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasında fikri hukukta muhtelif konulara ilişkin ortaya çıkan çıkmaz durumları sona erdirmede etkili olmuştur.

Anlaşma 6.09.1952'de imzalanarak 16.09.1955 tarihinde yürürlüğe girmiş, 1971'de Paris'de revize edilmiştir ve halihazırda 100 ülke Anlaşmaya taraftır[105]. Türkiye bu anlaşmaya bugüne kadar katılmamıştır.

Anlaşmada korunacak eserler olarak bilim, edebiyat ve güzel sanat eserleri- örnek kabilinden saymaya da ("gibi"...) yer verilmek suretiyle ifade edilmiştir. Eser niteliğindeki fotoğraflara ilişkin olarak Dünya Telif Hakları Anlaşması'nda açık bir hüküm yer almamaktadır. Anlaşmanın 1.maddesinde, her üye devletin, eser sahiplerinin ve diğer hak sahiplerinin yazılı eserler, müzikal, drama ve sinematografik eserler, resim, gravür ve heykeller gibi bilim, edebiyat ve güzel sanat eserleri üzerindeki haklarına ilişkin etkin korunma sağlamayı taahhüt edeceklerine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, Bern Anlaşmasında yer alan korunacak eserler listesiyle karşılaştırıldığında bu Anlaşmada sayılan eser türleri oldukça az sayıdadır. Ancak burada tahdidi saymanın söz konusu olmadığı, amacın

---

[103] **Michalos,** Rdn.3-058, s.131; **Ricketson** (Convention), s.837 vd; **Ateş** (Haklar), s.44; **Oğuz,** s.8, dpn.9.

[104] 1952 yılında Unesco'nun öncülüğünde Cenevre'de imzalanan bu anlaşmanın temel amacı, Bern Birliği Anlaşmasının dışında kalan Amerika Birleşik Devletleri ile Güney Amerika Devletlerini de uluslararası anlaşmanın içine çekmektir. ABD 1955'de, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği de 1973'de bu anlaşmaya taraf olmuştur: **Kılıçoğlu,** A.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, s.29; **Ayiter,** N.: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981, s.26; yine bkz. **Barthol,** A.: Urheberrechte in der bildenden Kunst und in der Fotografie (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Graz 2006, s.74.

[105] http://erc.unesco.org/cp/convention.asp?KO=15381&language=E (5/02/2011).

çok sayıda eseri koruma dışı bırakmak değil, aksine esnek bir formül benimseyerek, yeni eser türlerinin de Anlaşma kapsamına girmesini sağlamak olduğu kabul edilmektedir[106]. Doktrinde fotoğraf eserlerinin de anılan hüküm kapsamında değerlendirilmesi konusunda görüş birliği yoktur. Bir görüş[107], resimlere, gravürlere ve heykellere yer verilmişken fotoğraflara yer verilmemesinin Anlaşmanın genel kapsam ve amacıyla bağdaşmadığı ve maddede tahdidi bir saymaya da gidilmemiş olduğu düşünüldüğünde, hükmün amaçsal yorumuyla fotoğrafların da sözü edilen "bilim, edebiyat ve güzel sanatlar" çerçeve tanımı kapsamında değerlendirilmesinin yerinde olacağını ifade etmektedir. Buna göre, bu sonuç fotoğraf eserlerine ilişkin on yıldan az olmamak üzere koruma öngören 4.maddedeki düzenlemeyle de örtüşür. Diğer bazı yazarlar[108] ise Anlaşmanın 2.maddesi ve 4.maddesinin üçüncü fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, üye devletler için fotoğraf eserlerini korumanın bir yükümlülük olarak öngörülmediği sonucuna varıldığını ifade etmektedirler. Zira 4.maddenin ilk fıkrasında eserler için, eser sahibinin hayatı boyunca ve ölümünden itibaren 25 yıllık genel bir koruma süresi öngörülmüşken, üçüncü fıkrada bu genel sürenin fotoğraf eserlerine uygulanamayacağı belirtilmiş; ancak fotoğraf eserlerini koruyan ülkeler açısından ise, bu eserlere ilişkin olarak asgari 10 yıllık bir koruma süresi düzenlenmiştir.

---

[106] Anlaşmanın Almanca metni için **Mächtel /Uhrich /Förster**, Welturheberrechtsabkommen (WUA), s.387 vd. Anlaşmanın ilk maddesinde az sayıda eser türünden söz edildiği görülmektedir. Doktrinde, çok sayıda eser örneğine yer verilmesinin edebiyat, bilim ve sanat alanında korunacak nitelikteki eserlerin "tahdidi" şekilde sayıldığını düşündüreceği endişesi ile böyle bir yol izlendiği belirtilmektedir; **Ateş,** s.49; **Vaver,** D.: The National Treatment Requirements of the Berne and Universal Copyright Convention, IIC 1996, 17/6, s.723-727; yine bkz. **Nordemann /Vinck /Hertin, /Meyer.**, s.218 vd.

[107] **Ricketson,** s.40; yine bkz. **Dardağan,** s.41.

[108] **Karnell,** s.138; **Nordemann/ Vinck/ Hertin/ Meyer**, s.257; **Pausa,** s.52. Üye devletlere fotoğraf eserlerine ilişkin fikri hak koruması konusunda takdir hakkı tanındığı yönünde **Heitland,** s.12, aynı şekilde **Ateş,** s.49; **Vaver,** s.729. Yine fotoğrafların korunan eserlerin kapsamına ilişkin hükümde açıkça atlandığı ve korumaya ilişkin emredici bir hüküm getirilmediği yönünde **Michalos,** Rdn.3-057, s.131.

C. WIPO-Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı Fikri Haklar Anlaşması

Türkiye'nin de üyesi olduğu WIPO-Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı, sınai mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin Paris Anlaşması ile edebiyat ve sanat eserlerinin korunmasına ilişkin Bern Anlaşmasına taraf olan ülkeler tarafından, tüm fikri mülkiyet haklarının daha etkin şekilde korunmasını sağlamak amacıyla, 14 Haziran 1967'de Stockholm'de imzalanan bir anlaşmayla kurulmuştur.

WIPO'yu oluşturan ülkelerce, fikri ve sınai hakların korunmasıyla ilgili olarak daha önce kurulmuş olan birliklerin tüzel kişiliklerinin korunması öngörülmüş; tüm dünyada fikri mülkiyet haklarının korunmasının teşvik edilmesi ve bu alanda faaliyet gösteren diğer kuruluşlarla birlikte ulusal ve uluslararası fikri hukuk düzenlemelerinin geliştirilmesi hedeflenmiştir. Bu amaç doğrultusunda WIPO daha önce kurulan uluslararası birliklerce uygulamaya konulan anlaşmalardan çoğunun yönetim sorumluluğunu üstlenmenin yanı sıra, kendi insiyatifiyle de bazı anlaşmaların yapılmasına öncülük etmiştir. İşte bu anlaşmalardan biri WIPO-Fikri Haklar Anlaşmasıdır. Teknolojinin ilerlemesiyle ortaya çıkan yeni hukuksal sorunlara mevcut uluslararası düzenlemelerin cevap vermemesi ve bu düzenlemelerde yeni revizyonlara ilişkin olarak üye ülkeler arasında uzlaşma sağlanamaması üzerine WIPO tarafından 20.12.1996 tarihinde İsviçre'nin Cenevre şehrinde "Fikri Haklar" adı altında bir anlaşma metni benimsenmiştir[109]. Bu anlaşma WIPO'nun öncülüğünde yürürlüğe konulan ve uluslararası alanda fikir ve sanat eseri sahibinin hakları ile ilgili en son metin niteliğindedir. Anlaşma, WIPO üyesi olan ülkeler ile Avrupa topluluğu üyesi olan ülkelerin katılımına açıktır[110]. Şu ana kadar

---

[109] WIPO-Fikri Haklar Anlaşması (WIPO-Copyright Treaty ("WCT") / WIPO-Urheberrechtsvertrag), WIPO merkez bürolarında ülkelerin onayına açılmış; anlaşmanın yürürlüğe girmesi için gereken asgari 30 ülke onayını alarak 6.03.2002'de yürürlüğe girmiştir.

[110] Anlaşmanın tarafı ülkelerin katılımıyla oluşan meclis belli koşulları taşıyan diğer hükumetler arası kuruluşları da anlaşmaya kabul edebilir (WTC Art.17/2). Nitekim Avrupa Birliği'nin 14.03.2010 tarihinde Anlaşmaya taraf olduğu görülmektedir: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16 (5.02.2011).

89 ülke tarafından imzalanan Anlaşmaya Türkiye de 28.11.2008 tarihinde taraf olmuştur[111].

WIPO-Fikri Haklar Anlaşması Bern Birliği Anlaşması'na ek protokol olarak da değerlendirilebilecek özel nitelikte bir anlaşmadır (RBÜ Art.20). Buna göre, anılan Anlaşmayla Bern Birliği Anlaşması'na nazaran daha kapsamlı haklar tanınması, fikir ve sanat eseri sahiplerine mutlak surette daha yüksek bir koruma sağlanması öngörülmüştür. Bu yaklaşım Anlaşmanın, WCT'ye taraf ülkelere RBÜ'nün giriş ve 1-21.madde hükümlerine ilişkin istisnasız uygulama yükümlülüğü getiren düzenlemesinden anlaşılmaktadır (WCT Art.1/4). Böylelikle Anlaşmanın daha koruyucu nitelikteki yeni düzenlemeleri yanında RBÜ'nün temel ilkeleri de uygulama bulacaktır. Bu hükmün önemi, özellikle WCT'ye taraf olmanın Bern Birliği üyeliğine bağlı olmadığı, yani Bern Birliği üyesi olmayan ülkelerin de WCT'ye katılabileceği[112] göz önüne alındığında daha iyi anlaşılabilir. Böylelikle uluslararası fikri koruma standartlarının evrensel düzeyde arttırılmasına katkıda bulunulmuştur. Esasen WCT büyük ölçüde dijital teknolojiler nedeniyle ortaya çıkan fikri haklarla ilgili sorunlara çözüm getirmek amacıyla hazırlanmıştır. Âkit ülkeler, WIPO-Fikri Haklar veya Bern Anlaşması tarafından eser sahibine tanınan hakların, üçüncü kişilerce, hukuka aykırı şekilde veya eser sahibinin rızası olmadan teknolojik yöntemlerden yararlanmak suretiyle haksız kullanılmalarını önlemek için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.

Anlaşmada fikri hak korumasının sadece "düşünceyi ifade biçimini" kapsadığı; yöntemlerin, uygulamaya ilişkin esasların ya da matematiksel kavramların fikri hak koruması dışında olduğu açıkça vurgulanmıştır. Anlaşma koruma kapsamındaki fikri ürünler konusunda Bern Anlaşması'nın 2 ve 6.maddelerinde öngörülmüş bulunan eser türlerine yollama yapmaktadır. Buradan hareketle, fotoğraf eserleri ile fotoğraf tekniğine benzer usulle ortaya konan yaratımların ve fotoğraf eseri sahibinin eser sahipliğinden doğan haklarının WIPO-Fikri Haklar Anlaşması'nda da korunduğu görülmektedir. Buna ek olarak, Anlaşmanın 9.maddesinde

---

[111] http://www.wipo.int/treaties/en/notifications/wct/treaty_wct_69.html (5.02.2011).

[112] **Ricketson,** s.36; **Pausa,** s.54.

fotoğraf eserleriyle ilgili olarak özel bir hüküm öngörülmüş; burada kendisine yollama yapılan RBÜ md.7/4 hükmünün fotoğraf eserleriyle ilgili olarak uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Daha önce değinildiği üzere, anılan bu hükümde RBÜ'nün genel koruma süresinden ayrılarak, fotoğraf eserleri ve uygulamalı güzel sanat eserlerine ilişkin olarak koruma süresi konusunda üye ülkelere serbesti tanınmakta; ancak her halükarda bu korumanın eserin yaratımından itibaren 25 yıldan az olamayacağı (asgari koruma süresi) ifade edilmekteydi. WCT'nin 9.maddesinde öngörülen düzenlemenin sonucu olarak ise, fotoğraf eserleri bu 25 yıllık süre yerine, eser sahibinin yaşadığı sürece ve ölümünden sonra 50 yıl olmak üzere belirlenen genel koruma süresi çerçevesinde korunacaktır[113]. Bu fotoğraf eserlerinin ve eser üzerindeki hakların uluslararası alanda daha kapsamlı korunması konusunda kuşkusuz önemli bir adım olmuş; böylelikle artık fotoğraf eserlerinin de diğer eser türleriyle paralel şekilde korumadan yararlanır hale gelmesi söz konusu olmuştur. Bu düzenleme birçok ülkenin fotoğraf eserlerine ilişkin çekimser yaklaşımının değiştiğini ve artık bu eserlerin de tartışmaya mahal olmaksızın bilim ve güzel sanat eseri olarak kabul edildiğini ortaya koyması bakımından da önemlidir.

D. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları (TRİPS) Anlaşması

Dünya ülkeleri arasında ticaretin hızlı şekilde gelişmesinin sonuçlarından biri de fikri hakların ticari yönünün ön plana çıkması olmuştur. Teknolojik gelişmeler sayesinde ulaşım ve iletişimin hızlanması ulusal sınırlar içindeki ticareti kolaylaştırdığı gibi, uluslararası ticaretin gelişimine de büyük katkı sağlamıştır. Ancak bu olumlu gelişme, bir yandan da taklit ve korsan ürün ticaretinin yaygınlaşmasına ve beraberinde fikri ve sınai mülkiyet kapsamına giren hakların kolaylıkla ve yaygın şekilde ihlalinin hızlanmasına yol açmıştır. Özellikle Avrupa Birliği, yine ABD ve Japonya gibi gelişmiş ülkeler bundan rahatsızlık duyarak, fikri ve sınai hakların uluslararası alanda daha etkin korunmasını talep etmeye

---

[113] **Schack,** H.: Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4.Aufl.,Tübingen 2007, Rdn.209, s.119, dpn.160; karş. **Ateş** (Haklar), s.247, dpn.37.

başlamışlardır. Çünkü bugün artık fikri ve sınai mülkiyete konu olan değerler, uluslararası piyasalarda tedavülü çok yaygın birer meta haline gelmiştir. Tüm bu nedenlerden dolayı fikri ve sınai haklar konusu da, dünya ticaretinde serbestiyi sağlamak amacıyla 1948 yılında yürürlüğe konulan Tarifeler ve Ticaret Genel Anlaşmasının (GATT) 1986'da başlayan müzakeresi kapsamına dahil edilmiştir. 1993'de sonuçlanan Uruguay müzakereleri neticesinde dünya ticaretinin liberalleşmesi politikaları kapsamında çok sayıda anlaşma metni ortaya çıkmıştır. Bu anlaşmalardan biriyle 1994'de kısa adı WTO olan Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ)'nün (World Trade Organisation) temelleri oluşturulmuştur[114]. Bu süreçte TRIPS olarak da anılan "Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması" müzakerelere katılan 114 ülke ile Avrupa Topluluğu tarafından imzalanmıştır. DTÖ Kurucu Anlaşmasının "mütemmim cüzü" olarak kabul edilen ve fikri mülkiyet hukuku alanında çok önemli bir gelişme olarak kabul edilen TRIPS Anlaşması 1.01.1995'de yürürlüğe girmiştir[115]. Anlaşmaya göre bütün DTÖ üyesi ülkeler TRIPS hükümlerini uygulamaya koyma yükümlülüğü altındadır.

TRIPS metninde tüm fikri ve sınai haklar açısından çok önemli uluslararası standartlar getirilmiştir. Anlaşma, edebiyat ve sanat eserlerinin korunmasına ilişkin Bern Anlaşması[116], sınai mülkiyet haklarına ilişkin Paris Anlaşması ile icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve yayın kuruluşlarının haklarının korunmasına ilişkin Roma Anlaşması'nda ön-

---

[114] **Michalos,** Rdn.3-059, s.132; **Pausa,** s.56; **Ricketson,** s.41-42; Türkiye WTO (DTÖ) Anlaşmasını 1995 yılında 4067 sayılı Kanunla uygun bularak Dünya Ticaret Örgütüne üye olmuştur. 26.1.1995 tarih ve 4067 sayılı Kanun için: RG 26.01.1995/22186. Bakanlar Kurulunun 95/6525 sayılı kararı uyarınca söz konusu Anlaşma 31.12.1994 tarihinden itibaren Türkiye için de geçerlidir.

[115] **Ateş** (Haklar), s.48.

[116] WIPO-Fikri Haklar Anlaşmasında olduğu gibi, TRIPS metninde de taraf ülkelere Bern Anlaşmasının 1971 Paris metninin 1-21.maddelerini uygulama yükümlülüğü getirilmiş ise de, manevi haklara ilişkin 6bis maddesi kapsam dışı bırakılmıştır. Manevi hakların tanınmamasının TRIPS'in "ticari bakış"ının etkisinden kaynaklandığı yönünde **Ginsburg,** J.: L'organisation mondiale du commerce et la propriété intellectuelle, Droit de l'Informatique 1995/1, s.8 (**Dardağan,** s.42'den naklen). Ancak tabiatıyla Bern Anlaşmasına taraf devletler manevi haklara ilişkin korumayı sağlamakla yükümlüdür; bu hüküm sadece Bern Anlaşmasına taraf olmayan ülkeler açısından uygulama alanı bulabilecektir: **Püschel,** s.191.

görülen normları kabul etmekte[117]; buna ek olarak, fikri hakların korunmasına dair idari ve hukuki tedbirlere yer vermektedir. Başka bir ifadeyle, bu Anlaşma fikri ve sınai haklar ile komşu haklar alanında mevcut uluslararası Anlaşmaların öngördüğü koruma ilkelerini daha da güçlendirerek kabul etmekte ve bu uluslararası metinlerin uygulama alanını genişletmektedirler.

TRIPS, fotoğraf eserleriyle ilgili spesifik bir düzenlemeye yer vermemiş olsa da, Anlaşmanın 9.maddesinin ilk fıkrasında Bern Anlaşması hükümlerine yapılan yollama nedeniyle, Bern Anlaşmasının 2.maddesinde sayılan tüm eserlerin, dolayısıyla fotoğraf eserlerinin de koruma kapsamında olduğunu ifade etmek mümkündür[118]. Ancak bu Anlaşmada koruma sürelerinin tayini bakımından fotoğraf eserleri diğer eser türlerinden ayrı bir muameleye tabi tutulmuştur. TRIPS'in koruma süreleriyle ilgili 12.maddesinde, Bern Anlaşmasının koruma süresiyle ilgili hükmünü genişleten bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, fotoğraf eseri veya uygulamalı sanat eseri dışındaki eserlerde, koruma süresinin saptanması eser sahibinin yaşam süresi ölçütüne göre mümkün değil ise, eserin alenileşmesinden itibaren 50 yıl; eğer ki, eser yaratılmasından itibaren 50 yıl içinde alenileşmemiş-umuma arz edilmemiş ise, yaratımdan itibaren asgari 50 yıl süre ile korunacaktır. Bu genel düzenlemenin fotoğraf eserlerini kapsamadığı açıkça ifade edilmiştir; bu nedenle TRIPS çerçevesinde fotoğraf eserleri için koruma süresi, Bern Anlaşmasına yapılan yollama ile (RBÜ md.7/4) eserin yaratılmasından itibaren asgari 25 yıl olarak kabul edilecektir.

E. Avrupa Topluluğu Hukukunda İlgili Direktifler

Değindiğimiz uluslararası anlaşma metinlerinin yanısıra, Avrupa Topluluğu da fikri haklarla ilgili çalışmalar yapmıştır. Uzun dönem

---

[117] Anlaşmanın Almanca metni ve diğer Anlaşma hükümlerine yapılan yollama ile ilgili TRIPS md.1/3, md.2 ve md.9/1 için bkz. **Mächtel /Uhrich /Förster**, s.737 vd; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ricketson,** s.42.

[118] Bununla birlikte TRIPS metninde, Bern Anlaşmasının öngördüğü koruma eser türleri açısından genişletilmiş; bilgisayar programları edebi eser olarak, veri derlemeleri de fikri eser olarak korunmuştur: TRIPS md.10-bkz. **Mächtel /Uhrich /Förster**, s.740; **Dardağan,** s.42; **Pausa,** s.59.

WIPO fikri haklara ilişkin uluslararası korumanın uyumlaştırılmasında tek itici güç olarak işlev görmüşken, bu durum son yıllarda değişmiştir. Avrupa bünyesinde üye ülke normları arasındaki farklılıkların asgariye indirilmesi ve uyumlaştırma çabalarına bizzat Topluluk tarafından hız kazandırılmıştır. Halihazırda 27 ülke AB üyesidir[119] ve her ne kadar dünya çapında etkisi olmasa da, AB'nin bütünleştirme ve uyumlaştırma yönündeki çabaları hiç kuşkusuz azımsanamaz. Topluluk hukukunun üstünlüğü (supremacy) ilkesi uyarınca, üye ülkeler topluluk normlarını uygulamak ve ulusal düzenlemelerini de bu kurallara uyumlu hale getirmek durumundadırlar. Bundan dolayı, diğer tüm hukuk alanlarında olduğu gibi fikri hukuk alanında da, üye ülke normları arasındaki farklılıkların asgariye indirilmesi amacıyla, Topluluk düzeyinde bazı yasama çalışmaları yapılmaktadır. Bu amaçla, hem Topluluk düzeyinde hem de üye ülkelerde derhal ve doğrudan uygulama kabiliyeti bulunan tüzükler ile ilgili üye ülkeleri belli bir sonucu elde etmeyi sağlayacak nitelikte düzenleme yapmaya zorlayan yönergeler (direktif) çıkarılmaktadır.

Fikri haklar alanında uluslarüstü (supranational) nitelikteki ilk Topluluk düzenlemelerinin temeli, Topluluk komisyonunca 1988'de hazırlanan bir Fikri Haklar Tasarı metnine dayanır[120]. Komisyon hem teknolojik gelişmeler açısından, hem de Topluluğun diğer ülkelerle rekabeti ve üye ülkelerin Ortak Pazar içi rekabeti açısından bu alanda birtakım düzenlemeler yapılmasının zaruretine işaret ederek, üye ülkeler arasındaki norm ve uygulama farklılıklarını ortadan kaldırmak amacıyla söz konusu tasa-

---

[119] http://europa.eu/abc/european_countries/index_en.htm (5.02.2011). Topluluğa üyelik sürecindeki ülkelerin de Topluluk Müktesabatına uyum ilkesi çerçevesinde Topluluk iç hukuk düzenlemelerini kendi bünyesine-ulusal mevzuatlarına adapte etme yükümlülüğü altında olduğu düşünülürse, düzenlemelerin henüz üye olmayan ülkelerde de dolaylı şekilde uyumlaştırmaya hizmet ettiğini söylemek mümkündür; Türkiye'nin uyum mecburiyetine ilişkin ayrıntılı olarak bkz. **Yarayan,** A.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Avrupa Birliği Mevzuatına Uyumu, FMR 2006, Y:6 C:6 S:1, s.124 vd.

[120] "Gren Paper on Copyright", COM 88(172): **Ateş** (Haklar), s.52 dpn.95; "Grünbuch über Urheberrecht und die technologischen Herausforderungen-23.08.1988; **Pausa,** s.67.

rıyı hazırlamıştır. Bu girişim sonucu, süreç içerisinde fikri haklarla ilgili farklı direktifler çıkarılmıştır[121].

1. Koruma Süreleri Direktifi

Bu direktifler içerisinde, fotoğraf eserleriyle ilgili düzenlemelere yer vermesi dolayısıyla, çalışmamız açısından en önemlisi "Koruma Süreleri Direktifi"dir. Fotoğraflarla ilgili düzenlemeye geçmeden önce direktife kısaca değinmeyi uygun görüyoruz:

Uluslararası anlaşma metinlerine rağmen, anılan direktife kadar Avrupa Topluluğu bünyesinde fikir ve sanat eserlerine ilişkin müşterek bir koruma süresi mevcut değildi. Bu husus esasen uluslararası anlaşmalarda koruma sürelerine ilişkin olarak asgari nitelikte süre düzenlemeleri-

---

[121] 1991: *Bilgisayar Programları Direktifi* (91/250/EEC sayılı ve 14.05.1991 tarihli Bilgisayar Programlarının Hukuki Alanda Korunmasına dair Konsey Direktifi). Bu Direktif 2009/24 sayılı ve 23.04.2009 tarihli Direktif ile ilga edilmiştir.
1992: *Kiralama, Ödünç verme ve Bağlantılı Haklar Direktifi* (92/100/EEC sayılı ve 19.11.1992 tarihli Fikri Mülkiyet alanında Kiralama Hakkı, Ödünç verme Hakkı ve Telif Hakları ile Bağlantılı Haklara dair Konsey Direktifi). Bu Direktif 2006/115 sayılı ve 12.12.2006 tarihli Direktifle ilga edilmiştir.
1993: *Uydu Yayıncılığı ve Kablolu Yayınlar Direktifi* (93/83/EEC sayılı ve 27.09.1993 tarihli Uydu Yayınlarında ve Kablolu Yayınlarda Uygulanan Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Haklara ilişkin Kuralların Koordinasyonu Hakkında Konsey Direktifi).
1993: *Koruma Süreleri Direktifi* (93/98/EEC sayılı ve 29.10.1993 tarihli Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Hakların Koruma Sürelerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin Konsey Direktifi). *Çalışmamızla ilgili olarak yer vereceğimiz bu Direktif 2006/116 sayılı ve 12.12.2006 tarihli Direktifle ilga edilmiştir.
1996: *Veri Tabanları Direktifi* (96/9/EEC sayılı ve 11.03.1996 tarihli Veri Tabanlarının Hukuken Korunmasına İlişkin Konsey Direktifi).
2001: *Bilgi Toplumu Direktifi* (2001/29/EEC sayılı ve 22.05.2001 tarihli Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklara ilişkin Bazı Hususların Uyumlaştırılmasına İlişkin Konsey Direktifi).
2001: *Yeniden Satış Hakkında Direktif* (2001/84/EEC sayılı ve 27.09.2001 tarihli Özgün Bir Sanat Eserinin Yeniden Satışından Eser Sahibinin Yararlanması Hakkında Konsey Direktifi).
2004: *Uygulama Direktifi* (2004/48/AT sayılı ve 29.04.2004 tarihli Fikri Mülkiyet Haklarının Uygulanması Hakkındaki Konsey Direktifi).
Bu çalışmanın amacı Topluluk fikri hukukunu incelemek olmadığı için burada konu hakkındaki Topluluk mevzuatına ismen değinilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş,** M.: Avrupa Birliği'nde Fikri Haklara İlişkin Düzenlemeler ve Türkiye, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y:2005 S:4, s.1044 vd; **Yarayan,** s.121 vd.

ne gidilmesinden, böylelikle üye ülkelere asgari sınırın üzerinde koruma süresi tanıma yetkisinin açık bırakılmasından ileri gelmiştir. Bazı ülkeler de bu imkandan yararlanarak mevzuatlarında daha uzun koruma süreleri öngörmeyi tercih ettiği için, fikri haklara ilişkin koruma sürelerinde ciddi ülkesel farklılıklar ortaya çıkmıştır.

29.10.1993 tarih ve 93/98 sayılı Direktif fikri hak ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarına ilişkin koruma sürelerini Topluluk düzeyinde yeknesak hale getirmek üzere kabul edilmiştir ve bu Direktif daha sonra 2006/116 sayılı Direktifle ilga edilmiştir[122]. Bilindiği üzere, Bern Anlaşması eser sahipleri için yaşam süreleri boyunca ve ölümlerinden sonra 50 yıllık bir koruma süresi öngörmüştür. Direktif ise, ilim-edebiyat ve güzel sanat eseri sahibinin eserleri üzerindeki haklarının yaşamı boyunca ve ölümünden sonra da 70 yıl[123] süreyle korunmasını öngörmek suretiyle Bern Anlaşması'ndaki 50 yıllık koruma süresini Topluluk üyesi ülkeler bakımından uzatmış olmaktadır (md.1)[124].

---

[122] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:372:0012:0018:-DE:PDF, 2006/116 sayılı Direktifin Almanca metnidir (05.02.2011). Koruma süreleri ve fotoğraf eserleriyle ilgili düzenlemelerde değişiklik olmamakla beraber, incelememizde 2006/116 sayılı yeni Direktif esas alınacak, ancak gerektikçe 93/98 sayılı ilk Direktifte yer alan ve farklılık içeren hususlara da yer verilecektir.

[123] "70 yıl pma." koruma süresinin belirlenmesinde üye ülke mevzuatlarında o zamana kadar getirilmiş en yüksek koruma süresi esas alınmıştır (Almanya). Böylelikle bir yandan Bern Anlaşmasında öngörülenden daha kapsamlı bir koruma süresi getirmek, diğer yandan üye ülkelerde o zamana kadar düzenlenen en yüksek süre sınırı üzerinden uyumlaştırmaya gidilerek standartlaşmanın olabildiğince hızlı sağlanması amaçlanmıştır. 70 yıl pma. üzerinden uyumlaştırmanın diğer bir gerekçesi ise ortalama yaşam süresinin yükselmiş olmasıdır. Bu husus Direktif Gerekçesinin 6.maddesinde ifade edilmiş; zamanında, RBÜ'de eser sahibinin ölümünü müteakip işleyecek 50 yıllık sürenin, eser sahibinin ve onun ilk iki kuşaktan oluşan fürunun menfaatlerini korumaya yönelik düzenlenmiş olduğunu, ancak ortalama yaşam süresinin yükselmesiyle bu sürenin değinilen koruma için artık yetersiz kaldığı belirtilmiştir: 2006/116 sayılı Koruma Süreleri Direktifi Gerekçe 6.md; **Von Lewinski,** S.: Der EG-Richtlinienvorschlag zur Harmonisierung der Schutzdauer im Urheber- und Leistungsschutzrecht, GRURInt 1992, s.724-733; son gerekçenin eleştirisi için bkz. **Pausa,** s.72, dpn.358; **Dietz,** A.: Die Schutzdauer-Richtlinie der EU, GRUR Int 1995, s.671. Ayrıca bkz. **Öztan,** s.409, dpn.11.

[124] Direktifin 2.maddesi bu süreyi müzik eseri sahipleri ile sinematografik eserlerde yönetmen ve senaryo yazarı bakımından 70 yıl olarak düzenlerken; md.3 icracı sanatçılar, film yapımcıları ve yayın kuruluşlarının bağlantılı hakları yönünden icranın ve yapımın tespitinden, yayının ise yapıldığı tarihten başlamak üzere 50 yıllık koruma süreleri öngörmüştür. Direktifin 7.maddesinde ise üçüncü ülkeler bakımından

Fotoğraf eserleriyle ilgili düzenleme Direktifin 6.maddesinde "Fotoğrafların Korunması" madde başlığı altında yer almaktadır. Burada öncelikle fotoğraf eserlerinin Direktifin 1.maddesinde düzenlenmiş olan 70 yıllık koruma süresi çerçevesinde korunacağı ifade edilmiştir. Buna göre diğer eser türlerinde olduğu gibi, fotoğraf eserlerinde eser sahibinin fikri hakları[125] eser sahibi yaşadığı sürece ve ölümünden itibaren 70 yıl süreyle korunacaktır. Böylelikle Bern Anlaşmasında fotoğraf eserlerine ilişkin ayrı bir düzenlemede öngörülen ve asgari niteliğinden ötürü farklı ülkesel uygulamaları beraberinde getiren 25 yıllık koruma süresi Topluluk bünyesinde uzatılmış ve müşterek hale getirilmiş olmaktadır.

Fikir ve sanat eserlerinin korunmasında esas alınan genel koruma süresinin -tarihsel süreçte gözlendiği şekilde artık bir ayrım getirmeksizin- isabetli olarak fotoğraf eserlerine de uygulanması fotoğrafın korunmasında önemli bir adım teşkil etmektedir. Bununla birlikte, Koruma Süreleri Direktifi fotoğraflarla ilgili hükümde sadece koruma sürelerine dair bir düzenleme getirmekle kalmamış[126]; 6.maddede Direktif kapsa-

---

koruma sürelerinin uygulanması karşılıklılık (mütekabiliyet) esasına dayandırılmaktadır.

[125] İleride değineceğimiz gibi, Türk Hukukunda, fikri haklara ilişkin olarak eser sahibine tanınan haklar mali ve manevi haklar ayrımına tabi tutulmuştur. Koruma süreleri mali haklar için kabul edilirken, eser sahipliğinden doğan manevi haklarda koruma süresi yoktur.

[126] Direktifte salt tabi tutulacak koruma süresinin belirlenmiş olması ile, süreyle bağlantılı olarak esere ilişkin diğer maddi hukuk sorunları doğrudan çözüme kavuşmuş olmamaktadır ki, bu husus fotoğraf eserlerinde daha belirgin olarak kendisini göstermektedir. Zira fotoğrafların fikri hukuk alanında korunmasıyla ilgili sorunların uzun dönem ihmal edilmesi farklı koruma usullerinin ve sürelerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bazı ülkeler tüm fotoğraf ürünlerini fikri hukuk korumasına alırken; diğer bazı ülkeler eser korumasından ve eser sahibine tanınan haklardan yararlandırmak için, fotoğrafın eser olma niteliğine ilişkin katı ölçütler belirlemektedir. Yine fotoğraflara, sadece emeğin korunması amacı gözetilerek dolaylı bir koruma getiren ülkeler de bulunmaktadır. Sadece fotoğraf eserlerine ilişkin koruma sürelerinin uyumlaştırılması, arka plandaki bu uygulama farklılıkları yani eser olarak değerlendirilerek korunacak fotoğrafların ülkeden ülkeye farklılık gösterebileceği göz önüne alınırsa, tek başına sorunları çözümlemede yetersiz kalacaktır. Ancak eser olma vasfından bağımsız olarak tüm fotoğraflar için genel koruma süresinin uygulanmasına ilişkin düşünceler kabul görmemiştir. En sonunda eser niteliğindeki fotoğraflara ilişkin bir çerçevenin belirlenmesi yegane çözüm yolu olarak öngörülmüştür: **Dietz,** s.677; ay-

mında korunacak fotoğraflarda aranacak "özgünlük/orijinallik[127]" ölçütünün de çerçevesini belirlemeye çalışmıştır. Buna göre, fotoğraflar eser sahibinin bireysel fikri yaratıcılığının ürünü olarak değerlendirilebiliyor ise, eser olarak korunacaktır. Maddede eser olarak korunabilirlik açısından başka ölçütlerin dikkate alınmaması gerektiği açıkça ifade edilmiştir[128]. Direktif Gerekçesi 16.maddede de, bir fotoğraf eserinin Bern Birliği Anlaşması anlamında orijinal/özgün sayılabilmesi için, "bireysel fikri/entellektüel yaratma" olmasının yanında bu yaratmanın "eser sahibinin hususiyeti"ni[129] taşıması gerektiği de özellikle ifade edilmiştir. Yine korunabilirlikte eserin iktisadi değerlendirmeye elverişliliği[130] ve amaç gibi başkaca ölçütlerin göz önünde tutulmaması gerektiğine burada da örneklendirme suretiyle vurgu yapılmıştır.

---

rıca bkz. 2006/116 sayılı Direktif Gerekçe md.16 ve yine 93/98 sayılı Direktif Gerekçe md.17; **von Lewinski,** s.724-733.

[127] Özgünlük (orijinallik) ölçütüne ilişkin Avrupa Topluluğu Direktiflerinde yeknesak bir tanımlamaya yer verilmemiştir. Bu ölçüte fotoğraflarla ilgili olarak değinen tek direktif Koruma Süreleri Direktifi olmakla birlikte, Bilgisayar Programları ve Veritabanları Direktifi de ölçüte "bireysel fikri yaratma" olgusuna yer vererek işaret etmektedirler. Bu Direktiflerde Koruma Süreleri Direktifinden farklı olarak "eser sahibinin hususiyeti" ifadesine yer verilmemesi, Direktiflerin düzenledikleri konu gereği, bilgisayar programlarının ve veritabanlarının daha ziyade fonksiyonel amaçlara hizmet ettiği düşüncesiyle açıklanabilir.

[128] **Ginsburg,** s.101.

[129] Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda da öngörülen eserin esasına ilişkin bu temel ölçüt, diğer ülkelerin fikri hakların korunmasıyla ilgili düzenlemeleri ve bu alandaki uluslararası anlaşma metinlerinde de benzer ifade biçimleriyle yer almaktadır. Ancak kimi hukuk sistemlerinde bu niteliğe, bizim Kanunumuzda ve Direktif metninde de yer verildiği gibi "eser sahibinin hususiyeti", kimi hukuk sistemlerinde de "eserin orijinalliği" denilmektedir: Bkz. **Ateş** (Haklar), s.57-58; İngiltere hukuku ve yargı uygulamasının ise ilk bakışta "eser sahibinin hususiyetinin esere yansıması" olgusunu fotoğraf eserlerinde özgünlük/orijinallik ölçütü olarak ele almaktan uzak olduğu ifade edilmektedir: **Michalos,** Rdn.3-064, s.133-134.

[130] Fikir ve Sanat eserlerinde, sınai haklarda olduğu gibi iktisadi elverişliliş şartı aranamaz; zira her eser mutlaka iktisadi bir amaçla meydana getirilmez. Fikri haklar sadece iktisadi/mali menfaatleri değil, eser sahibinin manevi/şahsi menfaatlerini de korurlar. Kaldı ki, hukuk düzeni iktisadi açıdan yararlanmaya elverişli olmayan eserleri dahi korumakta ve eser niteliği, fikri ürünün ticarete konmasından hatta kamuya sunulmasından önce, sırf yaratma olgusu ile kazanılabilmektedir: **Arslanlı,** s.4; **Erel,** s.52.

Direktifte eser olma koşullarını taşımayan alelade fotoğraflara[131] ilişkin olarak ise; 6.maddede ve Gerekçenin 16.maddesinde paralel şekilde, bu fotoğrafların korunmasına ilişkin düzenlemenin[132] üye devlet mevzuatlarına bırakıldığı, yani koruma açısından üye devletlere serbesti tanındığı[133] belirtilmektedir. Eser sahibinin hususiyetini taşımayan ve özgünlük içermeyen fotoğraflarda, üye ülkelerin bağlantılı haklara ilişkin koruma tanıdığı hallerde ise, koruma süresinin nasıl tesbit edileceği hakkında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Hakim görüş[134], bu fotoğraflara ilişkin koruma süresinin tesbitinin de üye ülkelere bırakıldığını ileri sürmekte iken; diğer görüş, alelade fotoğraflara ilişkin olarak fotoğrafçılara bağlantılı hak sahipliği tanıyan ülkelerde, Direktifte bağlantılı haklara ilişkin koruma süresi olan 50 yılın uygulanması gerektiğini savunmuştur.

2. Yeniden Satış Hakkında Direktif

Fotoğraf eserleri açısından değinmek istediğimiz bir diğer direktif ise "Yeniden Satış Hakkında Direktif"tir. Bu direktif eser sahibinin pay ve takip hakkına ilişkin düzenleme öngörmektedir. Pay ve takip hakkı, bir güzel sanat eserinin eser sahibi tarafından satıldıktan sonra büyük değer kazanması ve yüksek meblağlar üzerinden tekrar satılması halinde, eser sahibine veya ölmüşse mirasçılarına eserde meydana gelen değer

---

[131] Direktifte, konuya ilişkin literatürde yer verilen fotoğraf eseri- fotoğraf (photographic work-photograph/ Lichtbildwerk-Lichtbild) gibi terminolojik bir ayrıma gidilmeksizin "fotoğraflar" ve "diğer fotoğraflar" şeklinde bir kullanım yer almış ise de, fotoğrafın ne zaman eser niteliğinde olacağına ilişkin değinilen özgünlük/orijinallik ölçütünden ötürü, bu ifadelerin kullanımının, fotoğrafların niteliğine ilişkin ayrım konusunda bir belirsizlik yaratmadığı söylenebilir.

[132] Başlangıçta tüm fotoğrafların eser niteliğine bağlı olmaksızın ve Direktifte kabul edilen koruma süresi çerçevesinde korunması düşünülmüş, hatta Direktif taslaklarında da yer alan bu husus daha sonra geniş bir çevrede kabul görmediğinden Direktif metninde yer almamış; bunun yerine eserde özgünlük/orijinallik ölçütüne ilişkin çerçeve bir tanımlamaya yer verilmiştir: **Dietz,** s. 677.

[133] Alelade yani eser olma koşullarını taşımayan fotoğraflar açısından Direktifte tamamlayıcı bir korumanın öngörülmemiş olması, bunun yerine konuya ilişkin üye devletlere düzenleme serbestisi tanınmış olmasının ülkesel farklılıklara yol açacağından hareketle uygun olmadığı; bunun yerine Direktifte somut şekilde bağlantılı haklara ilişkin bir koruma getirilseydi daha yerinde olacağı yönünde: **Pausa,** s.87.

[134] **Loewenheim,** § 54 Rdn.29, s.873.

artışından hakkaniyet gereği bir pay verilmesine ilişkin hak olarak tanımlanabilir[135].

Pay ve takip hakkı güzel sanat eseri sahiplerinin diğer eser sahipleriyle karşılaştırıldığında ekonomik açıdan dezavantajlı durumda kalabildiği düşüncesine dayanmaktadır. Yazarlar ve müzisyenler kitap ve CD albüm satışları vesilesiyle sürekli şekilde eserlerine dayalı kazanç elde etmekte ve buna bağlı olarak artan şöhretlerinden istifade etmekte iken; güzel sanat eseri sahiplerinin eserlerinden kazanç elde etme olanağı esasen eserin ilk satışında söz konusu olmaktadır[136]. Ancak özellikle güzel sanatlarda şöhret ve eserin değerinin artması çoğunlukla yıllar sonra gerçekleşmekte[137] ve bu değer artışının eser sahibinden ziyade eserin halihazırdaki malikine yararı dokunmaktadır. Zira bir eserin gerçek değeri genellikle ilk yapılan devirlerde değil, değer kazanmaya bağlı olarak çoğunlukla sonraki devirlerde ortaya çıkmaktadır.

Güzel sanat eserleri açısından sıkça gerçekleşebilen bu durumu güzel sanat eseri sahibi lehine dengeleyebilmek için, ilk devirden sonra gerçekleşen devirlerde[138] eser sahibine satış bedeli üzerinden bir pay verilmesini öngören bir hak tanınması gündeme getirilmiştir. Bu hak ilk defa Fransa'da 1920'de çıkarılan bir kanunla kabul edilmiş, Almanya'da 1965 tarihli Telif Hakları Kanununda yer alarak 1972'de yeniden düzenlenmiştir[139].

Pay ve takip hakkı Avrupa Birliğine dahil bütün ülkelerce kabul edilmiş değildir. Kabul edilen İtalya, Lüksemburg ve Portekiz gibi ülkelerde yasal düzenlemeye rağmen uygulaması yoktur. Özellikle İngiltere'de pay ve takip hakkının yasal düzenlemeye kavuşturulması halinde,

---

[135] **Erel,** s.187; **Erdil,** E.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Eser Sahibinin Pay ve Takip Hakkı, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 2009, S:17 s.65.

[136] **Katzenberger,** P.: Die europäische Richtlinie über das Folgerecht, GRUR Int 2004, s.23.

[137] Bazı büyük sanatçıların eserlerinin yaşamlarının sonuna doğru ya da ölümlerinden sonra değerlenmesi ve akıl almaz fiyatlara satılması çok sık görülen bir durumdur: **Ayiter,** s.138.

[138] Bizzat eser sahibi tarafından gerçekleştirilen ilk satımda, hakkın temelinde yatan anlayış ve işin niteliği gereği pay ve takip hakkı uygulama bulmayacaktır.

[139] **Arslanlı,** s.113; **Erdil,** s.66.

Londra'nın müzayedeler şehri olma cazibesini yitireceği ve ağırlığın New York ve İsviçre'ye kayacağından korkulmaktayken[140], İsviçre'de bu hak artık yasal korumaya kavuşturulmuştur[141].

Avrupa Topluluğu gerek bu hakkı yasal olarak düzenleyen ülkelerde uyumlaştırmayı sağlamak gerekse henüz kabul edilmediği ülkeleri hakkın gerekliliğine ikna etmek amacıyla 2001 yılında "Özgün Bir Sanat Eserinin Yeniden Satışından Eser Sahibinin Yararlanması Hakkında Konsey Direktifi"ni[142] çıkarmıştır. Direktifin 2.maddesinde pay ve takip hakkının kullanılabileceği "güzel sanat eserleriyle" ilgili düzenleme getirilmiştir. Buna göre, direktif kapsamında resimler, kolajlar, çizimler, gravürler, baskılar, litografya, heykeller, el işleri, keramikler, fotoğraf eserleri gibi eser sahibi tarafından bizzat yaratılan güzel sanat eserleri ya da eser sahibinin kendisinin sınırlı sayıda meydana getirdiği[143] veya eser sahibinin kontrolünde ve izniyle meydana getirilmiş ve eser sahibi tarafından imzalanmış veya başka bir şekilde işaretlenmiş olmaları nedeniyle özgün eser olarak kabul edilen kopyaları pay ve takip hakkının konusu olacaktır. Görüldüğü gibi, pay ve takip hakkının kullanılabileceği güzel sanat eserleri örnekleyici şekilde sayılmakla birlikte, fotoğraf eserlerine açıkça madde kapsamında yer verilmiştir.

Fotoğraf eserleri açısından pay ve takip hakkının uygulanabilmesine yasal olarak imkân sağlanmış olmakla birlikte, Direktifin 3.maddesinin 2.fıkrasında -gerçekleştirilecek devirlerdeki satım bedelinin asgari 3000 euro olması koşuluna ilişkin düzenlemeyle- getirilen asgari sınır uygulamada bazı eser türleri açısından sorun teşkil edebilir ki, fo-

---

[140] **Katzenberger,** s.22-23.

[141] **Erdil,** s.66; bkz. **Öztan,** s.394 dpn.452-453'de anılan yazarlar.

[142] Yeniden Satış Hakkında Direktif (2001/84/EEC sayılı ve 27.09.2001 tarihli Özgün Bir Sanat Eserinin Yeniden Satışından Eser Sahibinin Yararlanması Hakkında Konsey Direktifi). Direktifin Almanca metni için bkz.http://www.urheberrecht.justlaw.de/-rechtsvorschriften-eu/2001-84-eg.htm (5.02.2011). Pay ve takip hakkına çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde FSEK md.45 çerçevesinde tekrar değineceğimizden, burada ayrıntıya girmeden, esas olarak Direktif düzenlemelerini fotoğraf eserleri yönünden ele almayı uygun görüyoruz.

[143] Düzenlemede öngörülen sınırlı sayıda meydana getirilmeye ilişkin açık ve azami bir sınır ifade edilmemiştir: **Katzenberger,** s.24.

toğraf eserleri de bunlardan biridir. Fotoğraf eserlerinin ancak bir bölümü Direktifte öngörülen asgari sınırın üstünde bir satım bedeli ile alıcı bulabilecektir. Dolayısıyla getirilen bu asgari sınır nedeniyle fotoğraf eserleriyle ilgili olarak eser sahiplerinin uygulamada pay ve takip hakkından fiilen mahrum kalması söz konusu olabilecektir[144]. Kanımızca Direktifte ortaya çıkan bu sonuç amaçlanmamıştır; aksi halde Direktifin 2.maddesinde bu hakkın uygulama bulacağı eser türleri arasında açıkça fotoğraf eserlerine yer verilmezdi. Bu nedenle her ne kadar fotoğraf eserlerinin değer görmesine dair bilinç Avrupa'da daha yaygın ve fotoğraf eserleri müzayedelerde her geçen gün daha yüksek fiyata alıcı bulmakta ise de, devirlerdeki satış bedeline ilişkin asgari sınırın fotoğraf eserleri açısından -günümüz koşullarında- kısmen yüksek belirlenmiş olduğunu söylemek mümkündür.

III- FOTOĞRAFIN TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE KORUNMASI

Türk hukuk sisteminde fotoğraf eserleri ile alelade fotoğrafların korunması ve fotoğraf üzerindeki kişilik haklarının korunması konusunu ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak ele alacak olmakla birlikte, burada genel bir fikir vermek açısından ilgili yasal düzenleme ve değişiklikler ile yasa koyucunun fotoğrafları ele alış biçimine değinmenin uygun olacağını düşünüyoruz.

A. Korumanın Tarihçesi

Fotoğraf eserlerinin yasa koyucu tarafından hukuken koruma altına alınması 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile gerçekleşmiştir. FSEK'in 1.01.1952 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce, 1910 yılında çıkarılmış ve ikinci meşrutiyet döneminde fikri haklarla ilgili ilk esaslı kanun olan[145] "Hakkı Telif Kanunu" yürürlükte idi. Kanun, Osmanlı İmparatorluğu'nun o dönemdeki ihtiyaçlarına büyük ölçüde cevap vermekle

---

[144] Aynı yönde **Katzenberger,** s.23.

[145] Türk hukukunda fikri haklar alanındaki ilk yazılı hukuk kaynağı olan 1857 Hakkı Telif Nizamnamesine ilişkin olarak ise bkz. **Kılıçoğlu,** s.31-32; **Öztan,** s.58. Ülkemizde fikri hakların tarihçesi ve gelişimine dair bilgi için bkz. **Oğuz,** s.4 vd.

birlikte, aynı dönemde yürürlükte bulunan ve İmparatorluğun katılmadığı 1886 tarihli Bern Anlaşmasına ve Batı aleminde artık yerleşmiş bulunan fikri hukuk esaslarına aykırı hükümler taşımaktaydı[146].

Anılan Kanun fikir eserleri üzerindeki hakları "hakkı temellük" olarak tanımlamakta ve çeşitli fikir ürünlerini objektif ve bilimsel bir tasnife dayanmaksızın sınırlayıcı biçimde saymaktaydı. Kanunda yer alan "fikir ve kalem eserleri" tabiri ile de her tür kitaplar, telif eserler, resimler ve çizgiler, heykeller, planlar, haritalar, teknik resimler, müzik beste ve notaları[147] ifade olunmaktaydı[148]. Hakkı Telif Kanunu'nda tekniğin gelişmesiyle ortaya çıkan fotoğraf eserlerinin korunması, bunun yanında sinema eserleri ve radyo yayınları ile ilgili hükümler yer almamıştır.

Yasa koyucu fotoğraf eserlerine ilişkin düzenleme getirmemekle birlikte, Hakkı Telif Kanunu'nun 29.maddesinde bazı eserlerin fotoğraf ile tesbit edilmesi halinde taklidin söz konusu olacağını ifade etmiştir. Yani bu Kanun bağlamında fotoğrafın sadece bir "çoğaltma aracı" olarak ele alındığını söylemek mümkündür[149]. Bir başka deyişle, fotoğrafın dış dünyadaki bir durumu tesbit eden alelade bir kopya olması itibarıyla eser sahibinin hususiyetini, fikri hak korumasını haiz bir fikir ürünü olmadığı sonucu çıkarılabilir[150]. Doktrinde Hakkı Telif Kanunu koruması kapsamında yer verilen resimler, planlar, haritalar ve benzer fikri eserler, eser sahibinin rızası olmaksızın fotoğraf aracılığı ile (fotoğraflanarak) tesbit

---

[146] **Erel,** s.47; **Öztan,** s.59.

[147] **Hirsch,** E.: Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948, s.148.

[148] O dönemde bütün bu eserler üzerinde bir haktan söz edilebilmesi için "tescil" mecburiyeti mevcuttu ki, bu mecburiyet Bern Anlaşmasının temel esaslarından belki de en önemlisiyle bağdaşmıyordu. Osmanlı İmparatorluğu Bern Anlaşmasına katılmadığı için, o dönemde böyle bir düzenlemenin yapılmasında herhangi bir engel görülmemiştir: **Öztan,** s.59. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bu mecburiyet tamamen kalkmıştır.

[149] Kanunun 29.maddesinde "...harita ve resim levhaları ve her nevi hututu "fotoğraf" veya sair vesait ile istinsah eylemek" fiiline kendisine hukuksal sonuçlar bağlanan bir taklit olarak bakıldığı ifade edilmektedir: **Hirsch,** s.152; "Bu Kanuna göre fotoğraf sadece bir teksir vasıtasıdır. Halbuki Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bedii vasfı haiz olan fotografiler müstakil bir sanat eseri olarak himaye görür ve hak sahibinin fotografi üzerinde sair sanat eserlerinde olduğu gibi telif hakkı vardır": **Arslanlı,** s.24.

[150] **Hirsch,** s.152; **Hirsch,** E.: Hukuki Bakımdan Fikri Say, İstanbul 1943, s.23.

edilip nakledilmiyor ise, bunun özgün eser üzerindeki telif hakkının ihlali olacağı; eser niteliğinde olmayan fikri ürünler fotoğrafla tesbit edilip nakledilmiyor ise, ancak haksız rekabet çerçevesinde bir korumanın söz konusu olabileceği belirtilmiştir[151].

Bern Anlaşmasına taraf olunmasından önceki yıllarda, birçok hükmü eskimiş olan ve dolayısıyla da ihtiyaçlara cevap vermekten uzaklaşan Hakkı Telif Kanunu'nun yerine modern bir kanun için çalışmalar yürütülmekteydi. Günün şartlarına uyan bir kanun hazırlamakla görevlendirilen *Prof.Dr.Ernst Hirsch* tarafından hazırlanan ve ana hatları bakımından bugünkü Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun temelini teşkil eden proje 5.12.1951 tarihinde kanunlaşmış; 1.01.1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun hazırlanmasında temel alınan konular eser sahibinin haklarının korunması, kamunun eserden yararlanmasının sağlanması, etkin ve uygulama kabiliyeti olan müeyyidelerin konması ve Kanunun Bern Anlaşması hükümlerine uygun olması olarak özetlenebilir[152].

Yeni Kanuna ilişkin hazırlanan Öntasarıda Hakkı Telif Kanunu'ndaki anlayışın terk edildiği; fotoğraf eserlerinin artık fikir ve sanat eseri olarak ele alınmasına yönelik düzenlemeler öngörüldüğü görülmektedir[153]. Buna göre, Öntasarıdaki ifade biçimiyle, estetik niteliği haiz olan fotoğraf eserleri "artistik" eser; bu nitelikten yoksun her nevi ilmi ve teknik nitelikte fotoğraf eserleri ise "ilmi ve edebi eser" sıfatıyla korunacaktır. Estetik veya ilmi ve teknik niteliği haiz olmayan fotoğraflar fikir ve sanat eserleri kapsamında korunamazken; haksız rekabeti önlemek ve diğer bir açıdan kişiliği korumak amaçları gözetilerek, Öntasarıda eser niteliğini haiz olmayan fotoğraflar hakkında da hükümlere yer verilmiştir[154].

---

[151] **Hirsch,** s.153; **Hirsch** (Fikri Say), s.48-49.

[152] **Hirsch,** (Fikri Say), s.2; **Öztan,** s.60.

[153] Öntasarının yanısıra, Avrupa'nın en güncel kanunlarını da incelemek suretiyle oluşturulan ve Yeni Kanuna ilişkin hazırlık çalışmalarından biri olan Birinci Türk Neşriyat Kongresinin teklifinde de -Alman FSEK'deki ifadeye benzer şekilde- korunacak eser türleri arasında her nevi fotoğraf ve benzer usulle tesbit edilmiş resimlere yer verildiği görülmektedir: **Hirsch,** (Fikri Say), s.8-9 ve s.49.

[154] **Hirsch,** (Fikri Say), s.49.

Öntasarıda öngörülen değindiğimiz bu düzenlemelere[155] 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda aynen yer verilmiştir. FSEK 1/B(a) maddesiyle eser niteliğinin tesbitinde sahibinin hususiyetini taşımaktan başka, fikri ürünün kanunda dört kategori halinde belirtilen eser formlarından biriyle ifade edilmiş olmasını da şart koşmaktadır. Kanunda gösterilen eser kategorileri "İlim ve Edebiyat Eserleri" (md.2), "Musiki Eserleri" (md.3), "Güzel Sanat Eserleri" (md.4) ve "Sinema Eserleri" (md.5)'dir[156]. Fotoğraf eserleri, ilim ve edebiyat eserlerinin sayıldığı 2.maddenin 3.bendinde[157] "Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleri" ifadesiyle; güzel sanat eserlerinin sayıldığı 4.maddenin 5.bendinde "fotografik eserler ve slaytlar" ifadesiyle yer almak suretiyle koruma kapsamına alınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, Öntasarıda ve FSEK'in kanun değişiklikleri öncesi ilk metninde, 4.maddenin 5.bendinde sadece fotografik eserlere yer verilmiştir[158]. "Slaytlar" ibaresi 7.06.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle[159] bende dahil edilmiş; böylelikle fotoğraf slaytlarının yahut bunlar-

---

[155] Öntasarıda "ilmi ve edebi eser" olarak korunan fotoğraf eserleri 2.maddede, "artistik eser" olarak korunan fotoğraf eserleri 4.maddede; eser niteliğinde olmayan fotoğrafların haksız rekabet kuralları çerçevesine korunması konusu 130.maddede ve bu hukuksal durumlardan farklı olarak tasvir edilen kişinin resmi/fotoğrafı üzerindeki kişilik haklarının korunması konusu 132.maddede ele alınmıştır: **Hirsch,** (Fikri Say), s 9, 24 ve s.29.

[156] Bu ana eser kategorileri kanun tarafından sınırlandırılmıştır. Böylece bir fikir ve sanat ürününü bu kategorilerden birine sokmak mümkün değilse, onu kanuna göre eser saymak ve korumak da mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, kanunun her kategori içerisinde ayrıca belirttiği eser türleri sadece örnek niteliğinde sayılmıştır ve o kategorinin ayırıcı niteliklerini taşıyan yeni bir eser türünün bunlara ilavesi her daim mümkündür: **Arslanlı,** s.11-12; **Ayiter,** s.42; **Erel,** s.55; **Öztrak,** İ.: Fikir ve Sanat Üzerlerindeki Haklar, Ankara 1971, s.15.

[157] "Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya e topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarın ve projeleri."

[158] **Hirsch,** (Fikri Say), s.10.

[159] 4110 sayılı Kanun anılan maddenin 2.fıkrasında getirdiği değişiklikle ise, bazı güzel sanat eserlerinin endüstriyel model ve resim olarak kullanılmasının bunların fikir ve sanat eseri olma niteliğini değiştirmeyeceğini ifade etmiştir. Böylelikle endüstriyel model ve resim olarak kullanımın, kullanılan güzel sanat eserinin 5846 sayılı Kanu-

la aynı şey olan projeksiyon diyapozitiflerinin de güzel sanat eseri sayılacağı belirtilmiş olmaktadır[160].

Fotoğraf eserleriyle ilgili olarak tarihsel süreçte gerçekleşen bir diğer değişiklik koruma süreleriyle ilgilidir. 5846 sayılı FSEK'in 27. maddesinde, bütün eserler için geçerli olan koruma sürelerine ilişkin genel bir hüküm getirilmekte; ancak 28.maddesinde Türkçeye tercüme hususunda koruma süresini özel olarak 10 yıllık süreye bağlamakta[161]; 29.maddede ise "el işleri, küçük sanat eserleri, fotoğraf ve sinema eserlerinde süre" kenar başlığı altında bu eserler için yine özel bir hükümle 20 yıllık bir süre öngörülmekteydi[162].

AT Koruma Süreleri Direktifi ile uyumlu şekilde, 4110 sayılı Kanun ile 27,28 ve 29.maddelerde yer alan tüm eserler için koruma süresi 70 yıl olarak değiştirilmesine rağmen bu maddeler gereksiz şekilde korunmuştur. 2001'de 4630 sayılı Kanun ile bu gereksiz ayrım kaldırılmış; koruma süreleri için genel hüküm olan 27.madde korunmuş, gereksiz hale gelen 28 ve 29.maddeler ise yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle fotoğraf eserleri için de, diğer eserlerde olduğu gibi, eser sahibinin yaşamı boyunca ve ölümünden 70 yıl sonrasına kadar devam edecek bir koruma süresi esas alınmış olmaktadır.

---

na dayanan korumadan yararlanmasına engel teşkil etmeyeceği vurgulanmıştır: **Kılıçoğlu,** s.40.

[160] FSEK md.5/3 hükmü "bedii mahiyetteki projeksiyon diyapozitiflerini" de sinema eseri saymakta iken, 21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu, bu ibare kaldırılarak, sinema eserinin özellik ölçütü olarak "birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi..." denilmek suretiyle, ortaya çıkan karışıklık giderilmiş ve slayt yahut diyapozitiflerin sinema eseri sayılabilmesine engel olunmuştur. Kanun değişikliğinden önce, projeksiyon diyapozitiflerinin daha ziyade fotoğraf eserlerine benzediği yönünde **Arslanlı,** s.28. Ayrıca bkz.yuk.dpn.64.

[161] İlgili hüküm ve gerekçesi için bkz. **Hirsch,** (Fikri Say), s.199 vd.

[162] Doktrinde *Kılıçoğlu* çoğu Avrupa ülkesinde bizdeki 29.maddede olduğu gibi kısa koruma sürelerine yer verilmediğini ifade etmiş; bu tür eserler için de genel koruma süresinin kabul edilmesinin yerinde olacağını, bu yönde değişiklik öngören o dönemki kanun tasarısının isabetli olduğunu belirtmiştir: **Kılıçoğlu,** A.: Fikri Haklara İlişkin Bazı Sorunlar ve Yasa Tasarısının Eleştirisi, TBBD 1994, S.3, s.331-332.

B. Eser Niteliğindeki Fotoğraflar (Fotoğraf Eserleri)

1. İlim ve Edebiyat Eseri Olarak Fotoğraf (FSEK md.2/3)

FSEK'in 2.maddesinde, eser kategorilerinden ilki "İlim ve Edebiyat Eserleri" adı altında ve üç bend halinde belirtilmiştir. Ancak bu kategori, başlığının sözlük anlamını aşacak şekilde geniş tutulmuştur. Öyle ki, günlük lisanda edebi veya bilimsel eser olarak adlandırılamayacak raks, pandomima ve sahne eserleri de bu kategoriye dahil edilmiştir. Ayrıca bu üç bentte yer alan eserlerin aynı ana kategoriye sokulmalarını açıklayacak bir ortak özellikleri de yoktur. Bu üç bendi "dil ve yazı ile ifade olunan eserler, bilgisayar programları ve bunların hazırlık tasarımları", "sözsüz sahne eserleri" ve "estetik niteliği bulunmayan bilimsel ve teknik nitelikteki resim, fotoğraf, plan, proje, maket vb." olarak sıralayabiliriz.

Fotoğraf eserlerini de kapsayan ("bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleri") maddenin 3.bendinde yer alan eserlerin[163] amacı belirli bir bilimsel veya teknik konuyu yüzey ya da

---

[163] Yasa koyucu konuyu 1901 tarihli Alman Telif Hakkı Kanunu'ndan esinlenerek düzenlemiştir, **Arslanlı,** s.19.
FSEK md.2/3: " Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri".
Son kısımda 4110 sayılı Kanunla dahil edilen her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri ile endüstri, çevre ve sahne tasarım projeleri gereksiz bir ekleme oluşturmuştur; zira maddenin ilk metnindeki ifade, niteliği ne olursa olsun bütün plan ve projeleri kapsayacak şekilde ele alınmıştır.
Kanunda dört ana eser kategorisi dışında, alt kategorilerde sayılan eser türleri sadece örnek kabilindendir; değişen ihtiyaçlara göre içtihat ve kıyas yoluyla bunlara her zaman yenilerinin eklenmesi mümkündür. Hukuksal koruma sağlayabilmek için her çeşit eserin kanunda ismen zikredilmesine gerek yoktur. Aksi durum, alt kategorilere eklenen her yeni fikir ürünü ile kanunun düzenleme tarzından uzaklaşmaya yol açmakta ve saymanın sınırlayıcı olduğu düşüncesi yaratabilmektedir. Eser türlerinin hepsini sayarak tüketmek mümkün olamayacağı için de, Kanunda zikredilmemiş bir eser için onu eser saymama ve koruma dışı bırakma riski ortaya çıkmaktadır: **Erel,** s.62. Nitekim gerek Bern Anlaşmasında gerekse Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da aynı anlayışın hakim olduğu görülmektedir.

cisim halinde canlandırarak öğretmek ya da açıklamaktır[164]. Kanundaki "teknik ve ilmi muhteva" terimi doktrinde "öğretici, açıklayıcı ve uygulamayı sağlayıcı içerik" olarak yorumlanmıştır[165]. Buna göre, bir fikri ürün anılan içeriğe sahipse, FSEK md.2/3 kapsamına giren bir eserden söz edilebilir. Bir ören yerinin yeniden yapılandırılmasını gösteren (rekonstruksiyon) çizim ve resimleri[166], nadir görülen bir cilt hastalığının vücutta açtığı yaraları gösteren ya da özellik arz eden bir doğa olayını tesbit eden fotoğrafları açıklayıcı içeriğe sahip ilmi eserlere örnek olarak göstermek mümkündür.

Bu eserlerin diğer bir ortak özelliği "bedii vasfı" (estetik yönü) haiz olmamaktır (FSEK md.2/I/3). Diğer bir deyişle, bunlar güzel sanat eseri özelliği taşımayacaktır. Çünkü belirttiğimiz üzere, sözü edilen teknik ve bilimsel fotoğraflar, resimler vs.yi eser düzeyine yükselten özellikleri, öğretici, açıklayıcı, aydınlatıcı, uygulama yapmaya imkan verici nitelikleridir. Bu eserlerde estetik nitelik önem taşımamakla birlikte; estetik nitelikleri de varsa, sadece bilimsel ve teknik eser olarak değil, güzel sanat eseri olarak da korunurlar. Yani bilimsel ve teknik nitelikteki fotoğraf ve resimler, ilave olarak estetik (bedii) nitelik de taşıyorlarsa, güzel sanat eseri olarak da korunmaları mümkün olacaktır[167]. Böyle niteliklere sahip değilseler, haksız rekabet hükümlerine göre (FSEK md.84) korunabilecekler yahut fotoğrafta/resimde tasvir edilen bir kişi de yer alıyorsa kişilik hakları çerçevesinde (FSEK md.86) farklı nitelikte bir koruma gündeme gelebilecektir.

---

[164] **Erel,** s.61; **Ateş,** s. 185.

[165] **Ateş,** s.187; **Kaya,** A.: Şehir Planları FSEK kapsamında Eser midir?, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s.324-325; **Tekinalp,** Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, 4.Bası, İstanbul 2005, §10 Nr.41, s.114-115; ayrıca bkz. **Karahan,** S./**Suluk,** C./**Saraç,** T./ **Nal,** T.: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2012, s.58; **Wedler,** s.9.

[166] "Bu çizgi-resmin resim sanatı yönünden değersizliği onun eser niteliğini engelleyemez": **Tekinalp,** §10 Nr.41, s.115.

[167] Leonardo da Vinci 'nin anatomi üzerine yaptığı resimler bilimsel bir muhtevayı açıklamanın yanı sıra, aynı zamanda birer sanat şaheseri olarak kabul edilmektedir. Bu gibi hallerde, bu eserler hem ilim ve edebiyat eserlerine, hem de güzel sanat eserlerine ilişkin hükümler çerçevesinde korunur: **Ateş,** s.186; **Ayiter,** s.46; **Erel,** s.62; **Öztrak,** s.22.

2. Güzel Sanat Eseri Olarak Fotoğraf (FSEK md.4/5)

Güzel sanat eserleri görme duyumuza hitap etmek suretiyle estetik bir hâz uyandıran, bir yüzey üzerinde yahut cisim halinde oluşmuş fikir ürünleridir. Diğer bir deyişle, insanın güzellik duygusuna hitap eden[168] fikri ürünlere güzel sanat eserleri denilmektedir. Resimler, desenler, gravürler, hâk ve oymalar, heykeller, binalar, el işleri ve küçük sanat eserleri, fotoğraflar vs. eğer ki bunları yaratan kimsenin hususiyetini taşıyorlar ise, güzel sanat eseridir. Resimler, fotoğraflar ve çeşitli boyama veya çizim teknikleriyle yapılan ürünler yüzey yani iki boyutlu eserlere örnek oluştururken; heykeller, binalar, el işi ve küçük sanat eserleri ise cisim yani üç boyutlu eserlere örnek teşkil eder[169]. Bunların yaratılmasında kullanılan malzemenin ve eserin tahsis amacının önemi yoktur. Zira sırf sanat amacıyla meydana getirilmiş eserler kadar, el işleri yahut bir süsleme sanatıyla bezenerek estetik nitelik kazandırılmış gündelik eşya da güzel sanat eseri sayılabilir. Görünen odur ki, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu geniş bir sanat eseri anlayışı getirmiş ve bu alanda yalın sanat eserlerinden günlük kullanımda estetik/güzellik duygusunu tatmine yarayacak el işlerine kadar geniş bir yelpazede koruma sağlamıştır. Kanunun bu hükmü genel hatları itibarıyla "Güzel Sanat Eserleri ve Fotoğraflar Üzerinde Telif Haklarına dair 1907 tarihli Alman Kanunu"ndan (KUG)[170] esinlenmiştir[171].

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 4.maddesinde, güzel sanat eserlerinin estetik niteliğe[172] sahip olmaları gerektiği belirtildikten sonra, sekiz

---

[168] "...Güzel olma, estetik güzelliği ifade eder. Bu güzelliğin ölçüsü sanatsal değerdir. Bir eserin güzel sanat eseri sayılabilmesi için, sanatsal değere sahip olması gerekir. Sanatsal değer, eseri sıradan, gelişigüzel, bilinen, herkesçe yaratılabilen ürünlerden ayırır": **Kılıçoğlu,** s.131.

[169] **Ateş,** s.216.

[170] "Das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9.1.1907" (KUG-Kunsturheberrechtsgesetz). Bu Kanunun büyük kısmı Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile yürürlükten kalkmış olmakla birlikte; fotoğraflarla ilgili olarak, kişinin görüntüsü(resmi) üzerindeki haklarına dair hükümleri halen yürürlüktedir: http://de.wikipedia.org/wiki/Kunsturheberrechtsgesetz (5/11/2010); yine bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.85, s.73; **Heitland,** s.16.

[171] **Ayiter,** s.50.

[172] Batı dillerinde "estetik" anlamına gelen "bedii" kelimesi; örneği olmayan, latif, güzel, nadide, güzellik ölçülerine uyan, gözü gönlü okşayan, beğenilen gibi anlamla-

bent halinde güzel sanat eseri kabul edilen fikir ürünleri sayılmaktadır. Alt kategorilere ait bu sayma oldukça kapsamlı olmakla birlikte sınırlayıcı değildir. Buna göre, 4110 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, Kanunda sayılan güzel sanat eseri örnekleri şunlardır:

" Güzel sanat eserleri, estetik değere sahip olan:

1. Yağlı ve suluboya tablolar, resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazı ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer bir madde üzerine çizilen veya tesbit edilen eserler, kaligrafi, serigrafi,
2. Heykeller, kabartmalar ve oymalar,
3. Mimarlık eserleri,
4. El işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları,
5. Fotografik eserler ve slaytlar,
6. Grafik eserler,
7. Karikatür eserleri,
8. Her türlü tiplemelerdir.

Krokiler, resimler, maketler, tasarımlar ve benzeri eserlerin endüstriyel model ve resim olarak kullanılması, düşünce ve sanat eserleri olmak sıfatlarını etkilemez."

Görüldüğü gibi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 5.bentte "fotoğraf eserlerine" (Lichtbildwerke) ve "slayt"lara yer vermiştir. Kullanılan ifade tarzından anlaşılacağı üzere, yasa koyucu "fotoğraf eserleri ve "slaytlar" ile alelade fotoğrafları (Lichtbilder) birbirinden ayırt etmektedir. Fikri hukukun sağladığı koruma sadece fotoğraf eserleri ve slayt[173] şeklindeki eserler içindir.

---

rı ifade eden bir kavramdır: **Arseven,** C.E.: Sanat Ansiklopedisi, İstanbul 1943, s.202 (**Tekinalp,** §10 Nr.53, s.118'den naklen).

[173] Slaytların Kanunda düzenlenişine ilişkin olarak bkz. yuk. dpn.157. Teknolojideki gelişmeler karşısında slayt gibi taşıyıcı bir materyalin kanunda sayılmasının isabetli olmadığı yönünde **Karahan /Suluk/ Saraç / Nal,** s.65.

Fotoğraf eserleri, fotoğraf için hazırlık yapan ve fotoğrafı çeken fotoğrafçının sanatkârca görüşünün, bakış açısının (künstlerische Auffassung) ve yaratma gücünün içinde ifadesini yansıtan fotoğraflardır[174]. Bu hususlar, konunun seçimi ve kompozisyon, ışık ve gölgenin işlenmesi, pozlama, çekim kalitesi, model kullanımı, rötuşların yapılması, fotomontaj veya başkaca dijital müdahaleler ya da başka sanatkarca ifade vasıtalarının kullanılmasında kendisini gösterir. Ancak bu koşulların varlığı halinde bireysel fikri bir yaratmadan ve eser sahibinin hususiyetinden söz edilebilecektir. Güzel sanat eseri niteliğindeki fotoğraflarda estetik değer ise, özellikle, fotoğrafçının konuyu çıplak gözle görülenden veya algılanabilenden başka türlü yansıtması halinde mevcut sayılabilecektir[175]. Buradan yola çıkarak, yukarıda saydığımız koşullar yoksa, bir fotoğrafın nadir veya ticari değeri çok yüksek nitelik taşımasının[176] tek başına onu sanat eseri haline getirmeyeceğini de ifade etmek mümkündür. Yine yapılan masraf, harcanan zaman ve emek gibi ölçütler de doğrudan eser niteliğini tesis eden unsurlar değildir. Nitekim, sanatçı kimliği ile tanınan bir kişinin zahmetsiz, masrafsız ve belki de ciddi bir emek sarfetmeksizin kendine göre kolayca çektiği fotoğraflar ya da yaptığı resimler hususiyete sahip güzel sanat eserleri olabilirken, bir başkasının bu sonuca oldukça zor ve pahalı yollardan dahi ulaşamadığı görülmektedir[177].

Uygulamada esasen güzel sanat eseri olarak korunmaması gereken pek çok ürünün fikri hukuk kapsamında korunabildiği veya aksine durumların da ülkemizde sıkça yaşandığı bir gerçektir. Bu duruma özellikle fotoğraf, resim ve mimari eserlerle ilgili uyuşmazlıklarda rastlanmakta-

---

[174] 11.HD, 1.11.2004, E.2004/1463, K.2004/10641, **Suluk,** C./ **Orhan,** A.: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C.II- Genel Esaslar, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 2005, s.210-211. Uygulamada yargı karar ve gerekçelerinde bilirkişi raporları üzerinden doğrudan değerlendirmeye gidildiği; fotoğrafların eser olma koşullarına ilişkin fikri hukuk esaslarına değinilmediği görülmektedir.

[175] **Ayiter,** s.59-60; **Erel,** s.71; **Öztrak,** s.24.

[176] **Öztan,** s.141; **Rehbinder,** M.: Schweizerisches Urheberrecht, 2.Auflage, Bern 1996, s.65.

[177] İleride daha detaylı olarak ele alacağımız hususiyet kavramıyla ilgili olarak bkz. **Bozgeyik,** H.: Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet, Batıder 2009, C.XXV, S.3, s.169 vd.

dır. Örneğin, bazı yargı kararlarında, hiç bir estetik değeri bulunmayan, sıradan ve yine örnekleri ülkenin farklı yerlerinde görülebilen binalarda yapılan yıkım, tadilat ve tamirat gibi değişiklikler mimari eser üzerindeki hakların ihlali olarak değerlendirilebilmekte ve mimarından izin alınmaksızın yapılan bu tür eylemlerden ötürü ilgililer maddi-manevi tazminat ödemeye mahkum edilebilmektedirler[178]. Aynı şekilde, kimi mahkemelerin de estetik niteliğe ve diğer koşullara sahip olup olmadıklarına bakılmaksızın, herhangi bir fotoğrafın izinsiz olarak yayımlanmasını veya reklam vb. ticari faaliyetlerde kullanılmasını FSEK'in eserlerin korunmasına dair hükümleri kapsamında değerlendirerek ilgililerin tazmin taleplerini kabul ettikleri gözlenmektedir[179].

Bir eserin güzel sanat eseri niteliği taşıyıp taşımadığı, her bir güzel sanat eseri türü için geçerli olabilecek objektif ölçütler çerçevesinde belirlenmelidir. Bu da herkes tarafından yapılabilecek bir değerlendirme değildir. Örneğin, bir fotoğrafın grafiker tarafından değerlendirilmesi beklenemeyeceği gibi, bir fotoğrafçıdan da grafik eşerine ilişkin değerlendirme yapması beklenemez. Hatta çoğu zaman bir tablonun fotoğrafçı tarafından değerlendirilmesi de istenemez. Zira her sanat eseri farklı araç, yöntem ve teknikler kullanmak suretiyle meydana getirilir. İyi bir fotoğ-

---

[178] **Ateş,** s.231-232.

[179] Davacı vekilinin müvekkillerince çekilen fotoğrafın, davalılarca iktibas yeri belirtmeksizin yayınlandığı iddiasıyla açılan davada yerel mahkemece verilen tazmin hükmünün onaylandığı Yargıtay kararında, bu fotoğrafların eser niteliğine ilişkin hiçbir açıklama yer almamıştır. (11.HD, 20.02.2003, E.2002/8675, K.2003/1323, **Suluk/ Orhan,** s.207). Bu ve benzer kararlara bakıldığı zaman ister istemez akla şu sorular gelmektedir: Acaba bu esere, güzel sanat eseri niteliğinden ötürü mü, yoksa FSEK md.2 anlamında ilmi ve teknik nitelikte fotoğraf eseri niteliğinden ötürü mü koruma öngörülmüş ve tazminat talebi kabul edilmiştir? Gerçekten bu fotoğraflar FSEK kapsamında korunmaya değer birer eser midir, yoksa haksız rekabet ya da kişilik hakkının korunması kapsamında korunabilecek birer alelade fotoğraf mıdır? Bu gibi tereddütlerin giderilmesi bakımından, mahkemelerin bu tür olaylarda vermiş olduğu kararların gerekçelerinin açık ve net olarak karar metnine derç edilmeleri yerinde ve yol gösterici olacaktır; Nitekim ilk derece mahkemesinin kararını, dava konusu fotoğrafların eser niteliğinde olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılmamış ve konusunda uzman bir fotoğraf sanatçısı bilirkişiye gidilmeksizin eksik incelemeyle hüküm tesis edilmiş olması sebebiyle bozan Yargıtay kararı için bkz. HGK, 14.05.2008, E. 2008/11-392, K.2008/377, www.kazanci.com (5.02.2011).

raf sanatçısının aynı zamanda iyi bir ressam olduğunu veya aksini söylemek mümkün değildir. Çünkü birinde makineyi, diğerindeyse fırçayı kullanma becerisi neticeyi tayin eder. Bu sebeplerden ötürü, Yargıtayın pek çok kararında, fikri ürünün eser niteliğinde olup olmadığı hususunun mahkemece re'sen dikkate alınması ve bu hususun işin uzmanı bilirkişilerden istenecek rapor çerçevesinde açıklığa kavuşturulması gerektiği belirtilmektedir[180].

C. Eser Niteliğinde Olmayan Fotoğraflar

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun asli amacı fikri yaratıcılığın ve yaratıcılığın ürünü olan eser üzerindeki haklar ile hak sahiplerinin korunmasıdır. Bununla birlikte, yasa koyucu eser sayılmayan ancak eserle yakın ilişkileri bulunan bazı konuları da koruma altına almıştır. FSEK'in altıncı bölümünün "Çeşitli Hükümler" başlığı altında, fikir ve sanat eserleriyle benzerlik gösteren bazı konular düzenlenmiştir. Ancak eser dışındaki koruma konularının birbirinden çok değişik olması, bunların kendi aralarında uyumlu bir düzenlemeye gidilmesine elverişli olmamaktadır. Kanundaki sıralamaya göre, "bir eserin adı, alametleri ve çoğaltılmış nüshalarının şekilleri" FSEK md.83'de, "işaret, resim veya ses nakline yarayan araçlar" FSEK md.84'de, "mektup, hatıra ve benzeri yazılar" FSEK md.85'de, "resim ve portreler" ise FSEK md.86-87'de düzenlenmiştir. Anılan bu konuların ortak özelliği eser niteliği taşımamalarına rağmen korunuyor olmalarıdır[181].

---

[180] **Ateş,** s.220; Bkz. HGK, 14.05.2008, E. 2008/11-392, K.2008/377; 11.HD, 6.02.2009, E.2007/12297, K.2009/1332, www.kazanci.com (5.02.2011); "Farklı eser türlerinde hususiyetin hangi noktalarda "gizli" (yerleştirilmiş) olduğu ancak uzmanı tarafından belirlenebilir. Uzman görüşü, örneğin güzel sanat eserlerinde hususiyet taşıyan estetik unsurları belirlemeyi amaçlar. Sıradan bir izleyici ise, estetik nitelik taşıyan bir eserdeki güzel sanat unsurlarını ayıklamaktan ziyade, genellikle yüzeysel bir bakış açısıyla izlemenin (diğer eser türleri bakımından dinlemenin, okumanın veya kullanmanın) keyfini ve zevkini aramaya ve bulmaya (kısacası eserden yararlanmaya) daha yatkındır": **Bozgeyik,** s.209.

[181] Bir fikir ürünü eser sahibinin hususiyetini taşımıyor ya da taşımasına rağmen yasada öngörülen eser grupları kapsamında değerlendirilemiyor ise, bu takdirde eser niteliğinde olmayan koruma gündeme gelecektir. Eser niteliğinde olmayan koruma ya haksız rekabet ya da kişilik hakkının korunması şeklinde karşımıza çıkar.

Bu çerçevede yasa koyucu eser niteliğini haiz olmayan alelade fotoğrafları da, fikri bir yaratma söz konusu olmasa dahi, ortaya konan emek ve fotoğrafın arz ettiği başkaca özellik dolayısıyla tamamen korumasız bırakmak istememiş; haksız rekabet hükümlerine göre koruma yoluna gitmiştir. Bunun dışında, yasa koyucu eser olup olmama niteliğinden ayrı ve bağımsız olarak, fotoğraf ve resimlerde tasvir olunan kişileri de koruma yolunda hüküm sevkederek, kişilik haklarının korunmasını açıkça gözetmiştir. Değindiğimiz fotoğraf ve resimler üzerindeki bu iki hak, ilkinde fotoğraf üzerindeki fikri nitelik taşımayan hak sahipliğini; ikincisinde ise görüntüde (fotoğraf/resim) tasvir edilenin kişilik haklarını esas aldığından, yani farklı niteliklerinden ötürü iki ayrı hukuksal korumanın konusu olacaktır.

Çalışmamızın son bölümünde anılan hukuksal korumalara yer verilecek olmakla birlikte, karşılaştırmalı hukukta fotoğrafların korunmasını incelemeden önce, Türk hukukunda yasa koyucunun fotoğrafa ilişkin getirmiş olduğu temel düzenlemelere ana hatlarıyla değinmenin, fotoğrafların Hukukumuzda ele alınış biçimine ilişkin genel bir fikir vermek açısından yerinde olduğu kanısındayız.

1. Haksız Rekabet Hükümleri Kapsamında Koruma (FSEK md.84/son)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda fotoğraf eserlerinin hangi eser kategorileri altında ve nasıl ele alındığına değinmiş idik. Peki eser niteliğinde olmayan alelade fotoğraflara ilişkin olarak nasıl bir yol izlenecektir? Yabancı hukuklara bakıldığında kimi ülkelerin bu konuda bir ayrıma gitmeyerek aynı paralelde koruma sağladığı; kimilerinin özgün eser sayılamayacak fotoğrafları tamamen korumasız bıraktığı; bazı ülkelerin[182] ise eser niteliğinde olmayan alelade fotoğrafları da bağlantılı haklar çerçevesinde koruyarak bir ayrıma gittiği gözlenmektedir. Türk Hukukunda ise yasa koyucunun eser koşullarını haiz olmayan alelade fotoğraflara ilişkin olarak "haksız rekabet hükümleri" çerçevesinde koruma öngörmüş olduğu görülmektedir.

---

[182] Almanya, İtalya, Lüksemburg, Libya, Norveç, Peru gibi. Macaristan'da ise eski 1969 tarihli Kanunda estetik ve bilimsel niteliği olan fotoğraflara ilişkin fikri hukuk koruması, bu nitelikte olmayan fotoğraflara ilişkin ise komşu haklar çerçevesinde koruma sağlanmışken; 1999 tarihli Kanunun sadece güzel sanat eseri olan fotoğrafları koruma yoluna giderek bu ayrımı ortadan kaldırdığı görülmektedir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 84.maddesinde " Bir işareti, resim veya sesi, bunları nakle yarayan bir alet üzerine tesbit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin 3.bir kişi tarafından aynı vasıtadan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayımlanmasını menedebilir" denilmektedir[183].

Kanun maddenin ikinci fıkrasında "Tecavüz eden tacir olmasa bile birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete müteallik hükümler uygulanır" denilerek, birinci fıkra hükümlerine aykırılık halinde haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasını hükme bağlamıştır. Maddenin son fıkrasında ise "Eser mahiyetinde olmıyan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tesbit edilen resimler ve sinema mahsulleri[184]" hakkında da bu madde hükmünün uygulanacağı" belirtilmiştir.

Eser niteliği taşımayan, marka ve tasarım olarak da nitelendirilemeyecek işaret, resim veya seslerin tespitlerinin ekonomik, sosyal veya kültürel bir değere sahip olması olasıdır. İşte FSEK md.84'ün koruma konusunu bu tür ürünler teşkil edecektir. Bu çerçevede örneğin, eser koşullarını taşımasa da çeşitli tarihi veya doğal mekanların görüntülerini içeren ya da önemli tarihsel olay ve portrelerin görüntülerinden oluşan fotoğraf koleksiyonları; toplumda önemli yere sahip bir sanatçı veya bilim adamıyla yıllar önce yapılmış bir röportajın tespitini içeren teyp kaseti ya da çeşitli hayvan seslerinin tespitlerini içeren ses taşıyıcıları FSEK md.84 kapsamında korunacaktır. Böylelikle, söz konusu fotoğrafları çeken, röportajı ve sesleri kaydeden veya bunları ticari amaçlarla haklı olarak çoğaltıp yayan kişi, üçüncü kişileri aynı işlemleri yapmaktan men edebilecektir.

---

[183] FSEK md.84'ün ilk fıkrası dikkatle okunduğunda görülecektir ki, bu hüküm kapsamında düzenlenen konuların bir kısmı aynı zamanda bağlantılı haklar kapsamında FSEK md.80 çerçevesinde de korunabilmektedir. Ancak yasa koyucu FSEK'in 80.maddesi hükmüne göre korunamayacak nitelikteki işaret, resim ve ses tesbitlerinin hukuki korumadan mahrum kalmaması için 84.maddeyi sevk etmiştir; ayrıca bkz. **Kılıçoğlu,** s.147.

[184] Maddenin son fıkrasında görülmektedir ki, eser niteliğini taşımayan resimler ve fotoğraflar yanında, sinema eseri olarak korunamayan ve televizyon yayını olarak da değerlendirilemeyecek hareketli görüntü tespitleri de bu madde çerçevesinde korunabilecektir.

2. Kişilik Hakları Kapsamında Koruma (Kişinin Görüntüsüne İlişkin Korunma Hakkı, FSEK md.86)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 85 ve 86.maddeleri eser dışında kalan bazı koruma konularının, kişilik haklarının korunmasına dair hükümler çerçevesinde korunmasını öngörmektedir. Bu koruma konuları, 85.maddede "mektup, hatıra ve buna benzer yazılar" ve konumuzla ilgili 86.maddede de "resim ve portreler" şeklinde belirlenmiştir. Bu maddelerde farklı olarak, eser veya eser niteliğinde olmasa bile buna benzer yaratımlara değil ama bunlara konu olan kişilerin korunmasına ilişkin bir düzenleme öngörülmüştür.

Kanundaki ifadeyle kişiye ait resim ve portreler[185], FSEK'te atıfta bulunulan ve fakat fikri hukuk hükümleri dışında korunması öngörülen hak konularından biridir. FSEK'in 86.maddesinin ilk fıkrasında "Eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19'uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemez" denilmiş; ikinci fıkrasında ise bu muvafakat (rıza) koşulunun aranmadığı hallere, yani maddenin ilk fıkrasındaki ana kuralın istisnalarına yer verilmiştir.

Kişinin kendi dış görüntüsü kadar, bu görüntünün yansıma ve tekrarına olanak sağlayan vasıtalar üzerinde de kişilik hakkı vardır. Bu bakımdan FSEK md.86'da düzenlenen resim ve portreler üzerindeki hak, görüntüsü tespit edilen kimsenin kişilik haklarındandır[186]. Kişilik hakla-

---

[185] FSEK md.86, "resim ve portreler" başlığı altında konuya ilişkin düzenleme getirmiş olup, madde başlığının, esasen kullanım ve uygulama alanının yaygınlığı gözetilerek fotoğrafları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasının yerinde olacağını belirtmekte yarar görmekteyiz. Özünde görüntünün resim, portre veya fotoğraf olarak adlandırılmasının önemi yoktur; önemli olan bir insan görüntüsünün onu teşhis etmeye elverişli bir şekilde tespit edilmiş olmasıdır.

[186] "Kişilik hakları şahsa sıkı sıkıya bağlı, devredilemeyen ve vazgeçilemeyen haklar olup; hayat beden ve ruh tamlığı, düşünce ve çalışma özgürlüğü, şeref, haysiyet, ad ve resim üzerindeki haklar olarak sayılabilir ve bu sayılanlarla da sınırlı değildir. Resim ve portreler bir kimsenin dış görünüşünü o insanı tanımaya imkan verecek biçimde yansıtan nesnedir. Bir kimse dış görüntüsü üzerinde hak sahibidir. Resim üzerindeki kişilik hakkı Medeni Hukuk yönünden korunduğu gibi, 5846 sayılı FSEK ve 5680 sayılı Basın Kanunu ile de özel düzenlemeler getirilmiştir. Bir kimsenin izni

rını oluşturan bu varlık ve değerler, kişinin kendi iç aleminden dış dünyaya yönelen ve onun manevi varlık ve bütünlüğünü ilgilendiren açıklamalar niteliğindedir. Kişi bu varlık ve değerler üzerinde mutlak haklara sahiptir. Bunun sonucunda, kural olarak, hiç kimse sahibinin izni olmaksızın bu kimsenin resim ve fotoğraflarını kamuya teşhir edemez veya çeşitli vasıtalarla çoğaltıp yayamaz.

Kişinin resim ve fotoğrafları üzerindeki haklarının kaynağı sadece Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu değildir. FSEK'in zikredilen hükümleri olmasa dahi, kişiliğe dahil bu varlık ve değerleri hukukun genel ilkelerine göre korumak mümkündür. Çünkü resimler, fotoğraflar (yine FSEK md.86'daki mektup ve hatıralar) gibi kişilik değerleri, medeni hukuk ve borçlar hukuku hükümleri çerçevesinde diğer kişilik değerleri gibi zaten korunmakta; ayrıca bunlara ilişkin Ceza Kanununda da koruyucu hükümler sevk edildiği görülmektedir. Bu sebeple, FSEK'in 85 ve 86.maddeleri kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükümlerin tamamlayıcısı, kişiliğin korunması ilkesinin özel bir uygulaması niteliğindedir[187]. FSEK'in bu koruma konularına özel olarak yer vermesi, söz konusu değerlerin Kanunun düzenleme alanına giren konularla yakından ilgili olmasından kaynaklanmıştır. Başka bir deyişle, yasa koyucunun bu değerleri FSEK'te ayrıca düzenlemesinin nedeni, bunların aynı zamanda eser niteliğini de taşıyabilecek olmalarından ötürüdür.

---

olmadan resminin yayınlanamayacağı genel kuraldır. İzin alınmaksızın bir kimsenin resminin hangi hallerde yayınlanabileceği, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 86.maddesinde gösterilmiştir", (HGK 17.10.2001, E.2001/4-926, K.2001/742).

[187] **Çöl,** H.C.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre Eser Dışında Koruma Konuları, AÜHFD Y:2003, C.52 S.4, s.384.

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA FOTOĞRAF

§ 3- FOTOĞRAF ESERLERİNİN KITA AVRUPASI ve ANGLO-SAKSON HUKUK SİSTEMLERİ ÇERÇEVESİNDE ELE ALINMASI

I. GENEL BAKIŞ

A. Yasal Düzenlemelerde Fotoğraf Eseri ve Hususiyet (Özgünlük) Kavramı

Doktrinde *Gimeno* fotoğrafların korunmasıyla ilgili olarak dört çeşit yasal koruma sistemi olduğunu ifade etmiştir[1]. Buna göre;

- Fikri hukuk çerçevesinde koruma sağlamak için genel eser olma-koruma ölçütü (hususiyet/özgünlük) dışında özel bir koşul aramayan,
- Fikri hukuk çerçevesinde koruma tanımak için ayrıca farklı koşulların varlığını (estetik ya da belgesel nitelik taşıma vb.) arayan,
- Fotoğraflara sadece bağlantılı veya komşu haklar çerçevesinde koruma tanıyan,
- Fotoğraflar arasındaki nitelik farkını hukuksal çerçeveye taşıyarak bazı fotoğraflara telif hakları, bazılarına ise bağlantılı haklar çerçevesinde koruma tanıyan farklı yasal koruma düzenlerinin olduğunu belirtmiştir.

Üçüncü kategoride ifade edilen, fotoğraflara sadece bağlantılı veya komşu haklar çerçevesinde koruma öngören yasal düzenlemelere günü-

---

[1] **Gimeno,** L.: Photographs, Commercial Exploitation of the Image and Copyright in Spain, Ent.L.R. 1998, s.131-136.

müzde artık rastlanmamaktadır[2]. Tarihsel süreçte İskandinav ülkelerinin yanısıra, bir dönem Almanya ve İsviçre de fotoğrafları eser olarak kabul ederek telif hakkı korumasına kapıyı açmak yerine, sadece bağlantılı hak koruması tanıma yoluna gitmişti. Ancak ifade ettiğimiz üzere, günümüzde artık salt bağlantılı haklar kapsamında fotoğraflara koruma sağlayan milli hukuk düzenlemesi bulunmamaktadır. Tunus ve Haiti gibi ülkelerde ise fotoğraflara ilişkin hiç bir koruyucu yasal düzenleme yer almamaktadır[3].

Dolayısıyla, fotoğraflara ilişkin olarak ulusal modern fikri hukuk sistemlerinde günümüzde mevcut olan koruma düzeni genel olarak şu şekilde sınıflandırılabilir:

1. Fotoğrafları hususiyeti (özgünlük) haiz fikri ürün olarak kabul ederek, eser olarak koruyan ülkeler[4],
2. Sadece belirli nitelikteki fotoğraflara eser olarak koruma öngören ülkeler,
3. Bazı fotoğrafları telif hakları/eser sahibinin hakları çerçevesinde; eser sahibinin hususiyetini haiz olmayan, özgün nitelik taşımayan diğer fotoğrafları ise bağlantılı haklar çerçevesinde koruyan ülkeler.

İlk kategoride yer alan ülke hukuklarında fotoğraflar eser sahibinin hususiyetini taşımaları, bir başka deyişle özgün olmaları halinde, başkaca

---

2 *Gimeno* bu kategoriye İskandinav ülkelerini örnek vermiştir. İskandinav ülkeleri (Finlandiya, Danimarka, İsveç, Norveç) fotoğraflara temel telif hakları kanunundan ayrı olarak farklı bir yasal düzenlemede *sui generis* bir koruma öngörmüş idi. Ancak günümüzde Avrupa Topluluğu düzenlemelerinin de etkisiyle fotoğraf eserlerini telif hakları kapsamında, alelade fotoğrafları ise komşu haklar çerçevesinde- ek bir koruma kapsamında- ele alan bir koruma sistemi benimsenmiştir: **Gimeno,** s.134. Ayrıca bkz. **Oesch,** R.: Nordic Countries in Copyright and Photographs- An International Survey, edited by Gendreau, Y./Nordemann, A./Oesch,R., Kluwer Law International, 1999, s.231-232.

3 **Michalos,** Rdn.3-073, s.138.

4 Bu kategoride yer alan ülkelerde de, hususiyet (özgünlük, orjinallik) ölçütüne ilişkin farklı bakış açılarının gündeme geldiği görülmektedir. Bazı ülkeler bu ölçütü "fikri yaratıcılık, fikri düşünce-zeka ürünü" olarak değerlendirirken, diğer bazı ülkeler "kişinin beceri ve emeği" çerçevesinde ele almışlardır: **Michalos,** Rdn. 3-075, 3-076, s.139-140.

koşula tabi olmaksızın diğer güzel sanat eserleriyle aynı şekilde korunmaktadırlar[5]. Ancak eserde hususiyet (özgünlük) ölçütüne ilişkin değerlendirme farklılıklarının doğal sonucu olarak, yaratma seviyesi ve buna bağlı olarak eser olma koşuluna ilişkin ülkesel değerlendirmelerin farklı olduğu görülmektedir[6]. Başta İngiltere olmak üzere, yine fikri hukuklarının temelini İngiltere'nin oluşturduğu Avustralya gibi *Common Law* hukuk sistemine dahil ülkelerde[7] hususiyet (özgünlük) ölçütünün "kişinin gösterdiği beceri, çaba, sarfettiği emek" şeklinde ele alındığı görülmektedir. Amerikan hukuku düzenlemeleri de önceleri bu anlayışı benimsemekteydi; ancak Federal Mahkeme 1991'de *Feist* davasında[8], eserin sadece onu meydana getirenin bağımsız çalışmasından kaynaklanmasının yeterli olmadığına işaret ederek aynı zamanda minimum bir yaratıcılığı (modicum of creativity) da içermesinin anayasal bir zorunluluk olduğunu vurgulamıştır[9]. Bu karar fikri hukukunun temeli İngiltere'ye dayanan ve

---

5 Bu kategoride yer alan ülkelerde fotoğrafın çoğunlukla güzel sanat eseri olarak korunduğu görülmektedir.

6 Common Law sistemine dahil ülkelerde kabul edilen ölçüt ve Kıta Avrupası ülke hukuklarında genel kabul gören"fikri yaratma" ölçütü dışında, Orta Doğu'da eserin özgün/orijinal olması için bütünüyle yeni, tek olması gerektiği anlayışının benimsendiği ileri sürülmüştür. Hususiyetin "yenilik" olmadığı ve ileri sürülen yaklaşımın Arapça dilinin zorluklarından kaynaklanan yanlış bir çeviri sonucu olduğu yönünde **Michalos,** Rdn.3-078, s.141.

7 Common Law sistemini benimseyen ülkelerde "fikri hak" deyimi karşılığında *copyright* kavramı kullanılmaktadır. *Copyright* terimi daha ziyade başta çoğaltma hakkı olmak üzere eser üzerinde sahibine tanınmış mali nitelikteki yetkilerin tamamını kapsamaktadır: **Ateş** (Haklar), s.113 vd.

8 ABD Federal Mahkemesi, Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co. Inc, 499 U.S. 340 (1991), http://supreme.justia.com/us/499/340/case.html (5.02.2011). Kararda kişinin ürünü ortaya koymada döktüğü alın teri olarak ifade edilebileceğini düşündüğümüz "*sweat of the brow*" ölçütü reddedilerek, sarfedilen emeğin tek başına eserde özgünlük (orijinallik) için yeterli olmadığı, eserin minimum-bir parça da olsa yaratıcı nitelik taşımasının (*modicum of creativity)* olmazsa olmaz olduğu dile getirilmiştir. Ayrıca bkz. **Drassinower,** A.: Sweat of the Brow, Creativity and Authorship: On Originality in Canadian Copyright Law, UOLTJ 2003-2004, C.1, s.109.

9 Anılan kararda fikir ve sanat eserleri hukukunun asli ve nihai amacının, fikri ürünleri meydana getiren kişilerin çaba ve uğraşlarını ödüllendirmekten ziyade bilim, sanat ve kültürün gelişmesi olduğu vurgulanmıştır: **Williams,** K.: Disparity in Copyright

Common Law sistemine dahil ülkelerden ABD'nin, eserde özgünlük/orijinallik açısından "fikri yaratıcılık, sahibinin zihinsel ürünü" (creativity/work of the mind) ölçütünü esas alan Kıta Avrupası hukuk anlayışına (civil law) kaydığını göstermesi bakımından önemlidir. Bu ölçütün esas alındığı ülkelerde, ölçüte ilişkin olarak yasa koyucunun ifade tarzı ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte, eser sahibinin hususiyetine vurgu yapan, "yaratıcılık" ve "fikri yaratma" kavramlarının hakim olduğu bir dil kullanıldığı görülmektedir[10] : fikri bir eserin yaratılması, orijinal-fikri eser, sahibinin zihinsel ürünü olan fikri yaratım, ortaya konulan yaratıcı çaba, yaratıcı faaliyet içeren fikri ürün, yaratıcı faaliyet sonucu, yaratıcı fikri çalışma mahsulü, hususiyet içeren yaratıcılık ürünü, bireysel fikri yaratma, zihinsel kabiliyet-hayal gücü-beceriden esinlenerek ortaya konan fikri yaratma, eser sahibinin hususiyetinin tezahürü olan özgün yaratma vb...

Bazı ülkeler ise korunacak fotoğraflar arasında ayrım yapmak – genel olarak salt sanatsal ve belgesel nitelikli fotoğrafları korumak- suretiyle sadece belirli gruptaki fotoğrafları eser olarak koruma yoluna gitmiştir[11]. Günümüzde bu kategoride yer alan birkaç ülke bulunmaktadır. Benin[12] ve Kongo[13] sadece estetik veya belgesel nitelikli fotoğrafları hu-

---

Protection: Focus on the Finished Image ignores the Art in the Details, AULR. V:58-1, 2008, s.176-177; **Ateş,** s.69.

[10] **Michalos,** Rdn. 3-076/3-077, s.139-140.

[11] 1957 Fransız Telif Hakları Kanunu-"sanatsal (estetik) veya belgesel nitelik taşıyan fotoğraf eserleri": **Michalos,** s.734; 30.12.1960 tarihli İsveç İlim, Edebiyat ve Sanat Eserlerinde Telif Hakkına ilişkin Kanun ise 1994 Kanun değişiklikleri öncesinde, "sanatsal veya bilimsel fotoğraflar" ile diğer fotoğraflar arasında ayrıma giderek ilk gruptaki fotoğrafları eser sahibinin ölümünden sonra 50 yıl süreyle korurken, diğer fotoğraflara meydana getirilmelerinden itibaren 25 yıl süreyle koruma tanımıştır: **Michalos,** s.781; Alman FSEK'de ise 1985 kanun değişiklikleri sonrası fotoğraf eserleri, belgesel nitelikli fotoğraflar ve diğer alelade fotoğraflar şeklinde bir sınıflandırma yapılmıştır. Koruma süresi ise sırasıyla eser sahibinin yaşamı ve ölümünden sonra 70 yıl, yayınlanmadan itibaren 50 yıl, yayınlanmadan itibaren 25 yıl olarak belirlenmiştir: **Michalos,** s.141, dpn.79.

[12] 15.03.1984 tarihli Telif Haklarının Korunması Hakkında Kanun, md.8.

[13] 7.07.1982 tarihli Telif Hakları ve Komşu Haklara ilişkin Kanun No.24/82, md.7.

kuken koruma yoluna giderken; Kolombiya[14] ve Dominik Cumhuriyeti[15] sadece "yeterli estetik değeri haiz olan" (güzel sanat eseri olarak fotoğraf) fotoğraf eserlerine koruma sağlamıştır. Romanya[16], İtalya[17] ve Çin-Makao Özerk Cumhuriyeti'nde[18] eser sahibinin bireysel sanatsal yaratımlarına koruma sağlanmış; salt tarihi veya belgesel nitelik taşıyan, belgeleme işlevi gören fotoğraflar ise açıkça koruma dışı bırakılmıştır[19].

Üçüncü kategorideki ülke hukuklarında ise belirli koşulları haiz (eser sahibinin hususiyetini taşıyan[20], yaratıcı-özgün nitelikli) fotoğraflar telif hakları çerçevesinde korunurken; özgün/orijinal nitelik taşımayan (non-original) diğer alelade fotoğrafların da mutlak anlamda korumasız bırakılmayarak, onlara da bağlantılı haklar çerçevesinde koruma tanındığı görülmektedir. On beş civarında ülkede yasa koyucu fikri hukuk düzenlemelerinde alelade fotoğraflara da ayrıca bağlantılı hak koruması

---

[14] 28.01.1982 tarihli Telif Hakları ve Komşu Haklara İlişkin Kanun No.23, md.8. Bu Kanun 1993 ve 2001 yıllarında değişikliklere uğradıysa da, fotoğraf eserleriyle ilgili farklı bir düzenleme getirilmemiştir.

[15] 4.07.1986 tarihli Telif Hakları Kanunu, md.53, **Michalos,** s.729. Ancak günümüzde yürürlükte olan Kanun, 2000 yılında yürürlüğe girmiş bulunan Telif Hakları Kanunudur (No.65-00). Anılan Kanun md.2/8 ve md.54'de fotoğraflarla ilgili düzenlemelere aynı şekilde yer vermiş olmakla birlikte, yeni maddede salt estetik değeri haiz fotoğraflarla ilgili bir sınırlamaya gidilmemiş olduğu görülmektedir. Kanunun İspanyolca metni için bkz. http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=15395&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (5.03.2011).

[16] 25.06.1996'da yürürlüğe giren Telif Hakları ve Komşu Haklara ilişkin Kanun, md.85/2: **Michalos,** s.772.

[17] 22.04.1941 tarihli Italyan Telif Hakları ve Komşu Hakların Korunmasına ilişkin Kanun, md.87.

[18] 30.07.1999 tarihli Makao özel yönetim bölgesi (SAR) Kararnamesi,md.149: **Michalos,** s.754.

[19] Bu yaklaşım eserde minimum düzeyde-bir parça da olsa yaratıcılık arayan Kıta Avrupası hukukundaki anlayışla uyumludur. Anglo-sakson hukukunun uygulandığı (Common law sistemine dahil) ülkelerde ise bu tür fotoğrafların da korunması yönünde bir eğilim olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

[20] Bir fikri ürünün eser sayılabilmesi için, ortalama bir zeka, bilgi, kabiliyet ve fiziki güce sahip her insanın ortaya koyabileceği fikri mahsulden daha ileri düzeyde olması gerekir. Ortalama düzeydeki herkesin meydana getirebileceği nitelikteki fikri ürünlerde "hususiyet"ten söz edilemez, dolayısıyla bu ürünler fikri hukuk kapsamında korunamazlar: **Ateş,** s.77; **Erel,** s.34; **Öztrak,** s.39.

sağlamıştır[21]: Avusturya, Almanya, Danimarka, Ekvator, Finlandiya, İsveç, İzlanda, İspanya, Irak, Libya, Lüksemburg, Norveç, Peru, Paraguay...

Son yıllarda modern toplumlarda ekonomik değeri haiz fikri mülkiyetin tüm görünümlerini, konusu geleneksel fikri hukuk korumasının kapsamı dışında kalsa dahi, koruma yönünde bir eğilim belirmeye başlamıştır. Bunun tipik örneği veritabanlarının korunmasıdır. Tamamen özgün nitelik taşımayan derlemelerden oluşan veritabanları yasal düzenlemelerin koruyucu şemsiyesi dışında kaldığından, korumadaki bu boşluk önceleri içtihatlar yoluyla giderilmeye çalışılmıştır. Ancak veritabanlarının haiz olduğu ciddi ticari değer göz önüne alınarak Avrupa Birliği veritabanları için kendine özgü *(sui generis)* bir koruma öngörmüştür[22]. Bilhassa internet çağında fotografik görüntülerin kullanım alanının genişliği, internetteki çoğaltma ve yayma olanakları da dikkate alınırsa, veritabanlarıyla ilgili olarak değindiğimiz ekonomik değere sahip konuların korunmasına yönelik uygulamada gelişen bu pratik yaklaşımın fotoğrafçılık alanına da yansıyacağını söylemek mümkündür. Nitekim bu yaklaşım sanal dünyada, özgün olması aranmayan, sanatsal olmaktan ziyade ticari nitelikli fotoğraflar (uydu ve hava fotoğrafları, medya ve reklamcılık sektöründe kullanılan fotoğraflar, spor organizasyonu fotoğrafları vb.) üzerinde ciddi bir pazar oluşturan, bu fotoğraflar yoluyla yüksek kazanç elde eden stok fotoğrafçılığıyla ilgili kurum ve yapılanmaları (web siteleri) bu fotoğraflara ilişkin olarak da bir tür koruma sağlanması konusunda talepkar olmaya sevketmiştir. Eser niteliğindeki fotoğrafların korunmasına ilişkin dünyada yaygın bir kabul ve uygulama bulunmakla birlikte; stok fotoğrafçılığında büyük rol oynayan özgün nitelik taşımayan (non-original) fotoğraflar için ise ülkeden ülkeye değişen yaklaşımlardan ötürü halihazırda tek tip bir korumadan söz etmek mümkün değildir.

---

[21] Mısır ve Macaristan hukuklarında ise özgün nitelik taşımayan (non-copyright photographs) fotoğrafları çeken fotoğrafçılara bağlantılı hak koruması sağlayan düzenlemeler daha sonraki kanun değişiklikleriyle kaldırılmıştır: **Michalos,** Rdn.3-081, s.142.

[22] Bkz. yuk. dpn. 121.

B. İçtihat Hukukunda Fotoğraf Eseri ve Hususiyet (Özgünlük) Kavramı

Fikri hukukun temelinde yatan felsefenin Kıta Avrupası ve Anglo-sakson hukuk sistemlerinde farklı oluşup şekillendiğini başlangıçta belirtmek gerekir[23]. Kökenini Fransa'dan alan eser ve eser sahibinin haklarına dayalı olan Kıta Avrupası hukuk sistemi eser sahibinin kişiliğine vurgu yaparak, bir fikri ürünün eser sahibinin hususiyetinin görünümü (kişiliğin esere yansıtılması) olarak değerlendirilebilmesi halinde eser olarak korunabileceğini esas alır. Buna karşın kökenini İngiltere'den alan Anglo-sakson hukuk sistemi (common law) çok daha pragmatik ve ekonomik temeller üzerine kuruludur. Bu teoride telif hakkının korunması daha çok fikri ürüne yapılan yatırım ve sarfedilen emeğin korunmasını sağlama amacına yöneliktir; bunun yanında eser sahibinin kişiliğini koruma amacı güden manevi haklara yaklaşım daha yüzeyseldir. Bu iki temel hukuk sisteminin özellikleri ve arasındaki farklılıkları[24] ayrıntılı şekilde ele almak çalışmamızın kapsam ve amacı dışındadır. Ancak hukuk sistemlerine ilişkin kısaca ele alınan bu yaklaşımlar çerçevesinde, özgün nitelik taşımayan ancak emek sarfedilip uğraş verilerek ortaya konan ve içeriğine bağlı olarak iktisadi değeri olan fotoğraflara koruma sağlamanın *Common Law* sistemini benimseyen ülkelerde daha kolay ve olanaklı olduğunu ifade etmek mümkündür. Bu nedenle ABD dışında bu ülkelerde yargı içtihatlarında fotoğraflarda özgünlük/orijinallik ölçütüne ilişkin olarak daha düşük bir standart belirlendiği ve korumanın daha yaygın şekilde sağlandığı söylenebilir.

---

[23] Çeşitli hukukların fikri hukuk düzenlemeleri incelendiğinde, bir eserde bulunması gerekli olan esasa ilişkin şartı bazılarının eser sahibinde yani eseri meydana getirenin şahsında; diğer bazılarının ise eseri meydana getirenden ziyade eserde aradığı görülmektedir. Başka bir ifadeyle, bazı hukuk sistemleri esaslı unsuru sujede (kişide) bulmak isterken, bazıları objede (nesnede) görmek istemektedirler. Esaslı unsuru sujede yani eser sahibinde arayan yaklaşım "subjektivist" yaklaşım, objede yani eserde arayan yaklaşım *"objektivist"* yaklaşım olarak adlandırılmaktadır. Bu çerçevede *droit d'auteor* (eser sahibinin hakları) ilkesinin hakim olduğu ülkelerin subjektivist yaklaşımı, *copyright* ilkesinin egemen olduğu ülkelerin ise objektivist yaklaşımı benimseme eğiliminde oldukları gözlenmektedir: **Dardağan,** s.52; ayrıntılı olarak bkz. **Ateş** (Haklar), s.110-118.

[24] Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Francon,** A.: Authors' Rights beyond frontiers: A comparison of civil law and common law conceptions, RIDA. 1991, No:149, s.2-32.

Common Law sistemine dahil ülkelerin yasal düzenlemelerinde fikri hakların korunmasında ve eser ölçütünde sadece "orijinal olma/orijinallik" kavramına[25] işaret edildiği gözlenmektedir. Ancak yasal düzenlemelerde bu kavrama ilişkin bir tanıma genel olarak rastlanmamaktadır. İşte bir tanımlamanın mevcut olmayışı ve hukuk sisteminin temelinde yatan koruma anlayışı, mahkemeleri özgün/orijinal olma ölçütüne ilişkin oldukça düşük bir standart belirlemeye itmiştir. Bununla birlikte örneğin fotokopide, salt mekanik bir işlem olmasından ötürü, orijinallikten söz edilemez[26]. Diğer taraftan yargı kararlarının çoğunda eserin orijinal olmasının bütünüyle yeni bir eser olma (novelty) anlamına gelmediği isabetli olarak vurgulanmıştır[27]. Fotoğrafta orijinallik için yargı içtihatlarında kabul edilen koruma eşiği düşük olup, fotoğrafçının konu seçimi, kullandığı film-malzeme, pozlama, ışığın kullanımı, kamera açısı, fotoğrafın çekiminde seçilen an gibi unsurlar ile birlikte seçilen konuya ilişkin veri-bilgi sunma amacının telif hakkı koruması tanımak için yeterli olduğu kabul edilmiştir[28]. Buna göre, bir fotoğrafın ortaya çıkarılma-

---

[25] Türk hukukunda ise *Yarsuvat* hususiyeti *"orijinallik"* kavramıyla tarif etmekte ve her eserde orijinalliğin farklı şekillerde görülebileceğini ifade etmektedir: **Yarsuvat,** D.: Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 3.Bası, İstanbul 1984, s.53.

[26] **Davies,** G.: Copyright Law for Artists, Photographers and Designers, London 2010, s.33; **Michalos,** Rdn.3-018, s.111-112.

[27] **Michalos,** Rdn.3-010, s.106-107; **Williams,** s.178; yine bkz. **Brauneis,** R.: Intellectual Property Protection of Fact-Based Works, UK-USA, 2009, s.13.

[28] **Michalos,** Rdn.3-011, s.107; *Antiquesportfolio.com v Rodney Fitch & Co. Ltd.* ([2001] FSR 345), http://www.out-law.com/page-8688 (5.03.2011): İngiltere'de davaya konu olayda, davacı internet üzerinden antika eşya pazarlama ve satışı yapmak amacıyla oluşturulacak websitesinin hazırlanması konusunda davalı ile sözleşme akdetmiştir. Ancak davalı firmanın websitede yer vermiş olduğu antika fotoğraflarının ünlü bir antika ansiklopedisinden izinsiz alınarak çoğaltılmış olduğu ortaya çıkınca, davacı websitesinde kullanılan materyalin üçüncü kişinin fotoğrafları üzerindeki telif hakkını ihlal ediyor olmasından ötürü sözleşmeye aykırılık nedeniyle dava açmıştır. Davada diğer hususlar yanında, websitesinde kullanılan 3.kişiye ait fotoğrafların -statik antika objelerin fotoğraflarının- telif hakkı korumasından yararlanabilir nitelikte olup olmadığı ile ilgili tesbitlere yer verilmiştir. Kararda fikri korumadan söz edebilmek için, üç boyutlu eserlerin fotoğraflanmasında fotoğrafçının pozlama, açı, odaklama-detaylandırma, ışık kullanımı, teknik-çekim kalitesi vb. açısından belli bir ölçüde emek sarfetmiş, çaba göstermiş, zaman harcamış olması gerektiği ifade edilmiştir. Davada bu durumun somut olayda mevcut olmasından hareketle izinsiz çoğaltılan fotoğrafların fikri hukuk çerçevesinde korunacağına karar verilmiştir. Özellikle reklamcılık ve pazarlama alanında alışılmış ve sıradan objelerin çekiminde dahi yine pozlama, ışık,

sındaki şu üç aşamadaki seçimlerin herhangi birinde orijinallikten söz edilebilecektir[29]: 1) fotoğrafta yer alan objelerin dizilişi&aranjmanı, ışık ve kameranın seçimi vb.ön belirlemelerde. 2) Çekim anı ve çekim açısına ilişkin belirlemelerde. 3) Çekimden sonra fotoğraf üzerinde yapılacak müdahalelerde. Fotoğrafın niteliği itibarıyla özgünlük/orijinallik konusunda belirleyici olabilecek hususlara ilişkin hukuk sistemlerinde ele alınan ölçütlerin benzer olması doğaldır. Ancak bu ölçütlerin gerek hukuk sistemlerinde gerekse aynı hukuk sistemi bünyesinde bile farklı değerlendirilmesi ve farklı içtihatlara yol açmasının temelinde bu ölçütlerin daha ziyade somut olayın koşullarına göre değerlendirmeye elverişli olması ve yasal düzenlemelerdeki farklılıklar yatar. Kanımızca Common Law hukuk sisteminde fotoğraflarda özgünlüğe/orijinalliğe ilişkin yargı içtihatlarında koruma eşiğinin düşük tutulmasına yönelik eğilim, fikri hukuk sisteminin temelindeki anlayışın yanında, orijinal olmayan fotoğraflar (non-original photographs) için bağlantılı haklar çerçevesinde koruma, bu fotoğrafların izinsiz kullanılması suretiyle ortaya çıkan haksız kazancı önleme veya bunlara benzer yasal düzenlemeler yoluyla koruma öngörülmemiş olmamasından ötürü, uygulamada doğan sıkıntıları giderme düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

Burrow Giles Lithographic Company v Sarony'de[30], ünlü fotoğrafçı Sarony'nin, çekmiş olduğu Oscar Wilde'in portre fotoğrafının davalı firmaca fotoğrafçının rızası dışında baskı yoluyla çoğaltılması ve piyasaya sürülmesi nedeniyle zararının karşılanması için açtığı ve sonrasında davalı tarafından temyize başvurulan olayda, dava konusu fotoğrafın telif hakları çerçevesinde korunabilirliği ele alınmıştır. Davalının fotoğrafçılığın salt mekanik bir işleme dayandığı, eser sahibinin düşünce ve duygu-

---

arka plan, sonraki dijital müdahaleler vb.olmak üzere ciddi zaman harcanarak uğraş verildiği; hal böyleyken bu fotoğraflar üzerindeki emeğin korumasız bırakılmasının yerinde olmayacağı ifade edilmiştir.

29 **Michalos,** Rdn.3-011, s.107; benzer şekilde **Williams,** s.177.

30 *Burrow Giles Lithographic Company v Sarony,* 111 U.S. 53 (1884). Ünlü fotoğrafçı *Sarony*'nin fotoğrafçılığın telif hakları çerçevesinde korunmayı gerektiren yaratıcı bir faaliyet olarak kabul edilmesi açısından ilk hukuksal mücadeleyi başlatan ve başarı sağlayan (12000 ABD Doları telif tazminatı) kişi olduğu söylenebilir; http://en.wikipedia.org/wiki/Burrow-Giles_Lithographic_Co._v._Sarony (5.03.2011); ayrıntılı olarak bkz. **Brauneis,** s.11; karş. *Bleistein v Donaldson Lithographic Co.* 188 U.S. 239 (1903), **Brauneis,** s.12.

larını somutlaştırmaya, yansıtmaya elverişli bir nitelik taşımadığı savunması kabul görmemiştir. Mahkeme bu hususun alelade, şipşak çekilen fotoğraflar açısından belki sorgulanabileceğine ancak dava konusu Oscar Wilde fotoğrafında söz konusu olmadığına-bu fotoğrafın orijinal (özgün) olduğuna karar vermiştir. Buna göre, fotoğrafçının, modelin kamera önünde vermiş olduğu poz, duruş ve ifadedc, seçilen kostüm ve arkaplanda, yaratılan kompozisyonda, ışık ve gölgelemenin kullanılmasındaki rolü ve yaptığı hazırlık çalışmaları göz önünde tutulmuş[31] ve eser sahibi olarak kendisine tanınan haklardan yararlanabileceği ifade edilmiştir. Bu kararla birlikte benzer içtihatlarda fotoğrafçının fotoğrafı tesbitten önce yapmış olduğu hazırlık faaliyetleri ve yine pozun yaratılmasına ilişkin "an" seçimlerinin fikri ürünün özgünlüğünün değerlendirilmesinde öne çıktığı görülmüştür[32]. *Pagano v. Charles Beseler Co.* davasında mahkeme *Sarony* kararındaki değerlendirme ölçütlerini, dava konusu kent manzarası fotoğrafında özellikle fotoğrafçının zamanlamaya ilişkin seçimi, yakalanan an vb. açısından kıyasen uygulamak suretiyle orijinallik değerlendirmesi yapmıştır[33]. Yine basında çok ilgi çeken *Leibovitz v. Paramount Pictures* davasında, ünlü fotoğrafçı Annie Leibovitz, artist Demi Moore'un hamileyken çekmiş olduğu nü fotoğrafının dijital manipülasyon ile bir filmin posterlerinde rızası dışında kullanılması üzerine telif haklarının ihlal edildiği iddiasıyla *Paramount Pictures* film şirketine dava açmıştır. Telif hakları ihlalinin mevcut olup olmadığı ve fotoğrafın

---

[31] Kararda orijinalliğin (özgünlüğün) fotoğrafçının deklanşöre basmadan önceki hazırlık faaliyetlerinde (pre-shutter activities of the photographer) yer aldığı ifade edilmiştir: **Michalos,** Rdn.3-013, s.108-109; **Williams,** s.183 ve s.185, dpn. 96; yine bkz. **Hughes,** s.10 vd.

[32] Bkz. *Leibovitz v. Paramount Pictures*, 137 F.3d 109 (2d Cir. 1998); *Pagano v. Charles Beseler Co.,* 234 F. 963 (S.D.N.Y. 1916), **Williams,** s.185, dpn.88. *Williams* fotoğrafların özgünlüğünü ele alan yargı içtihatlarında fikri ürün ortaya konmadan önce ürüne ilişkin fotoğraf sanatçısının yapmış olduğu hazırlık çalışmaları ve estetiğe dair seçimlerine ağırlık verilen bir anlayışın (front-end approach) hakim olduğunu; grafik eserlerinde ise yaratma ve özgünlüğün ürünün son halinde arandığını dile getirmiştir: **Williams,** s.184.

[33] Anılan kararda fotoğrafın tesbitine ilişkin fotoğrafçının karar verdiği "an"ın- fotoğrafçının zamanlamasının da, zamanlamanın ışık, gölgeleme, arkaplan gibi noktalarda önem arz ettiği dikkate alınarak, orijinallik (özgünlük) açısından değerlendirilebilecek ölçütlerden biri olduğu belirtilmiştir: **Williams,** s.185.

özgün niteliği-fikri hukuk düzenlemeleri çerçevesinde korunabilirliği açısından yapılan değerlendirmede; kompozisyon, ışık kurgusu, renk tonlaması, çekim açısı ve kadraj gibi somut olayda fotoğrafın estetik yönünün oluşmasında net şekilde rol oynayan fotoğrafçının seçimlerinin fotoğrafa özgün nitelik bahşettiğine karar verilmiştir[34] [35].

Kıta Avrupası hukuk sisteminde, bir eserin orijinal/özgün nitelik taşımasında esas alınan temel ölçütün eserin eser sahibinin hususiyetini taşıması olduğunu belirtmiş idik[36]. Fotoğrafta özgünlüğün (hususiyetin) değerlendirilmesinde, *Common Law* ülkelerine benzer şekilde, fotoğrafçının seçimlerinden (çekim açısı, perspektif, kompozisyon, kadraj, tek-

---

[34] Bununla birlikte dava konusu olayda, mahkeme fotoğrafın Leibovitz'in orijinal fotoğraf eserinin tıpatıp kopyası olmadığı, fotoğraftaki bazı unsurlarda mizahi amacı, parodi amacını açıkça ortaya koyar şekilde oynama yapıldığından (Demi Moore'un hamile fotoğrafının bir komedi filminde (Çıplak Silah 33 1/3) Leslie Nielsen'e uyarlanması) hareketle serbest/adil yararlanmanın (fair use) söz konusu olduğuna kanaat getirmiştir; fotoğraflar ve ayrıntılı bilgi için http://en.wikipedia.org-/wiki/Leibovitz -v. Paramount Pictures Corp (5.03.2011). Parodinin serbest yararlanma ilkesi bağlamında değerlendirilmesine ilişkin **Tekinalp,** § 11 Nr.19, s.133.

[35] Amerikan hukukunda özellikle iki halde özgünlük/orijinallik niteliğinin yokluğundan hareketle fotoğrafçılara telif hakkı koruması tanınmaması gerektiği dile getirilmiştir. İlk hal, fotoğrafçının kompozisyon, çekim açısı, ışığın kullanımı vb. gibi belirleyici unsurlar yönünden daha önceki bir fotoğraf eserini taklit etmesidir. *Gross v Seligman* davasında fotoğrafçı aynı modeli aynı kompozisyonda, ışık-gölgeleme gibi unsurları da aynı şekilde kullanmak suretiyle daha önce tesbit edilmiş orijinal bir fotoğraf eseri üzerindeki telif haklarını ihlal etmiştir. Bu gibi hallerde orijinal eseri birebir taklit etme yönünde açıkça fark edilen bir kasıttan söz edilebiliyorsa fikri hak ihlali gündeme gelecektir (*Gross v Seligman* 212 F.930-2d Cir.1914; yine aynı yönde *Ateliers Tango Argentin v Festival D'Espagne et D'Amerique* 1999-84 C.P.R.(3d)56). İkinci halde, bir resmin-çizimin veya başka bir eserin tıpatıp (birebir) kopyasını oluşturacak şekilde fotoğraflanması durumunda, bu fotoğraflarda da, kural olarak önceden var olan kompozisyon, konu vb.den ötürü özgünlükten söz etmenin zor olacağı ifade edilmiştir: "Nimmer on Copyright" (Matthew Bender, Looseleaf), §2.08 [E][2] (**Michalos,** s.109-110'dan naklen). Benzer olarak *Bridgeman* kararı için bkz. *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp* 25 F. Supp. 2d 421 (S.D.N.Y. 1998), **Williams,** s.183.

[36] Fransız doktrin ve uygulamasında fikri hukuk kapsamında korunacak eserde, onu meydana getirenin kişiliğinin esere yansıtılmış olması gerektiği savunulmaktadır. Yargı içtihatlarında ölçüte ilişkin "eser sahibinin kişiliğinin damgası (mührü), "eser sahibinin kişiliğinin yansıması", "bireysel kabiliyetin mührü" gibi ifadelere yer verildiği görülmektedir: **Michalos,** Rdn.3-105, s.151-152.

nik, model ve ışık kullanımı, pozlama, dijital müdahaleler vb.) hareket edilmektedir[37]. Avusturya'da bir davada baca fotoğraflarının perspektif, ışık-lens kullanımı açısından orijinal nitelikte olduğuna karar verilmiştir[38]. Bununla birlikte, teoride sadece eser sahibinin hususiyetini (özelliğini) yansıtan yaratıcı fotoğrafların eser sahibinin hakları ile korunacağı öngörülmüş ise de; uygulamada bu yaklaşımla örtüşmeyen ve basit şekilde tesbit edilen görüntülere bile koruma tanıyan yargı kararlarına da rastlanabilmektedir. Fransa'da bir davada fotoğrafçı *Amundsen*'in Güney Kutbunda çektiği estetik ve özgün nitelik taşımayan ancak tesbit edilmelerindeki güçlüklerden dolayı ticari değeri haiz fotoğraflarına fikri hukuk koruması (copyright protection) tanınmıştır[39]. Buna karşın, fikri hukuk ilkeleri çerçevesinde koruma tanınması beklenen bazı fotoğraf eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda da korumanın reddedilebildiği gözlenmektedir. İspanya'da *Cristina B v Jose AM*[40] davasında profesyonel bir model portfolyosunu hazırlamak üzere bir fotoğrafçıyla anlaşmış; fotoğrafçının daha sonra modelin fotoğraflarından biri üzerindeki çoğaltma ve yayma hakkını bir kitap kapağında kullanılmak üzere yayıncıya devretmesi üzerine, görüntüsü üzerindeki hakkının (right to one's own image), kişilik haklarının ihlaline dayanarak dava açmıştır. Mahkeme uyuşmazlığa konu fotoğrafın, fotoğrafçının entelektüel, zihinsel ürünü olmadığından hareketle orijinal/özgün nitelik taşımadığına karar vermiştir[41] [42].

---

[37] **Gimeno,** s.132-133.

[38] **Michalos,** Rdn.3-106, s.152.

[39] *Amundsen v Juven* Civil Tribunal Seine 1908, **Michalos,** Rdn.3-106, s.152.

[40] İspanya Temyiz Mahkemesi 29.03.1996, Ent.L.R. (1998), s.131.

[41] Kararda fotoğrafta aranan estetik niteliğin fotoğraftaki modelin güzelliğinden değil, bizzat fotoğraftan, fotografik unsurlardan kaynaklanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu karar doktrinde mahkemenin fotomodelin fotoğraf üzerindeki kişilik haklarını korumaya çalışırken gerekli olmayan şekilde fotoğrafın eser niteliğinin değerlendirilmesine yer vermesi yönünden eleştirilmiştir. Zira fotoğraf üzerindeki kişilik haklarının, imajın ticari amaçlarla suistimal edilmesini engellemek ve bu konuda koruma sağlamak, fotoğraf üzerindeki telif haklarının varlığını inkar etmeyi gerektirmez: **Gimeno,** s.137. Fotoğrafta tasvir edilenin kişilik haklarının korunması ve fotoğraf üzerinde eser sahibinin telif hakları ayrı ayrı hukuksal korumaya konu teşkil eder.

[42] Karş. *Burrow Giles Lithographic Company v Sarony,* 111 U.S. 53 (1884), bkz. yuk. dpn. 213.

Fransa'da *R.Cauchetier v Les Cahiers du Cinéma*[43] davasında ise set fotoğrafçılarının çekmiş olduğu film görüntülerine ilişkin fotoğrafların hukuksal niteliği ele alınmıştır. Burada fotoğrafçının, yönetmen&oyuncular tarafından belirlenen sahne ve ortaya konan görüntülerle bağlı olduğundan hareketle, hususiyetini yansıtabileceği yaratıcı bir ürün ortaya koyamayacağı; kural olarak bu fotoğrafların fotoğrafçının telif hakları çerçevesinde değerlendirilebilecek fikri eserler olmadığına karar verilmiştir. Ancak fotoğrafçının belirli talimatlarla bağlı olmadığı hallerde, sanatsal seçimlerini kullanarak tesbit ettiği fotoğrafların, koşulları varsa özgün niteliğinden söz edilebileceği ifade edilmiştir[44]. Paris Temyiz Mahkemesinde ele alınan *Fédération francaise de Gymnastique v Cottret*[45] davasında ise atletik olimpiyat ve yarışmalarda çekilmiş fotoğraflar üzerinde eser sahibinin telif hakları olduğu karara bağlanmıştır. Fotografik görüntülerin ilk bakışta gerçek anlamda bir yaratıcılık ve orijinallik taşımadığı düşünülse dahi; çekim açılarına ilişkin seçim, ışığın kullanımı ve odaklama gibi unsurların eser sahibinin eser üzerindeki hususiyetini hissettirecek derecede oluşundan dolayı telif hakları çerçevesinde korunabilir olduklarına karar verilmiştir.

Başka eser türlerinin fotoğraflanmasında özgünlüğün söz konusu olup olamayacağına ilişkin olarak ise yargı içtihatlarında bir birlik yoktur. Belçika'da bu tür fotoğrafların eser sahibinin haklarına (author's rights) dayalı olarak korunamayacağı açıkça kararlaştırılmıştır. Zira fikri hukuk çerçevesinde koruma ancak o fikri ürünün kişinin entellektüel/zihinsel çabasının ifadesi olarak ortaya çıkması halinde söz konusu olabilir. Ancak bu fotoğraflar diğer eserlerin basit şekilde görüntülenmesi ve genellikle bu eserlere ilişkin bilgi verme amacıyla fotoğrafın bir çoğaltma aracı olarak kullanılmasıyla ortaya çıkan ürünlerdir. Bu karar *Bridgeman* kararında yer alan esaslarla uyumlu iken,

---

[43] Paris *Tribunal de grande instance* 18.06.1997 (3rd chamber) 174 R.I.D.A 180, **Michalos,** s.154, dpn. 63.

[44] Doktrinde *Common Law* hukuk sisteminde set fotoğrafçısının çekmiş olduğu fotoğrafların, eserde yaratma seviyesinin düşük kabul edilmekte oluşundan hareketle fikri hukukta korunmasının mümkün olabileceği dile getirilmiştir: **Michalos,** Rdn.3-111, s.154.

[45] 164 R.I.D.A. 244, **Michalos,** Rdn.3-112, s.154-155.

Antiquesportfolio.com v Rodney Fitch & Co. Ltd. kararıyla[46] örtüşmediği görülmektedir. Bu konu da orijinallik/özgünlük ölçütünün değerlendirilmesinde hukuk sistemleri arasındaki ayrı yaklaşımların ve beraberinde gelen içtihat farklılıklarının başka bir örneğidir[47].

Görülmektedir ki, fotoğrafların korunmasına ilişkin temel sorunlar eser olma için aranan orijinallik/özgünlük ölçütünün hukuk sistemlerinde farklı değerlendirilmesi ve alelade fotoğraflara (non-original photographs/Lichtbilder) bazı ülkelerin bağlantılı hak çerçevesinde koruma tanırken, bazılarının herhangi bir koruyucu yasal düzenleme öngörmemiş olmasıdır. Fotoğrafın bir taraftan mekanik bir çoğaltma yöntemi diğer taraftan da eser sahibinin hususiyetini yansıtarak ortaya koyabileceği özgün bir fikri ürün olabilirliği, fotoğraflarda özgünlüğün/ orijinalliğin somut şekilde değerlendirilmesini zorlaştırmaktadır. Gerek uluslararası gerekse Avrupa Birliği bünyesinde yapılan düzenlemeler yeknesaklaşma yönünde gelişme sağlasa da, tarihsel süreçte Bern Anlaşması revizyonlarında da kendini gösteren fotoğrafın fikri hukuktaki yerine ilişkin görüş farklılıkları bu yeknesaklaşmanın kısmen önünü kesmiş; aynı konuda farklı içtihatların oluşmasına sebebiyet vermiştir.

II. ALMANYA

İlk bölümde değindiğimiz üzere fotoğrafın sanat olarak ele alınıp değerlendirilmesi ve bu bağlamda fikri hukuk kapsamında korunabilmesi uzun süren bilimsel tartışmalara neden olmuştur. Almanya'da fotoğrafın güzel sanat türleri arasında kabul görmesi uzun zaman almış; birçok alanda giderek artan önemine rağmen fotoğraf yakın zamana kadar fikir ve sanat hukukunda üvey evlat muamelesi görmüştür.

A. Yasal Düzenleme

Alman fikri hukuk sisteminde fotoğrafların korunmasıyla ilgili olarak farklı yasal düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Fotoğraflar arasında niteliklerine göre bir ayrım yapılmış; buna göre, yasa koyucu

---

[46] *Antiquesportfolio com v Rodney Fitch & Co. Ltd.* ([2001] FSR 345), http://www.out-law.com/page-8688 (5.03.2011), bkz.yuk.dpn.28.

[47] **Michalos,** Rdn.3-113, s.155 ve Rdn.3-115, s.156.

sanatsal nitelikli fotoğrafları diğer alelade fotoğraflara göre daha uzun koruma süresi çerçevesinde korumayı kararlaştırmıştır[48] [49]. Ancak bu fotoğraflar arasındaki nitelik ayrımının net şekilde nasıl gerçekleştirilebileceği hukukta tartışılagelen bir sorun olmuş; bu sınırı çizmek Alman

---

[48] Avusturya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da Alman Hukukunda yer verilen hükümlere paralel düzenlemelerin olduğu görülmektedir.

[49] Fotoğraflarla ilgili düzenlemelerin tarihsel gelişimine bakılınca, önceleri KUG'da (Kunsturheberrechtsgesetz) güzel sanat eseri olarak fotoğrafların korunmasında yaratıcı bir çabanın, estetik unsurun, fikri yaratmanın aranmadığı, böylelikle korunmanın oldukça geniş yorumlandığı söylenebilir. Sonrasında böyle genişletici bir yorumun- fotoğrafta yaratıcı çabanın ve fikri yaratma olgusunun, özellikle bilim, müzik ve diğer güzel sanat eserleriyle karşılaştırıldığında sınırlı olduğu; estetik nitelikli sanatsal fotoğrafların dışında çok sayıda olağan ve rutin fotoğrafların da meydana getirildiği dikkate alınarak- yerinde olmadığına karar verilmiştir. 1959'da Kanun tasarısında bu sefer sanatsal nitelikli fotoğrafları da kapsar şekilde genel bir bağlantılı hak koruması tanınması yolunda düzenleme öngörülmüştür. 1965'de yürürlüğe giren Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ise şu anki ayrımın temelini oluşturan düzenleme getirilmiş; fotoğraf eserleri (Lichtbildwerke) ve fotoğraflar (Lichtbilder) için ayrı hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, fotoğraf eserleri diğer eser türleri gibi telif hakları korumasından yararlandırılırken (§2 Abs.1 Nr.5), alelade fotoğraflara bağlantılı haklar kapsamında koruma (§72) tanınmıştır. Ancak yasa koyucu bir süre sonra fotoğraf eserleri ve alelade fotoğraflar arasındaki ayrım yapmanın uygulamada zaman zaman aşılamaz zorluklar yarattığını göz önüne alarak, hukuksal sonuçlar açısından yakınlaştırma yoluna gitmiş; bir yandan fotoğraf eserleriyle ilgili düzenlemelerin uygun düştüğü ölçüde fotoğraflara da uygulanmasını kabul etmiş, bir yandan da eser niteliğindeki fotoğraflara ilişkin koruma süresini kısaltmıştır. Ancak bu çözüm de eser niteliğindeki fotoğrafların diğer eser türleriyle aynı şekilde korunmasının engellenmesi yönünden eleştiri almıştır. 1985'deki Kanun değişiklikleriyle fotoğraf eserlerinin genel koruma süresi olan 70 yıl için; alelade fotoğraflarda ise belgesel-tarihi nitelikli olanların 50, diğerlerinin ise 25 yıl için (1995'de bu ayrım kalkmış, alelade fotoğraflar için 50 yıllık genel bir koruma süresi kabul edilmiştir) korunması öngörülmüştür: **Schricker,** §2 Rdn.174, s.123; **Nordemann,** s.136; **von Gamm,** E.: Die Problematik der Gestaltungshöhe im deutschen Urheberrecht, Baden-Baden 2004, s.66; Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **Bappert/Wagner,** s.104 vd.; **Gerstenberg,** E.: Zur Schutzdauer für Lichtbilder und Lichtbildwerke, GRUR 1976, s.131 vd.; **Nordemann,** A.: Zur Problematik der Schutzfristen für Lichtbildwerke und Lichtbilder im vereinigten Deutschland, GRUR 1991, s.418 vd.; **Nordemann,** A./ **Mielke,** L.: Zum Schutz von Fotografien nach der Reform durch das dritte Urheberrechtsänderungsgesetz, ZUM 1996, s.214.

yargısı ve doktrininin çabalarına rağmen bugün bile tam anlamıyla mümkün olmamış; uygulama kesinlik kazanamamıştır[50].

Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (UrhG)[51]'ndaki ilgili düzenlemelerde (§2/5-§72) yasa koyucunun "fotoğraf" kavramına yer vermediği; bunun yerine fotoğraf eserleri (eser koşullarını taşıyan nitelikli fotoğraflar) için "Lichtbildwerke", bu nitelikte olmayan alelade fotoğraflar için ise "Lichtbilder" terimlerini tercih ettiği görülmektedir[52]. Alelade fotoğraflar[53] telif haklarıyla ilgili düzenlemeler kapsamında değil, Kanunun komşu haklarla ilgili hükümleri (UrhG §72- Schutz der Lichtbilder) kapsamında korunmasına karşın, UrhG §72'de fotoğraf eserleriyle ilgili hükümlerin bünyesine uygun düştüğü ölçüde alelade fotoğraflara da uygulanabileceği ifade edilmiştir[54].

1. Fotoğrafın "Eser" Niteliği ve Fotoğraf Eserinde Aranan Unsurlar

Gerek fotoğraf eseri (Lichtbildwerke) gerekse fotoğrafla (Lichtbilder) ilgili düzenlemelerin uygulanabilirliği her şeyden önce bir fotoğrafın varlığını gerektirir. Buna göre fotoğraf, bilinen fotoğrafçılık teknikleriyle ya da işlem, etki ve sonuçları bakımından bu tekniklere

---

50 **Nordemann,** s.135; bkz. **Loewenheim,** §9 Rdn.124-125, s.133; **von Gamın,** s.67; **Jacobs** (Fotografie), s.36.

51 Kanunun Almanca metni için bkz. **Mächtel /Uhrich /Förster,** Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), s.290 vd.

52 **Mielke,** L./ **Mielke,** G.: Die Entwicklung des Fotorechts seit 2006, AfP 2010, Heft 5 s.1, www.genios.de (5.08.2011); **Loewenheim,** §9 Rdn.126, s.133. Kanımızca yasa koyucunun bu şekilde farklı terminolojiye yer vermesi fotoğraflarla ilgili yapılan niteliksel ayrımı ve yer verilen farklı düzenlemeleri vurgulama amacına hizmet etmektedir.

53 Alman hukukunda komşu haklarla ilgili düzenlemeler kapsamında korunan alelade fotoğraflar açısından, bu fotoğraflar en azından asgari bir emek-çaba ürünü olduğu sürece koruma açısından başkaca koşul aranmamıştır. Bu bağlamda başka fotoğrafları salt çoğaltma işlevi gören fotoğraflar veya fotokopilerin koruma kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır: *Motorsage,* BGH (1992) NJW, s.689-690; bkz. **Nordemann,**W.: Lichtbildschutz für fotografisch hergestellte Vervielfältigungen?, GRUR 1987, s.15-17; **Ulmer,** s.511; **Wandtke/Bullinger,** §72 Rdn.3, s.1093.

54 Bu düzenleme bir anlamda eser-hak sahipliği, eser sahibinin mali ve manevi hakları ve hukuksal işlemleriyle ilgili hükümlerin alelade fotoğraflar açısından da kıyas yoluyla uygulama bulacağı anlamına gelmektedir: **Nordemann,** s.136.

benzer usul kullanılarak meydana getirilebilir[55]. Fotoğrafın klasik veya elektronik usulle elde edilmiş olması, bunun gibi dijital bir ortama kaydedilmiş veya basılmış olması bir farklılık yaratmaz[56]. Sinema eserinin önemli (esaslı) parçalarını oluşturan münferit resimler ise Alman hukukunda müstakilen değerlendirilebildikleri takdirde filmin parçaları olarak değil, fotoğraf olarak korunur[57]. Yasal düzenlemelerde fotoğrafçılık teknikleri ve benzer usulle ortaya konan fikri ürünlerden bahsedildiği için, doktrinde yakın tarihte yer alan, fotoğraf tekniklerinden de yararlanılarak yapılan bilgisayar çizimleri ve dijital illüstrasyonların bu kapsamda korunabileceğine ilişkin yaklaşımlar ise fotoğraf kavramı ve korumanın kapsamının aşırı genişletileceği düşüncesinden ötürü kabul görmemiştir[58].

Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu eser niteliğindeki fotoğraflar ile alelade fotoğraflar arasındaki ayrımın belirlenmesinde fotoğraf eserinin "bireysel fikri/entellektüel yaratma"(persönliche geistige Schöpfung) olma zorunluluğundan hareket etmiştir. Alman UrhG §2, Kanun kapsamında korunan eserlere yer vermiş; 2.fıkrada ise bu Kanun kapsamında eser olarak kabul edilen fikri ürünlerin sadece 'bireysel fikri yaratmalar'[59] olabileceğinin altını çizmiştir. Ancak yasa koyucu bireysel fikri/entellektüel yaratmalara ilişkin bir tanıma yer vermemiş; bu konuda

---

[55] **Nordemann** (Fotografie), s.61 vd.; **Loewenheim,** §9 Rdn.128, s.134; **Ulmer,** E.: Urheber- und Verlagsrecht, 3.Aufl., Munich 1980, s.153.

[56] Kars. BGH GRUR 1962, 470/472-AKI; **Loewenheim,** §9 Rdn.128, s.134; **Schricker,** §2 Rdn.176, s.124-125; **Nordemann,** s.136-137; **Ulmer,** s.153.

[57] BGHZ 9, s.262/264- Lied der Wildbahn; **Loewenheim,** §9 Rdn.129, s.134; **Schricker,** §2 Rdn.175, s.124; **Schack** (Urheberrecht), Rdn.209, s.119; **Öztan,** s.146. Bilgisayar teknolojileri destekli çizgi filmler açısından ise böyle bir korumanın söz konusu olamayacağı yönünde haklı olarak **Loewenheim,** §9 Rdn.129, s.134.

[58] **Loewenheim,** §9 Rdn.128, s.134; **Schricker,** §2 Rdn.176, s.124-125; **Nordemann** (Fotografie), s.65; **Heitland,** s.25; **Maaßen,** s.338-340; **Schack**, Rdn.860, s.432; karş. **Koch,** s.180-184; **Schulze,** s.188-192.

[59] **Mielke/Mielke,** s.1. Bireysel fikri/entellektüel yaratma ile işaret edilmek istenen kişinin özgün düşüncelerini, hissiyatını ve paylaşmak istediklerini bir ifade aracı vasıtasıyla başka kişilerce algılanabilir bir formda ortaya koyma çabası ile meydana getirdiği özgün fikri üründür. Bunun teknik bir araç yardımıyla gerçekleştirilmiş olması bir farklılık yaratmaz: **Blanckertz,** s.4.

görev doktrine ve yargı uygulamasına düşmüştür. Hakim görüşe göre[60] fikri bir yaratmadan, konumuz çerçevesinde "eser" niteliğinde bir fotoğraftan söz edebilmek için dört temel unsur aranır: Fikri ürünün bireysel çabayla şahsen yaratılmış olması[61], algılanabilir bir şekil-formda olması, eser sahibinin hususiyetini taşıması, gerekli yaratma seviyesini (Gestaltungshöhe/ level of creation) haiz olması. Bu unsurlardan fotoğraflarla ilgili olarak yorumlanmasında zorluk yaşanan son ikisidir.

Hususiyet eser sahibinin entellektüel zeka, düşünce gücü ve becerilerinin eserde vücut bulmasıdır; böylelikle eseri diğer olağan fikri ürünlerden ayırdetmek mümkün hale gelir[62].

Fikri hukukun tarihsel gelişiminde fotoğrafın yerini almasının kısmen gecikmeli gerçekleştiği dikkate alındığında, hususiyet kavramının daha ziyade diğer eser türleri göz önüne alınarak tanımlanmaya çalışılmış olduğu görülecektir[63]. "Fotoğraf ile sanat yapma", diğer eserler, örneğin resim ve çizimlerle karşılaştırıldığında daha teknik bir işleme dayalı olarak gerçekleştiği düşünüldüğünden doktrin ve yargı uygulamasında hususiyete işaret eden ölçütlerin somutlaştırılmasına çalışılmıştır : Konu seçimi, kurgu ve kompozisyon[64], ilgi merkezi, alışılmadık perspektif ve derinlik, model, ışık ve gölgelemenin kullanılması, doğru/kritik anın

---

60 **Nordemann,** s.137; **Schricker,** §2 Rdn.9, s.56 vd.

61 Fotoğraf bir insan tarafından tesbit edilmiş olmalıdır; bu anlamda bazen uygulamada basın yayın kuruluşlarının, fotoğraf-haber ajanslarının eser sahibi olduğu düşünülebiliyorsa da, tüzel kişiler eser sahibi olamaz. Bkz. *Satellitenfoto* LG Berlin, GRUR 1990, s.270; **Schricker,** §2 Rdn.178, s.125; **Ulmer,** s.128.

62 **Nordemann,** s.138; **Ulmer,** s.133.

63 Uygulamada hususiyete ilişkin yapılan çeşitli tanımlamalarda ifade edilmek istenen, esasen eser sahibinin yaratma gücüne dayalı olarak vermek istediği mesajdan fazlası değildir. Teknik yönü bir tarafa, fotoğrafçılık bir fotoğraf sanatçısının izleyiciye ulaştırmak istediği sanatsal mesajı için tek araçtır. Fotoğrafın bünyesinde yaratıcı unsurlara dayalı bir mesaj/bilgi barındırdığı kabul edilebiliyorsa, eser niteliğinde bir fotoğraftan söz edilebilecektir: **Nordemann,** s.138-139; **Nordemann** (Fotografie), s.105-106; **Ulmer,** s.145.

64 Ayrıntılı olarak bkz. http://www.fotograf.net/Fotograf/Dersler/Kompozisyon/index.-htm (5.03.2011).

seçimi (zamanlama), çekim açısı ve kalitesi, pozlama, renk tonlamaları, dijital müdahaleler vb[65].

Eserde hususiyetin kendini belirli bir asgari seviyede göstermesi aranır ki, bu doktrinde "yaratma seviyesi/sınırı" (Gestaltungshöhe/level of creation) olarak ifade edilmekte ve fikri hukuk korumasının asgari eşiğine işaret etmektedir. Fotoğraf açısından bu unsur ele alınırken, yaratıcılık aşaması ile teknik aşama birbirinden ayrı olarak değerlendirilmelidir. Doğada var olan ve teknoloji, fotoğrafçının aklında yaratmış olduğu görüntüyü somutlaştırmasına hizmet eder. Fotoğraf sanatçısı, yaratıcılığına hizmet eden bu geniş serbestiyi kullanarak izleyiciye söylemek, aktarmak istediklerini belirgin ve özgün şekilde iletebildiği oranda hususiyetten söz etmek mümkün olur. Alman hukukunda fotoğraf eserleri için diğer güzel sanat eserlerinde aranan yaratma seviyesinden/sınırından farklı bir özel koşul aranmadığı görülmektedir[66].

2. Koruma Süresi

Alman UrhG §64'de yer verilen genel koruma süresi hükmü çerçevesinde[67], eser niteliğindeki fotoğraflar eser sahibinin ölümünü izleyen yıldan itibaren 70 yıl süreyle korunacaktır. Alelade fotoğraflar ise (eser

---

[65] **Schricker,** §2 Rdn.179, s.125; **Nordemann** (Fotografie), s.34-39; **Schack** (Urheberrecht), Rdn.209, s.119; bkz. *Troades,* OLG Hamburg (1997) ZUM-RD, s.217-220 ve yine *Beuys-Fotografien,* OLG Düsseldorf (1997) GRUR, s.49-51; *Sprung in die Freiheit,* LG Hamburg 1.12.2006 (**Mielke/Mielke,** s.1). Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **Blanckertz,** s.5 vd.; **Ulmer,** s.151; **Loewenheim,** §9 Rdn.135, sh.135 vd; **Gerstenberg,** E.: Grenzfragen des Lichtbildschutzes, FS- Klaka, München 1987, s.120-122; **Schramm,** C.: Die schöpferische Leistung, Berlin-Köln 1957, s.129-130.

[66] **Eschmann,** S.: Urheberrecht an Fotografien, sic! 1/2005, 075, s.3 (www.sic-online.ch, 5.05.2011). Ancak Alman mahkemelerinin konuya ilişkin bakış açısının zaman zaman farklı olabildiği görülmektedir. Bkz. *Troades,* OLG Hamburg (1997) ZUM-RD, s.217-220 (düşük asgari yaratma sınırı-low minimum level) ve yine *Beuys-Fotografien,* OLG Düsseldorf (1997) GRUR, s.49-51 (düşük asgari yaratma sınırının fotoğraf eserleri için de aynı şekilde yorumlanmaması-the minimum level should not be too low): **Nordemann,** s.139, dpn.21; ayrıca bkz. **Heitland,** s.62-63; **von Gamın,** s.67.

[67] Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 64-69.paragraflarında koruma süreleri (Dauer des Urheberrechts) düzenlenmiş olup, koruma süresi eser türüne bakılmaksızın 70 yıl olarak kabul edilmiştir.

niteliğindeki fotoğraflarla birlikte) 30.06.1985'e kadar aleniyetten itibaren 25 yıl için korunmaktaydı. Daha sonra 1.07.1985-30.06.1995 tarihleri arasında ikili bir ayrım öngörülmüş; buna göre, tarihsel belge niteliği taşıyan fotoğraflar (historic documents) aleniyet tarihinden itibaren 50 yıl[68], bu nitelikte olmayan fotoğraflar ise yine 25 yıl için korunmuştur. Günümüzde ise bu ayrım ortadan kaldırılmış; alelade fotoğrafların UrhG §72/III hükmüne göre aleniyet tarihinden itibaren 50 yıl süreyle korunması kabul edilmiştir[69]. Böylelikle Alman hukukunda fotoğraf eserleri ile alelade fotoğrafların korunmasına ilişkin en belirgin farklılığın kabul edilen koruma sürelerinde kendini gösterdiği ifade edilebilir.

B. Eser Sahipliği ve Eser Sahibinin Hakları

1. Eser Sahipliği

Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1,2 ve 7.paragraflarına göre, eser sahibi eseri yaratan, meydana getiren gerçek kişidir. Alman fikri hukukunda tüzel kişiler eser sahibi olamayacağı gibi; işverenler de işçilerinin ortaya koyduğu eserlere ilişkin olarak eser sahibi addedilemez[70].

Fotoğraf eserinde eser sahibi ve asli hak sahibi kural olarak o fotoğrafı tesbit eden fotoğrafçıdır. Peki fotoğrafçının fotoğrafı bizzat kendisinin çekmediği (denklaşöre basmadığı) ve tesbiti örneğin, fotoğrafçının

---

[68] Bu düzenlemenin temelinde foto muhabirlerinin çoğu zaman bazı zorluk ve güçlükleri göze alarak çekmiş oldukları fotoğrafları üzerindeki haklarının daha uzun ve makul süre korunmasına ilişkin yoğun talepleri yatmaktadır: **Platena,** s.220.

[69] **Platena,** s.220; Fotoğraf eserleri ve fotoğraflara ilişkin koruma süreleri gerek Almanya'nın birleşmesinden önceki gerekse sonraki yasal düzenlemelerde çok defa değişikliğe uğramış; bu durum bir fotoğrafın Alman fikir ve sanat hukukunda hala korunmaya mazhar olup olmadığının tesbiti konusunda zaman zaman güçlüklere yol açmıştır. Bkz. **Nordemann** (Schutzfrist), s.418 vd; **Nordemann/Mielke,** s.214 vd; **Jacobs** (Photografie), s.34.

[70] Bkz. *Satellitenfoto* LG Berlin (1989) GRUR, s.270; **Nordemann,** s.140; **Ulmer,** s.128; **Barrelet,** D./ **Egloff,** W.: Das neue Urheberrecht- Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2.Aufl., Bern 2000, Art.6 Rdn.2, s.32 vd. İşçi ve hizmetliler özel sözleşme veya işin gereği olarak yarattıkları eserlerde eser sahibi oldukları halde, yaratılan eser üzerindeki hakları kullanma yetkisinin onları çalıştıran/istihdam edenlere tanınacağına ilişkin olarak bkz. **Nordemann,** s.140.

asistanının gerçekleştirdiği hallerde eser sahipliği nasıl belirlenecektir? Bu gibi hallerde eser sahibinin belirlenmesi fotoğraf eserine ilişkin olarak ön hazırlık çalışmalarını kimin gerçekleştirdiğine, eserdeki sanatsal yaratıcılığın kimin etkisiyle ortaya konduğuna bağlıdır. Çoğu halde denklaşöre basmasa dahi talimatlarla sanatsal çalışmayı yönlendiren fotoğrafçının tek başına eser sahibi olacağı kabul edilebilirse de; sanatsal yaratıcılıkta somut şekilde katkısı olması durumunda artık yardımcı kişi (Gehilfe) kullanılmasından değil, ortak eser sahipliğinden söz edilebilecektir[71].

2. Eser Sahibinin Mali Hakları

Alman UrhG eser üzerindeki yetkileri sınırlayıcı bir biçimde saymak yerine; eser sahibinin, kendisine sadece eserinden kaynaklanan yararlar açısından değil, eseriyle arasındaki şahsi ve manevi ilişkiler yönünden de koruma tanıyan tek ve kapsamlı bir hakkı olduğunu kabul etmiştir (Monist Teori)[72]. Mali ve manevi haklar pragmatik amaçlarla birbirinden ayrılmıştır. Çoğunlukla mali hakların ihlali aynı zamanda manevi hakları etkilerken, tersi de mümkündür. Örneğin, bir fotoğrafçı fotoğrafını yayınlanmak üzere bir gazeteye/dergiye ilettiğinde, UrhG §12 gereğince umuma arz hakkını kullanmış olduğu gibi, UrhG §15'e göre eseri üzerinde tüm mali haklarını kullanabilecektir. Eserin umuma arzında eser sahibinin adının açıklanmaması veya eserde bozucu bazı değişiklikler yapılması eser sahibinin manevi olduğu kadar, maddi menfaatlerini de etkileyebilir[73].

---

[71] **Loewenheim,** §9 Rdn.156, sh.139-140; **Hoeren/Nielen,** Rdn.79, s.69-70; **Heitland,** s.122; Örnekler için bkz. **Riedel,** H.: Fotorecht für die Praxis, München 1988, s.63. "Birlikte yaratmak" kavram olarak bir ortaklığı gerektirir; yoksa bir başkasının eser yaratma iradesine (Gestaltungswillen) tabi olarak, kendi ruhunun ve zihninin yaratıcı yönünden doğan herhangi bir fikri gerçekleştirebilme amacı taşımadan, sadece o kişinin iradesi yönünde çalışmış olan bir kimse iştirak halinde eser sahibi değil, sadece yardımcı kişi durumundadır: 11 HD, 22.10.1992, E.1991/5141, K.1992/11254-YKD 1992,C.XVIII, s.1849; 4.HD, 28.04.1984, E.28865, K.113-YKD 1984, C.X, s.1790 (**Öztan,** s.260, dpn.68).

[72] **Nordemann,** s.142; **Hoeren/ Nielen,** Rdn.108, s.83-84; **Ulmer,** s.109 vd.

[73] Eser sahibinin mali ve manevi haklarından doğan yetkilerini birbirinden kesin sınırlarla ayırmaya çalışmanın Monist teori ile çelişen yararsız bir çaba olduğu yönünde

Mali hak eser sahibinin eserle olan mali ve ekonomik bağlarına ilişkin haktır. Alman UrhG §15-24'de yer verilen bu haklar Alman hukukunda değerlendirme hakları (Verwertungsrechte) olarak adlandırılmaktadır. Bu hakların bazıları maddi biçimde semerelendirme konusu olurken (örneğin, çoğaltma ve yayma haklarında olduğu gibi); bazıları ise gayrımaddi değerlendirilir (örneğin, temsil hakkı, radyo ve televizyonla yayım hakkı vb)[74]. Konuyu ayrıntılı ele almak çalışmamızın kapsamını çok genişleteceğinden bu haklara fotoğraf eserleriyle ilgili olarak kısaca değinmeyi uygun görüyoruz.

Çoğaltma hakkı (Vervielfältigungsrecht) UrhG §16'da düzenlenmiş olup; kullanılan yöntem ve çıkarılan nüshadan bağımsız olarak bir eserin aslından kopyalarını elde etmektir. Kopyanın asıl eserle birebir aynı boyut ve şekilde olması aranmaz[75]. Bir resmin fotoğraflanması asıl eserin boyutuyla aynı olup olmadığı önem taşımaksızın çoğaltma teşkil eder. Klasik çoğaltma yöntemlerinin yanısıra bir fotoğrafın taranarak dijital fotoğraf arşivine[76] veya internete konması, data işleme cihazına kaydı da çoğaltmadır[77]. Çoğaltmadan söz edebilmek için, esere tamamen sadık kalınmış olmalıdır. Eserde değiştirilme-oynama halinde (veränderte

---

Arslanlı, s.78; **Ayiter,** s.113; **Öztan,** s.281; yine bkz. **Hoeren/ Nielen,** Rdn.108, s.83-84.

74 **Mächtel /Uhrich /Förster,** Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz),§15 s.293 vd.; **Nordemann,** s.142. Alman UrhG'de yer verilen bu ayrıma Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda rastlanmamaktadır: **Öztan,** s.352-353 ve s.376.

75 Küçük ön izleme resmi (thumbnail) üretmenin UrhG § 16 kapsamında "çoğaltma" niteliği gösterdiği yönünde **Schricker,** § 72, Rdn.26, s.1419; LG Erfurt'un, davacının güzel sanat eserinin değiştirilmeksizin küçültülmesi durumunda, çoğaltma hakkına yapılan bir müdahaleden söz edileceği yönündeki kararı için bkz. MMR 2007/6, s.393 vd. Ayrıca bkz. **Schack,** H.: Anmerkung, Urteil vom 27.2.2008- 2 U 319/07 (OLG Jena), MMR 2008/6, s.415; **Schack,** H.: Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007/8, s.643.

76 *Elektronisches Pressearchiv,* OLG Düsseldorf (1996) NJWE-WettbR, s.247 (**Nordemann,** s.143).

77 Doktrinde bir görüş, fotoğrafın canlı yayın çerçevesinde görüntülenmesinde çoğaltmadan söz edilemese de, daha sonra gösterilmek üzere oluşturulan bant yayınındaki fotoğraf kaydının çoğaltma olacağını ifade etmiştir: **May,** M.: Das neue Urheberrecht für Fotografen, Frankfurt 1985, s.20.

Wiedergaben) eserin bütünlüğüne tecavüz (Eingriff in die Werkintegrität) söz konusu olur[78].

Yayma hakkı (Verbreitungsrecht) UrhG §17'de düzenlenmiş olup, bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını[79] (Originale oder Vervielfältigungsstücke) umuma arz etme veya eseri ticaret mevkiine koymaya[80] ilişkin haktır. Kişinin fotoğrafı kişisel bağları bulunan bir kimseye, örneğin bir arkadaşına satması, ödünç vermesi veya bağışlaması halinde ortada bir yayma yoktur; zira eser ticaret mevkiine konmadığı gibi umuma arz edilmiş de değildir[81]. Zira umuma arz, eser sahibi sınırlanmamış sayıdaki kimselere, eserin aslını veya nüshalarını, kiralayacağı, ödünç vereceği, satacağı yahut herhangi bir şekilde dağıtacağı hususunda iradesini açıkladığı takdirde gündeme gelir. Yayma hakkına ilişkin diğer tüm genel ilkeler[82] fotoğraflar için de uygulama alanı bulur.

Alman UrhG §18'de, henüz alenileştirilmemiş bir güzel sanat eseri veya fotoğraf eserinin (Lichtbildwerke) aslını veya çoğaltılmış nüshalarını umuma arz etmeye ilişkin olarak eser sahibinin teşhir ve sergileme hakkı (Ausstellungsrecht) düzenlenmiştir. Anılan paragrafta fotoğraf eserlerinin güzel sanat eserlerinden ayrı olarak ifade edilmesi kanımızca UrhG 2'de korunan eserlere ilişkin maddede (Geschützte Werke) fotoğ-

---

78 **Öztan,** s.359.

79 Yaymaya ancak maddi varlığı olan hususlar elverişlidir. Bir eserin sahnelenmesi, televizyonda gösterime konması veya radyoyla yayımlanması yayma olarak kabul edilemez: **Nordemann,** s.143.

80 Alman doktrininde bir görüş, yayma hakkının mutlaka kâr amacıyla kullanılmasının gerekliliğine ilişkin bir ifade tarzı benimsemiştir: **Blanckertz,** s.32; aksi yönde **Arslanlı,** s.102; **Erel,** s.172.

81 **May,** s.20; **Wedler,** s.27.

82 Eser sahibinden yayma hakkını devir alan hak sahibinin belirli nüshaları ülkede satışı veya dağıtımını yaptıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibinin yayma hakkını ihlal edemeyecektir (Tükenme ilkesi). Tükenme ilkesi ülkeseldir; yani ülke ile sınırlıdır. Tükenme ilkesinin ülkesellik özelliği Alman UrhG §17/2 fıkrasıyla genişletilmiştir. Bu hükümle eserin Avrupa Topluluğu ülkeleri veya Avrupa Ekonomik Topluluğuna ilişkin anlaşmaya dahil başka bir ülkede ticari amaçla yayılması halinde kiralama dışında yeniden satışının yayma hakkını ihlal etmeyeceği kabul edilmiştir. Bkz. **Kılıçoğlu,** s.245-246; **Nordemann,** s.143.

raf eserlerinin bağımsız olarak ayrı bir bentte sayılmış olmasından[83] kaynaklanmıştır.

Alman UrhG §19/4'de ise eser sahibinin gösterme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, "göstermek hakkı" (Vorführungsrecht)[84], eser sahibinin bir güzel sanat eserini, bir fotoğraf eserini, bir filmi yahut ilmi veya teknik nitelikte tasvirleri teknik cihazlar yardımıyla muhatabın duyularına ulaştırma imkanı demektir. Anılan paragrafa göre bu hak ancak fotoğraf eserinin muhataba teknik cihazlar yardımıyla ulaştırılmasında gündeme gelir. Gösterme hakkı eser sahibinin gayrimaddi şekilde kullanabileceği bir hak olduğundan, bir sergide/sunumda fotoğraf baskılarının gösterilmesi bu kapsamda değerlendirilemezken; resimlerin veya diyapozitiflerin projeksiyonla ekrana yansıtılmasında göstermek suretiyle temsil hakkının kullanılması söz konusu olur[85].

Alman UrhG §20'de düzenlenen yayın hakkı ses ve görüntü nakli gibi yayınlar, uydu yayınları, kablo ve benzeri teknik araçlarla eserin umuma yayılması hakkıdır. Fotoğraflarla ilgili olarak bu hak, örneğin televizyon haberlerinde bir konuyla bağlantılı olarak veya bir fotoğraf sergisi/müzayedesiyle ilgili olarak fotoğraflara yer verilmesinde gündeme gelebilir[86]. Alman doktrininde bir görüş[87], bir veritabanındaki veya web sitesinde yer alan fotoğrafın yüklenmesinde (downloading); yayının sürekli bir aktarım/iletim iken yüklemenin sadece bu işlemin gerçekleş-

---

[83] UrhG §2/5: "Lichtbildwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Lichtbildwerke geschaffen werden" (Benzer usulle meydana getirilen eserler de dahil olmak üzere fotoğraf eserleri).

[84] "Göstermek" bir eserin seyredilmek üzere temaşaya vaz'ıdır: **Arslanlı,** s.105. "Göstermek" teknik cihazlar kullanarak bir eseri umuma düz bir satıh (ekran) üzerinde göze yahut göze ve kulağa etki yapacak şekilde arz etmektir: **Öztan,** s.383. "Göstermek" suretiyle temsil hakkının kullanılmasında aslında aynı zamanda "sergilemek" de yer almaktadır: **Tekinalp,** §14 Nr.110, s.180-181.

[85] **Nordemann,** s.144. Yazar ayrıca bu hakkın kullanılmasının yeni kitle iletişim araçlarıyla özellikle internet vasıtasıyla da mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Ancak fotoğrafların bir veritabanına veya web sayfasına yüklenmiş olması ile fotoğraf slayt gösterileri, ilkinde internet kullanıcısı hangi fotoğrafı görüntüleyeceğine karar verebilirken, slaytların ön belirlemeli belli bir sıra izlemesi yönünden farklılık arz eder.

[86] **Nordemann,** s.144.

[87] **Nordemann,** s.144-145.

me süresiyle sınırlı olduğunu, bu nedenle yükleme işleminin bir yayından ziyade çoğaltma olduğunu ifade etmiştir.

Alman UrhG §23'e göre ise fotoğrafçı eserinden faydalanarak asıl eserin sırtından yeni bir eser yaratma konusunda münhasır olarak işleme hakkına sahiptir. Fotoğrafçının izni olmaksızın eserinin işlenmesi mali hakkına yönelik bir tecavüz oluşturur. Kanunun 24.paragrafında ise eser sahibinin rızasını gerektiren işleme ve rızasını gerektirmeyen serbest yararlanma konusundaki sınır çizilmeye çalışılmıştır. Eğer asıl esere hususiyet katan nitelikler işlenme eserde yer almıyorsa, bir işlemeden ziyade serbest yararlanmadan söz edilebilir[88]. Uygulamada genellikle eser sahibinin izni alınmaksızın fotoğrafın kısmen veya tahrif edilmiş şekilde çoğaltılması ve başka sanatçılarının eserlerinde fotoğrafları model olarak kullanması halinde eser sahibinin haklarının ihlal edilebildiği görülmektedir[89].

3. Eser Sahibinin Manevi Hakları

Eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hükümler Alman UrhG §12-14 ve 39.paragraflarda yer almaktadır[90]. Buna göre fotoğrafçı eserinin umuma arz edilip edilmemesi, yayımlanma zamanı ve tarzına ilişkin olarak münhasıran hak sahibidir (Veröffentlichungsrecht). Yine fotoğrafçı eseri üzerinde değişiklik ve tahrifat yapılmasını, eserinin bozulması veya zarara uğratılmasını (Entstellung des Werkes)[91] men edebilir. Uygu-

---

[88] Bkz. *Dirlada,* BGH (1981) GRUR, s.267-269; *Sherlock Holmes, 26* BGHZ, s.52-57; *Lilly Marleen,* BGH (1958) GRUR, s.402-407; ayrıca bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.96, s.77-78.

[89] Bkz. *Hubschrauber mit Damen,* LG München (1988) GRUR, s.36 vd. (eser sahibinin hakkının ihlali); veya *Power of Blue,* OLG München (1996) NJW, s.1153 vd (eser sahibinin hakkının ihlali yok-serbest yararlanma).

[90] Ayrıntılı olarak bkz. **Heitland,** s.87 vd. *Güneş* yabancı ülke hukuklarında eser sahibinin manevi haklarına ilişkin çalışmasında Alman hukukuna da yer vermiştir. Ancak çalışmanın genelinde eser sahibi ve eser sahibinin hakları kavramları yerine, yanlış çeviriden kaynaklandığını düşündüğümüz yazar ve yazarın haklarından bahsedildiği görülmektedir: **Güneş,** İlhami: Eser Sahibinin Manevi Hakları, FMR 2003, Y:3 C:3 S:4, 11-18.

[91] UrhG §14, haklı menfaatlerinin tehlikede olduğu ölçüde, fotoğrafçıyı (eser sahibini) eserinin üçüncü kişi tarafından bozulması veya zarara uğratılması sonucunu doğuracak değişikliklere karşı korumak amacıyla düzenlenmiştir. Bu çerçevede hükmün

lamada fotoğrafçının en çok ihlal edilen manevi hakkı ise eser sahibi olarak tanıtılmasına ilişkin hakkı yani adının belirtilmesini talep hakkıdır (UrhG §13-Anerkennung der Urheberschaft)[92]. Genellikle kaynak olarak sadece yayın kuruluşunun adının verilip, fotoğrafçının adının zikredilmemesi (Örneğin, 'Fotoğraf: AFP') oldukça sık rastlanılan bir durum halini almıştır. Şüphesiz fotoğrafçının fotoğraflarıyla bağlantılı olarak eser sahibi olduğunun belirtilmesinde haklı menfaatleri vardır.

Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu §25'de " Eser sahibinin diğer hakları" başlığı altında düzenlenen eser sahibinin esere ulaşma hakkı (Zugang zu Werkstücken) da tamamlayıcı nitelikte bir hak olarak görülmektedir. Bu hak fotoğrafçıya özellikle fotoğraf negatiflerini devretmiş ya da kaybetmiş olduğu vb. hallerde, eser malikinin menfaatlerini ihlal etmediği müddetçe, ona başvurarak eserin aslından geçiçi bir süre yararlanma, bir kopya almaya ilişkin olanak tanır[93]. Örneğin, eser üzerindeki hakların kullanılmasına ilişkin yetkiler tamamen işverene devredilmiş olsa dahi, fotoğrafçı daha önce çekmiş olduğu fotoğraftan şahsen kullanma amacıyla yararlanma ve kopya alma talebinde bulunabilir.

Alman hukukunda manevi haklara sağlanan korumanın da koruma süresi boyunca olduğu kabul edilmektedir[94]. Bu uygulama fotoğraf eserleriyle ilgili olarak birtakım zorluklara sebebiyet verecek niteliktedir. Her gün farklı yayınlarda milyonlarca fotoğrafın yer aldığı düşünülürse, eser sahibinin adının belirtilmediği hallerde bu durum gerek telif haklarına dayalı talepler gerekse fotoğrafın korunup korunmadığını tesbit açısından

---

UrhG §39 ve §62 ile birlikte değerlendirilmesi yerinde olacaktır. UrhG § 39 eser üzerinde hak sahibi olan kişilerin, aksi kararlaştırılmadıkça, eser, eser adı ve eser sahipliğine ilişkin sembol/işareti değiştiremeyeceklerini düzenlemiştir. Buna göre, ancak eser sahibinin doğruluk ve dürüstlük kurallarına göre rıza göstermekten kaçınamayacağı değişiklikler caizdir. UrhG § 62'nin üçüncü bendinde ise güzel sanat ve fotoğraf eserlerinde çoğaltma için uygulanan usulün sebep olduğu boyut değişikliklerinin caiz olduğu belirtilmiştir.

92 Eser sahipliğinin belirtilmemiş olması halinde eser sahibinin hak talebinde bulunmasını engelleyici nitelikte genel işlem şartları (AGB-Klausel) geçersizdir: KG Berlin, 26.03.2010 (**Mielke/Mielke,** s.4).

93 **Heitland,** s.90; **Nordemann,** s.151; OLG München, 22.04.1993, **Mielke,** L.: Fragen zum Fotorecht, 4.Aufl., Baden-Baden 1996, 5.1 s.18.

94 **Nordemann,** s.151.

eser sahipleri ve meslek birliklerinin takibini güçleştirmektedir. Bir meslek birliği yayınlanmış bir fotoğrafın halihazırda fikri hukuk hükümlerince korunup korunmadığını ancak fotoğraf eserinin kime ait olup olmadığını bilmesi durumunda saptayabilir. Bu durum manevi hakların etkin şekilde ileri sürülüp gözetilmesini sınırlamaktadır. Alman hukukunda meslek birliklerine bir yayında yer alan fotoğraftaki eser sahipliğine ilişkin bilgi edinme hakkı tanınmasının bu sorunların çözümünü kolaylaştırabileceği ifade edilmiştir[95].

Fotoğraf sanatçısı manevi haklarının ihlalinden ötürü UrhG §97 uyarınca maddi tazminat talep edebilecektir. Zira fotoğraflarda eser sahipliğinin belirtilmesi fotoğrafçı için en etkili reklam olduğundan, başta eser sahibi olarak tanıtılmasına ilişkin hakkı olmak üzere manevi hakların ihlalinde yargı kararlarında genellikle farazi sözleşme (fotoğraf sanatçısı ile eser üzerindeki hakların kullanılmasına ilişkin lisans sözleşmesi yapılmış olsaydı) bedelinin iki katı kadar telif tazminatına hükmedildiği görülmektedir[96].

4. Eser Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar

Bazı hallerde eser sahibinin rızası olmadan eser sahipliğinden doğan haklar başkaları tarafından kullanılabilmektedir. Fotoğraf eserleri açısından önemli olabilecek sınırlamalara[97] kısaca değinmeyi uygun görüyoruz.

Alman UrhG § 45 uyarınca, kamu yararının ve güvenliğinin (Rechtspflege und öffentliche Sicherheit) gerekli kıldığı hallerde, fotoğraf üzerindeki bazı mali hakların eser sahibinin rızası aranmaksızın mahkeme ve resmi makamlar tarafından kullanılabileceği anlaşılmaktadır.

---

[95] **Nordemann,** s.151.

[96] Bkz.*Urheberbenennung bei Foto,* LG Düsseldorf (1993) GRUR, s.664-665; *Venus der Lumpen,* LG München (1994) AfP, s.239; *Spiegel-Fotos,* OLG Hamburg (1989) GRUR, s.912-913; LG München I, 23.04.1991, **Mielke,** 2.24, s.16; LG München I, 26.01.1994, **Mielke,** 2.47, s.17; **Mielke/Mielke,** s.3; **Heitland,** s.119, dpn.23 ve s.120, dpn.27.

[97] Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlamalar çerçevesinde olsa dahi, fotoğraf eseri üzerinde çoğaltma metodunun gerekli kıldığı haller dışında değiştirme, oynama yapılamaz (UrhG §62/3).

Örneğin; aranan kişileri gösteren fotoğrafların çoğaltılıp dağıtılmasında olduğu gibi (Aranıyor/WANTED!).

Alman UrhG §46'ya göre ise alenileşmiş güzel sanat ve fotoğraf eserlerinden yararlanmak suretiyle okullarda eğitim-öğretim ve dini eğitim amacıyla oluşturulan seçme ve toplama eserler (Sammlungen für Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauch) hazırlanması olanaklı kılınmıştır. Bu eserin anılan amaçlarla yaratıldığı eser üzerinde açıkça gösterilmelidir. Ancak bu yararlanma tam anlamıyla bir serbest yararlanma değildir, zira paragrafın 4.bendinde fotoğraf sanatçısının (eser sahibinin) bu kullanım dolayısıyla makul bir bedel isteme hakkı olduğu düzenlenmiştir. Yani anılan amaçlarla oluşturulmuş seçme ve toplama eserlerde fotoğraf sanatçısının rızası alınmaksızın amacın haklı göstereceği bir nisbet dahilinde eserleri kullanılmış ise, bu kullanım hukuka aykırı addedilemez ancak eser sahibinin kullanıma ilişkin adil (makul) bir bedel istemesine Alman hukuku olanak tanımıştır (UrhG §46/4).

Alman UrhG §50'de genel hatlarıyla günlük olaylarla ilgili olarak haber verilirken (Berichterstattung über Tagesereignisse) konuyla ilgili bir eserin veya en azından bazı parçalarının haber içine alınmasının gerektiği hallerin söz konusu olabileceği düzenlenmiştir. Örneğin, görsel veya yazılı basında güncel bir resim/fotoğraf sergisiyle ilgili olarak geçen haberde anılan sergide yer alan eserlere örnek mukabilinden yer verilmesi[98] veya henüz gün ışığına çıkmış fotoğraflar eşliğinde aktüel olayları ele alan bir kitabın yayın haberinde bu fotoğrafların bir kısmına yer verilmesi gibi.

Alman UrhG §51'de ise iktibas serbestisi (Zitate) düzenlenmiştir. Bu hüküm çerçevesinde, alenileşmiş fotoğraf eserleri maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir bilim eserine konulabilir[99]. Teknik anlamda bilim dallarına ilişkin

---

[98] Bkz. OLG Stuttgart (1986) AfP, s.71-72.

[99] Bkz. *Altersfoto,* OLG Hamburg (1993) GRUR, s.666-667; *Foto-Entnahme,*OLG Hamburg(1990) GRUR, s.36-37; **Hoeren/Nielen,** Rdn.288, s.192. Hükümde sadece bilim eserlerine işaret edilmiş olmakla birlikte, kendisine iktibas yapılacak eserin salt bilimsel eserler olarak sınırlanmaması gerektiği yönünde **Hoeren/Nielen,** Rdn.290, s.194.

eserler yanında popüler bilim de bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak bu yararlanma serbestisi fotoğrafların bilim eserinde eserin içeriğinin önüne geçecek derecede dikkat çekici olarak, dekoratif amaçlı kullanılmasını mazur gösterecek nitelikte olamaz. Bu ölçüt kendisine iktibas yapılan eserin boyutu veya kapsamına bağlı olarak değerlendirilecek olmakla birlikte, birkaç fotoğrafın/resmin kullanılmasının maksadın haklı göstereceği bir nispet olduğu dile getirilmiştir[100]. Örneğin, bir makalede *Helmut Newton*'un 19 fotoğrafına yer verilmesi[101] ya da New York ile ilgili bir fotoğraf-gezi rehberinde 7 fotoğrafına yer verilmesi[102] maksadın haklı göstereceği bir nispet olarak kabul edilmemiştir.

Alman UrhG §53 "özel alanda kullanma"[103] amacıyla çoğaltma yapma serbestisini (Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch) düzenlemiştir. Buna göre, fotoğraf eserlerinin doğrudan veya dolaylı kar elde etme amacı olmaksızın[104] özel alanda kullanılma, bilimsel araştırma maksadıyla yararlanma gibi hallerde çoğaltılması[105] caiz kılınmıştır. Araştırma enstitüleri ve üniversitelerde eserlerin belli bölümlerinden bu amaçlarla kopya alınması mümkündür. Ancak anılan hükme göre, örneğin fotoğraf eserleri fotokopi yoluyla veya aynı

---

[100] Bkz. *Kandinsky I,* BGH (1968) GRUR, s.607-609.

[101] Bkz. LG Hamburg (1994) AfP, s.326-329; **Hoeren/Nielen,** Rdn.288, s.192.

[102] Birkaç fotoğrafın yeterli olduğu yönünde *Foto-Entnahme,*OLG Hamburg(1990) GRUR, s.36-37.

[103] Doktrinde *Öztan* FSEK md.38'deki "şahsen kullanma" kavramı yerine Alman hukukunda olduğu şekilde "özel alanda kullanma" (privater Gebrauch) kavramına yer verilmesinin daha isabetli olacağını ifade etmiştir: **Öztan,** s.477.

[104] Anılan hükümde çoğaltmanın kâr amacına yönelik olarak gerçekleştirilemeyeceği açıkça ifade edildiğinden, fotoğrafların mesleki kazanç sağlama ve diğer iktisadi amaçlarla çoğaltılmasının bu hüküm kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir: **Hoeren/Nielen,** Rdn.275, s.183.

[105] UrhG §53'de çoğaltmanın adedi üzerinde durulmamıştır ki, bu düzenlemede önemli bir eksikliktir. Hükmün ikinci fıkrasında kullanılan "birkaç nüsha" (einzelne Stücke) ifadesi belirsizliği gidermemektedir. Bu husus Alman yargı uygulamasında "7" rakamıyla sınırlanmıştır: BGH GRUR (1978), s.474-476. Federal Mahkemenin kararı için bkz. **Nippe,** W.: Der Kampf mit den Zahlen, GRUR Int 1995, s.202 vd; Türk hukuk doktrininde *Öztan,* somut olayda kaç kopyanın tamamen kişisel olan ihtiyacı karşılamak bakımından yeterli olduğunun ölçüt alınması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre bazen tek bir kopya yeterlidir; bazense aile ve yakın dost çevresi içinde herkesin bir kopyayı elinde bulundurması gerekebilir: **Öztan,** s.481.

sonucu doğurmaya elverişli başka herhangi bir usul ile çoğaltıldığında, fotoğraf sanatçısı hakkaniyete uygun bir bedel talebine yetkilidir. Almanya'da eser sahiplerinin haklarına ilişkin olarak öngörülen bu bedelin karşılanması, fotokopi ve benzeri makina üreticilerinden alınan götürü ücret ve bu makineleri kullanan fotokopiciler, üniversite kütüphaneleri ve enstitülerin vb. yaptığı ödemeler ile sağlanmaktadır[106].

Alman UrhG §57'nin (unwesentliches Beiwerk) fotoğraf eserleri açısından gündeme gelmesi şu şekilde söz konusu olabilir: Özellikle film sahnelerinin çekilmesi veya bir program sırasında duvarda asılı ya da masa üstüne konmuş bir fotoğraf tesadüfi şekilde (tesadüfi kullanım) çekim açısına girebilir. Eğer görüntülenen fotoğraf esas konunun yanında tamamen detay/ayrıntı olarak yer almışsa, fotoğrafın karede yer almasıyla çekim konusu arasında yakın bir ilişki yoksa (fotoğraf ile çekilen görüntü arasında bir bağlantı, fotoğraf yoluyla yansıtılmak istenen bir hissiyat, verilmek istenen bir mesaj yok ise), fotoğraf sanatçısının rızasının alınmış olması aranmaz[107]. Burada eserin görüntülendiği süre, görüntü kalitesi ve çekim açısı da dikkate alınacak; gerekli hallerde eser sahibi lehine yorum yapılacaktır[108].

Alman UrhG §58 (Werke in Ausstellungen, öffentlichem Verkauf und öffentlich zugänglichen Einrichtungen) uyarınca, sergi ve müzayede kataloglarında yer verilen fotoğraflarda çoğaltma ve yayma hakkının kullanılması eser sahibinin rızasına ve herhangi bir bedel ödenmesine bağlı olmaksızın mümkündür[109]. Eser sahibinin haklarına bu şekilde sınırlama getirilmekle birlikte, bu organizatör ve ilgili kamuoyu yanında bizzat eser sahibinin de lehinedir; zira görsel olarak etkileyici ve bilgilendirici kataloglar toplumun organizasyonlara ve burada yer alan eserlere ilgisini çekmekte önemli rol oynar. Alman yasa koyucu izlediği genel tutumun dışına çıkarak başlangıçta fotoğraf eserlerine açıkça hükümde yer vermemiş ve sadece güzel sanat eserlerini (Werke der bildenden

---

[106] **Nordemann,** s.148.

[107] **Nordemann,** s.148; **Hoeren/Nielen,** Rdn.292, s.194-195. Diğer görüşler için bkz. **Heitland,** s.109.

[108] **Heitland,** s.110; **Hoeren/Nielen,** Rdn.292, s.195.

[109] UrhG §58'in uygulanması yalnızca sergi ve müzayede katalogları bakımından mümkündür; diğer reklam, tanıtma ve pazarlama amaçlı materyaller bu hüküm kapsamında değerlendirilemez: **Nordemann,** s.148, dpn.60.

Kunst) bu kapsamda ele almışsa da; doktrinde hükmün alelade fotoğraf ve fotoğraf eserlerine kıyasen uygulanması gerektiği şeklinde yerleşen anlayış[110] üzerine ilerleyen zamanda fotoğraf açıkça hüküm kapsamına alınmıştır. Sergi ve müzayede katalogları ilk başta geleneksel baskı(broşür) formda kataloglar[111] olarak anlaşılmış ve yasa koyucunun hükmü getirirken öngörmemiş olduğu online-kataloglar ve offline-medya iletişim araçları (CD-Rom gibi) önceleri bu kapsamda değerlendirilmemişken; ilerleyen teknolojinin etkisiyle artık hüküm kapsamında ele alınmaktadır[112].

5. Eser Sahibinin Haklarının İhlali ve Hukuksal Sonuçlar

Fotoğraf eseri veya alelade fotoğraf üzerindeki haklar ihlal edildiğinde, eser sahibine bazı olanaklar tanınmıştır. UrhG §97 (1)'e göre fikri hakların ihlal edilmesi halinde saldırının durdurulmasına ilişkin olarak "durdurma davası"; henüz doğmamış ya da tekrar edilme tehlikesi bulunan saldırıya ilişkin olarak "önleme davası" açılabilecektir. Bu davalar kusur koşulunu gerektirmediğinden, söz konusu fikri hak ihlalinde rol oynayan her kişinin sorumluluğu gündeme gelebilecektir (Ör: Üzerindeki fikri haklar ihlal edilen fotoğraf eserlerinin yer aldığı gazete, dergi, broşür vs.yi yayınlayan)[113]. Bunun yanında zararın tesbitine dayanak oluşturması açısından, haksız fiil failinin mahkemeye ihlalin kapsamı yani basım miktarı, nerelerde ve hangi sıklıkla yayının söz konusu olduğuna

---

[110] **Jacobs,** R.: Die Katalogbildfreiheit, FS für Ralf Vieregge zum 70.Geburtstag, Berlin-New York 1995, s.387-388; **Heitland,** s.115; karş. **Nordemann,** s.149.

[111] Doktrinde istisna hükümlerin dar yorumlanması gerektiğinden hareketle katalogların sadece geleneksel baskı formunda, broşür şeklinde olacağı yönünde görüşler de yer almakla birlikte; internet sayfalarının da broşür formatındaki kataloglarla aynı amaca hizmet ettiğini söylemek yanlış olmaz: **Koch,** A.: Handbuch zum Fotorecht, Sinzheim-Baden 2003, s.66; Yasal değişiklikten önce, hükmün dar yorumlanması gerektiğinden ötürü kıyasen fotoğraflara uygulanmasının yerinde olmadığı; dolayısıyla fotoğraf sergi ve müzayedeleriyle ilgili kataloglarda fotoğraflara yer vermek için eser sahibinin rızasının alınması gerektiği yönünde **Nordemann,** s.149.

[112] Ayrıntılı olarak bkz. **Jacobs,** s.392-393. Teknolojik gelişmelerin sağladığı bu yeni olanaklar sayesinde günümüzde birçok müze websitelerinde geçmiş ve güncel sergilerde, müzayede evleri ise müzayedelerde yer alan eserlere ilişkin bilgiyi internet ortamında ilgili ve sanatseverlerin bilgisine sunmaktadır: **Hoeren/Nielen,** Rdn.294, s.196.

[113] **Nordemann,** s.149.

ilişkin bilgi verme yükümlülüğü vardır[114]. Yine haksız fiil failinin kast veya ihmal şeklinde ortaya çıkan kusuru söz konusu ise, ortaya çıkan zararın (maddi/manevi zarar) giderilmesi gerekecektir. Bunun gibi eser sahibi hukuka aykırı ve haklarını ihlal eder şekilde çoğaltılan nüshaların ve çoğaltma aracının imhasını veya devrini de talep edebilecektir[115].

Mahkemelerin genel olarak zararın tazmininde üç esastan hareket ettikleri görülmektedir: farazi lisans bedeli, yoksun kalınan kar, elde edilen kazancın iadesi[116]. Bunlardan yoksun kalınan karı ve haksız fiil failinin elde ettiği kazancı saptamak çok kolay olmadığından, uygulamada genellikle farazi lisans bedelinin ödenmesinin talep edildiği görülmektedir. Buna göre eser sahibi ya da hak sahibi, fotoğraf üzerindeki hakların ihlalinde, somut duruma uygun karşılaştırılabilir lisans sözleşme örnekleri sunarak talep ettiği farazi lisans bedelinin makul olduğunu ispatlayabilecektir[117]. Alman Fotoğraf Ajansları ve Arşivleri Birliği'nin[118] fotoğrafların her çeşit kullanımı için, birlik üyeleri ve kullanıcılarla yaptığı araştırmalara dayalı olarak düzenli olarak belirlediği, bağlayıcı nitelik taşımayan ücret tarifelerinin gitgide daha yönlendirici olduğu; mahkemelerin farazi sözleşme bedelinin tesbitinde bu tarife ve ilkeleri esas almaya başladığı görülmektedir.

Fotoğraflar üzerindeki hakların ihlalinden doğan tüm talepler, ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren üç, her halükarda olay tarihinden itibaren otuz yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar (UrhG §102)[119]. Ancak ihlal

---

[114] Bkz. *Dpa-Fotos,* LG Nürnberg-Fürth (1988) GRUR, s.817-818.

[115] **Heitland,** s.121.

[116] Bkz. *Monomenta Germaniae Historica,* BGH (1980) GRUR, s.227-232; **Schricker,** §97 Rdn.57, s.1916 vd; **Heitland,** s.118.

[117] **Nordemann,** s.150.

[118] German Association of Picture Agencies and Picture Archives/ Bundesverband der Pressebild-Agenturen und Bildarchive (BVPA). Tarihçesi, fotoğrafçılık piyasasında oynadığı etkin role ve tarifelere ilişkin olarak bkz. **BVPA** Der Bildermarkt-Handbuch der Bildagenturen, Berlin 2003, s.2 vd. Ayrıca bkz. **Heitland,** s.119, dpn.17.

[119] Alman Hukukunda Fikir ve Sanat Eserlerine yönelik haksız fiiller nedeniyle zamanaşımı süresi, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel hükümlere paralel olarak üç ve otuz yıldır. Bu süreler arasındaki fark işlemeye başlama tarihlerindedir. Kısa süre saldırıyı ve faili öğrenme tarihinden, uzun süre ise olay tarihinden itibaren işlemeye

oluşturan her yeni eylem ile, örneğin içerisinde fotoğrafa yer verilen her yeni yayın ya da fotoğrafın hukuka aykırı kopyalarını içeren bir kitabın her satışı ile zamanaşımının yeniden işlemeye başlayacağı ifade edilmiştir[120].

C. Fotoğrafla İlgili Fikri Hukuk Sözleşmeleri

Alman hukukunda eser sahibinin haklarının devrinin mümkün olmadığı (sadece miras yoluyla), ancak bu haklara ilişkin[121] "kullanma yetkisi" (Nutzungsrecht) verilebileceği belirtilmiştir (UrhG §29). Kullanım yetkisinin verilmesi (ruhsat/lisans)[122] kural olarak herhangi bir şekle bağlı kılınmamıştır[123]. Hakkın kullanma yetkisinin devri süre, yer, içerik bakımından sınırlandırılabilir. Fikri hukukta sözleşmeler, açık hüküm olmayan hallerde, UrhG § 31/5'de yer verilen "Amaca uygun devir ilkesi" (Zweckübertragungsgrundsatz) çerçevesinde yorumlanır; buna göre kullanma yetkisinin kapsamı sözleşme kurulurken güdülen amaca göre belirlenir[124]. Bu ilke başta lisans sözleşmeleri, fikri hukuk sözleşmeleri-

---

başlayacaktır. Hükmün son cümlesinde, eser sahibinin haklarını ihlal eden kişinin sebepsiz zenginleşmeden doğan sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı sorunu da hükme bağlanmıştır. Buna göre, haksız fiil faili, eser sahibinden haksız kazançlar elde etmişse, zamanaşımı süresi geçtikten sonra da sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlere göre (BGB § 812-822) bunları iadeyle yükümlüdür: Bkz.**Kılıçoğlu,** s.443-444.

[120] *Haselnuß,* BGH (1968) GRUR, s.321-326; **Nordemann,** s.150.

[121] Manevi haklara ilişkin olarak kullanma yetkisinin devri (lisans söz.) gündeme gelmez: **Heitland,** s.123. Ancak mali haklara ilişkin kullanma yetkisini devralan kişinin zaman zaman bu yetkilerini kullanabilmesi manevi hakları da kullanabilmeye ihtiyaç gösterir. Bu durumun nasıl çözüleceği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, kullanım yetkisine sahip olanların manevi haklara dayalı engellemelerle önlerinin tıkanmaması yönünde görüş birliği vardır: Bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.153, s.109.

[122] Kullanma yetkisinin verilmesiyle, ilgili mali hakka has kullanma veya yararlanma yetkilerinden bir kısmı veya tamamı, mali haktan ayrılarak, kullanma yetkisi sahibine (lisans sahibine) tahsis edilmektedir: **Erel,** s.261.

[123] **Hoeren/Nielen,** Rdn.156, s.109. Kullanım yetkisinin devri kural olarak bir geçerlilik şekline bağlı kılınmamış olmakla birlikte, gelecekteki eserlere ilişkin yapılan sözleşmelerde yazılı geçerlilik şartı aranacağı ifade edilmiştir (UrhG §40).

[124] *CD-Cover* olayında fotoğrafçı bir plak kapağına (cover) fotoğraf çekmeyi konu alan bir sözleşme akdetmiştir. Ancak taraflar arasında fotoğraf üzerindeki hakları kullanma yetkisinin CD kapağını da içereceğine ilişkin bir anlaşma yapılmamıştır. Mahkeme "amaca uygun devir ilkesi"ne göre, fotoğrafların kullanımının CD kapağını da kapsayacak şekilde genişletilemeyeceğini; yine sözleşmede kararlaştırılan

nin yorumlanmasındaki etkisinden ötürü oldukça önemlidir. Kullanma yetkisinin süre, yer, içerik bakımından sınırsız olarak verildiği iddia edilse dahi, sözleşme bu ilke çerçevesinde yorumlanacak ve verilen lisansın kapsamı belirlenecektir[125]. Mali hakkı kullanma yetkisinin devri, sözleşme akdedilirken bilinmeyen kullanım türleri ve bunlara ilişkin yükümlülükler açısından ise geçersizdir[126] [127].

Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, kullanım yetkisini iktisap eden kimse (lisans alan) fotografik eserde, eser adında ya da eser sahipliğinin gösterilmesinde, haklı kabul edilebilir olanlar dışında, değişiklik yapamaz (UrhG §39). Bu yüzden eser sahibinin hususiyetine, fotoğrafın karakterine zarar vermedikçe boyut değişiklikleri mümkün olabilirken, bilgisayar vasıtasıyla gerçekleştirilen bir işleme bu kapsamda değerlendirilemez.

Eser sahibi eseri üzerindeki mülkiyeti devretmiş ise, bu yeni malike eser üzerindeki hakları kullanma yetkisinin devredildiği anlamına gelmez (UrhG §44/1). Bununla birlikte eser güzel sanat ya da fotoğraf eseri ise, eseri kamuoyunda sergilemeye yetkili kılınmıştır (UrhG §44/2). Örneğin,

---

bedelin de hakları kullanma yetkisinin kapsamını değerlendirmede ölçüt olarak ele alınabileceğini ifade etmiştir: OLG Hamburg, GRUR 2000, s.45 (**Hoeren/Nielen,** Rdn.172, s.116).

[125] **Nordemann,** s.152. Sözleşme ile tanınan hakların ve bu hakların kapsamının tek tek belirlenmesinin daha yerinde olacağı yönünde **Hoeren/Nielen,** Rdn.171, s.116.

[126] Bir kullanım türünün bilinir olması kullanımın sadece teknik olarak mümkün olması ile değil, ayrıca iktisadi olarak da yarar sağlar nitelikte olması ile mümkündür. Telif hakları çerçevesinde korunan eser türlerinin internette kullanılmaya başlandığı zaman ise tartışmalıdır. Internet 1970'lerden bu yana var olmakla birlikte, bireylerce özel kullanımın ve şirketlerce ticari kullanımın yaygınlaşması yani internetin ekonomik olarak da önem kazanması yakın zamana dayanır. Bu çerçevede e-mail yoluyla, websitesinde veya bir veritabanında kullanılması farketmeksizin fotoğrafların internette kullanılması ancak 1995'den sonra bilinir ve mümkün hale gelmiştir: **Nordemann,** s.153; **Hoeren/Nielen,** Rdn.193, s.130 ve ayrıca konu hakkında ayrıntılı olarak s.126 vd.

[127] *Spiegel CD-ROM,* BGH 5.07.2001, No: I ZR 311/98, IIC 2003, V:34, I:2, s.226 vd. Sözleşme akdedilirken bilinmeyen ve ekonomik değeri tesbit edilemeyen kullanım türlerinin uygun bir karşılık olmaksızın yararlanıcıya (kullanıcı) tanınmasına karşı eser sahibini korumak amaçlanmıştır: **Hoeren/Nielen,** Rdn.181, s.122.

bir fotoğrafçı yayınlanması amacıyla fotoğrafları üzerindeki mülkiyeti devretmiş ise, kural olarak basit ruhsat (lisans) tanıdığı kabul edilir[128].

Fikri hukukta fotoğrafların[129] değerlendirilmesiyle ilgili genel olarak iki tür sözleşme gündeme gelir[130]: Lisans sözleşmeleri (Nutzungsvertrage)[131], fotoğrafları direkt şekilde değerlendiren; yayınevleri, reklam ajansları, bireysel yararlanıcılar gibi fotoğraf üzerindeki hakları kullanmak isteyenler ile fotoğrafçı arasında akdedilen mali hakların değerlendirilmesine ilişkin sözleşmelerdir. Diğeri ise, fotoğrafçının haklarını yararlanıcılara (kullanıcı) karşı gözeten, onların adına eser üzerindeki hakların kullanım yetkisini devreden veya ücret talebine yönelik haklarını ileri süren fotoğraf ajansları ya da "Bild-Kunst" (Resim/Fotoğraf Sanatı) Meslek Birliği ile akdedilen eser sahibinin haklarının gözetilmesine ilişkin sözleşmelerdir (Wahrnehmungsverträge) [132].

---

[128] *Warenkatalogfotos,* OLG Düsseldorf (1988) GRUR, s.541-542. Türk Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da asıl olan basit ruhsatlardır. Kanun veya sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça her ruhsat basit sayılır (FSEK md.56/II).

[129] Somut uyuşmazlıkta fotoğrafın §2/5 anlamında fotoğraf eseri (Lichtbildwerke) veya §72 anlamında alelade fotoğraf (Lichtbilder) olması bir farklılık yaratmaz; zira §72'ye göre fikir ve sanat eserleri hukuku sözleşmelerine (Urheberrechtsverträge) ilişkin temel ilke ve kuralların alelade fotoğraflara da uygulanacağı düzenlenmiştir: **Nordemann** (Verwertung), s.478.

[130] **Loewenheim,** §73 Rdn.3, s.1629; Alman hukukunda fotoğrafla ilgili sözleşmesel ilişkiler hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Nordemann** (Verwertung), s.478 vd; **Hoeren/Nielen,** Rdn.173, s.117 vd.

[131] Fotoğrafçılık alanında lisans sözleşmeleri, fotoğraf ajansı ile belli bir konuda kullanmak için fotoğraf arayan ve bu çerçevede ajansa başvuran yararlanıcı arasında; fotoğraf sanatçısı ile direkt sözleşme ilişkisi kurarak arşivindeki fotoğraflar üzerindeki haklardan yararlanmak isteyen yararlanıcı; fotoğraf sanatçısı ile eser siparişi (ısmarlama) sözleşmesi akdedilmesi suretiyle ortaya konan fotoğraflar üzerindeki hakları kullanmak isteyen yararlanıcı ya da fotoğrafçı ile iş sahibi (işvereni) arasında fotoğraflar üzerindeki hakların kullanılmasına ilişkin olarak akdedilebilir: **Nordemann** (Verwertung), s.478.

[132] Fotoğrafçının bir yandan fotoğraf ajansları ile diğer yandan "Bild-Kunst" Meslek Birliği ile akdettiği sözleşmeler birbirini tamamlayıcı niteliktedir: **Nordemann,** s.155; **Nordemann** (Verwertung), s.494.

D. Kişinin Görüntüsüne İlişkin Korunma Hakkı

Kişinin görüntüsü (resmi) üzerindeki hakkı ("Recht am eigenen Bild"), Alman Anayasasında garanti altına alınmış olan kişilik haklarının özel bir görünümüdür. Bununla birlikte, konuyla ilgili düzenlemeler Anayasadan da önce "Güzel Sanat Eserleri ve Fotoğraflar Üzerinde Telif Haklarına dair 1907 tarihli Alman Kanunu"nda (KUG)[133] yer almıştır. Bu kanunun büyük kısmı yürürlükten kalkmış olmakla birlikte, Alman hukukunda kişilik haklarının korunmasıyla ilgili somut düzenlemenin henüz gerçekleştirilememiş olmasının da etkisiyle, anılan Kanunun kişinin görüntüsü üzerindeki kişilik haklarının korunmasıyla ilgili düzenlemeleri (KUG §22-24) halen yürürlüktedir.

Kişinin resmi/görüntüsü üzerindeki hakkı hukuksal niteliği itibarıyla fikri hak değil, kişilik hakkıdır; genel kişilik haklarının özel bir görünümüdür (eine besondere Erscheinungsform des allgemeinen Persönlichkeitsrechts)[134]. Alman Anayasası 1. ve 2. maddeleriyle garanti altına alınan kişilik hakları, özel hukuk hükümlerine göre BGB §823 Abs.1[135] (haksız fiil hükmü) çerçevesinde koruma bulur. Resim ve port-

---

[133] Bkz.yuk.dpn. 170. Bu konuda yasal düzenleme yapılması konusunda yasa koyucuyu harekete geçiren olay, iki gazetecinin *Otto von Bismarck*'ın ölmüş olduğu odaya gizlice girerek cesedini fotoğraflamış olmalarıdır. Konuya ilişkin yasal düzenleme bulunmadığından, o dönemde mahkeme (fotoğrafların yayınlanmasının yasaklanması ve negatiflerin yok edilmesine hükmedilmesine ilişkin olarak) kararını konut dokunulmazlığını ihlale dayandırmak zorunda kalmıştır. Doktrinde *Kohler* bunun isabetli olmadığını, kararın genel kişilik haklarının ihlaline dayandırılmış olsaydı daha yerinde olacağını ifade etmiştir (**Kohler,** J.: Das Eigenbild im Recht, Berlin 1903, s.11-12).

[134] **Schricker,** Vor 22-24 KUG Rdn.7, s.1180; **Von Gamm,** O.F.: Urheberrechtsgesetz Kommentar, München 1968, Einf. Rdn.102, s.132-133; **Wanckel,** E.: Foto- und Bildrecht, 3.Aufl., München 2009, Rdn.118, s.70.

[135] BGB §823 Abs.1 Alman hukukunda kişilik haklarına ilişkin mevcut olan düzenlemedir: "Her kim kasden veya ihmali davranışıyla bir kimsenin yaşamı, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, mülkiyet ya da bir diğer hakkını hukuka aykırı olarak ihlal ederse, diğerinin bu nedenle uğradığı zararları tazminle yükümlüdür". Alman İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht), fikradaki "diğer bir hak (sonstiges Recht)" ifadesini mülkiyet kelimesine bağlı olarak yorumlayarak, sadece kanunda belirtilmiş olan kişisel değerlerin korunacağına karar vermişti. Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi (BGH) ise 25.5.1954 tarihli "Schacht'ın Mektupları Olayı" davası ile

reler[136] üzerinde eser sahibinin haklarının yanında tasvir edilenin de hakkı vardır. KUG §22'de (Recht am eigenen Bild) işte bu konuda bir düzenlemeye yer verilmiştir[137] [138]. Buna göre, resim ve portreler sadece tasvir edilenin rızasıyla teşhir veya diğer herhangi bir suretle umuma arz edilebilir veya yayınlanabilir. Eğer ki tasvir edilen bunun karşılığında bir

---

(BGHZ 13,334) genel nitelikte bir kişilik hakkının varlığını kabul etmiştir: **Gümüş,** M.A.: Kişinin Resmi (Görünümü) Üzerindeki Hakkı, KÜHFD 1997, Y:1 S:1, s.370, dpn.25. Konu hakkında ayrıca bkz. **Caemmerer,** E.: Alman Hukukuna göre Kişiliğin Özel Hukuk Yönünden Korunması (çev. E.ÖZSUNAY), MHAD Yeni Seri 1973, S.10, s.73 vd; **Siebert,** W.: Şahsiyet Hakları ile ilgili Meseleler (çev. B.OZTAN), AÜHFD, Y:1969, C.XXVI S.1-2, s.217-230; **İmre,** Z.: Şahsiyet Hakkının Korunmasına ilişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması, Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1973, s.798.

[136] Resim veya portrenin, bir kimsenin dış görünüşü, o insanı teşhis etmeye elverişli biçimde aksettiren kayıt olarak anlaşılması gerektiği yönünde **Öztan,** s.768; aynı yönde **Loewenheim,** §18 Rdn.5, s.258; **Wenzel,** K.E.: Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Köln 2003, Kap.7 Rdn.8, s.419; bkz. *Fußballtor,* BGH (1979) GRUR, s.732-733; *Spielgefährtin I,*BGH (1966) GRUR, s.102; *Hochzeitsbild,* BGH (1962) GRUR, s.211 (**Nordemann,** s.156). Bu hüküm bağlamında resim kavramı, bir teknik (fotoğraf makinesi, kamera, cep telefonu vb.) kullanılmak suretiyle insan görüntüsünün bir madde üzerinde cisimlendirilmesi anlamında kullanılmıştır: **Kılıçoğlu,** s.154. Kişinin resim veya portresi, onu tanıtmaya hizmet eden ve onun kişiliğini dış dünyaya yansıtan en önemli araçlardandır. Kişinin kendi dış görüntüsü gibi, bu görüntünün yansıma ve tekrarını sağlayan vasıtaları, yani resim ve portreleri üzerinde de kişilik hakkı vardır: **Çöl,** s.378-379.

[137] **Trachsler,** s.28-29. Konunun esasen fikri haklarla ilgili düzenlemelere yer vermek amacıyla yürürlüğe girmiş olan Güzel Sanat Eserleri ve Fotoğraflar Üzerinde Telif Haklarına dair 1907 tarihli Kanun'nda yer almasının nedeni eserle yakın ilişkisi bulunan bir konu olmasından kaynaklanmaktadır: **Loewenheim,** §18 Rdn.1, s.257; **Hoeren/Nielen,** Rdn.426, s.283.

[138] KUG'un ilgili hükümleri genel kişilik haklarıyla ilgili düzenlemelere nazaran özel hüküm (lex specialis) mahiyetindedir ve öncelikli olarak uygulanır: BGHZ 30,7,11-*Caterina Valente;* **Loewenheim,** §18 Rdn.2, s.257. Bununla birlikte KUG'da yer alan düzenleme mevcut bir resmin rıza alınmaksızın yayınlanması veya aleni olarak teşhirine ilişkin olarak getirilmiştir; resmin tesbit edilmesine (ör: fotoğrafın rıza alınmaksızın çekilmesine) ilişkin hususlar bu hüküm kapsamında değil; BGB §823 Abs.1 kapsamında ele alınır. Alman yasa koyucu ayrıca özellikle teknolojinin sağladığı olanaklar kullanılarak belirli uzaklıktan ve gizli şekilde görüntünün kaydedilmesi, teşhir ve yayınlanmasını da Ceza Kanununda (StGB §201 a Abs.1) yaptırıma bağlamıştır.

ücret almışsa, şüphe halinde rızasının mevcut olduğu kabul edilir[139] [140]. Tasvir edilenin ölümünden sonra ise on yıl boyunca mirasçılarının rızası aranır. Bu kanun bağlamında mirasçılar hayatta olan eş, tasvir edilenin çocukları; bunlar hayatta değil ise, tasvir edilenin anne ve babası olarak sayılmıştır.

KUG §23'de ise bu genel kuralın istisnalarına, yani resmin teşhir ve umuma arzında tasvir edilenin rızasının aranmadığı hallere yer verilmiştir. Bu istisnaların en önemlisi, topluma mal olmuş / kamuoyunun dikkatini çeken kişilerin resimlerinin (Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte) umuma arz ve yayınlanmasında kural olarak rızalarının aranmamasıdır[141]. 2.bentte sayılan istisna, kişilerin bir manzaranın ya-

---

[139] Ancak bu rızanın resmin her türlü yayında yer almasını hukuka uygun kılar şekilde sınırsız olmadığı, taraflar arasındaki sözleşmenin amacı ve kapsamı ile sınırlı olarak verilmiş olduğu unutulmamalıdır. Gerekli hallerde UrhG §31/5'de yer alan amaca uygun devir ilkesi kıyasen uygulama bulur: **Nordemann,** s.158.

[140] LG Berlin, 18.12.2008 (**Mielke/Mielke,** s.7): Davada moda firmasının bir modelle gerçekleştirilen fotoğraf çekimlerinde, modelle yazılı bir anlaşma yapılmamış ve kendisine ücret ödenmemiş olması da dikkate alındığında, internette yayımlanan fotoğraflara karşı talep haklarının saklı olduğu; modelin fotoğrafların yayınlanmasında rızası olduğuna ilişkin ispat yükünün ise fotoğrafçıda olduğu dile getirilmiştir.

[141] Alman doktrini ve yargı uygulamasında bu konuda uzun yıllar bir ayrım yapılmış; topluma mal olmuş /kamuoyunun dikkatini çeken kişiler "kamuoyunun devamlı olarak dikkatini çeken kişiler" (*absolute Personen der Zeitgeschichte*) ve "kamuoyunun geçici olarak dikkatini çeken kişiler" yani belirli bir olayla bağlantılı olarak toplumun gündeminde yer alan kişiler (*relative Personen der Zeitgeschichte*) olarak sınıflandırılmıştır. İlk grupta mesleği, statüsü, vb.nedeniyle toplumsal hayatta katıldıkları, içinde bulundukları olaylar önemli yer tutan; kendilerine ilişkin bilgilendirme/haber almada toplumun yararı bulunan kişiler yer almaktadır (politikacılar, oyuncular, sporcular, kraliyet üyeleri, müzisyenler vb). İkinci grupta ise belirli olaylarla bağlantılı olarak bir süre toplum gündeminde yer alan kişiler bulunur. Bu gruptaki kişilerin resimlerinin yayınlanmasında rızalarının aranmaması ise ancak anılan olayla ilgili görüntülemelerle sınırlıdır, genelleştirilemez. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Eisenbarth,** P.: Das Recht am eigenen Bild von relativen und absoluten Personen der Zeitgeschichte, Konstanz 2000, s.59 vd; **Neumann-Duesberg:** Bildberichterstattung über absolute und relative Personen der Zeitgeschichte, JZ 1960, s.114 vd; **Trachsler,** s.139-141. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Caroline von Hannover* kararı (24.06.2004) ve bağlantılı olarak bu ayrıma ilişkin eleştirisi için bkz. **Loewenheim,** §18 Rdn.24-25, s.265; **Schricker,** KUG §23 Rdn.26, s.1207.

nında veya başkaca bir mekanda sadece teferruat olarak görüldüğü; başka bir deyişle, genel kompozisyon içerisinde tesadüfi şekilde, ayrıntı olarak yer aldığı hallerdir[142]. 3.bentte tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği gösteri, toplantı ve benzeri törenleri[143] gösteren resimlerin (genel görünüme ilişkin temsili bir aktarım) teşhir ve umuma arzı bir hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır; kişi bu tür etkinliklere katıldığında kural olarak diğer insanlarla birlikte resmedilmesine tahammül etmek durumundadır. Zira bu gibi resimlerin amacı belli bir kimseyi göstermekten ziyade, olayın nakledilmesidir[144]. Tasvir edilenin rızasının aranmadığı son istisnai hal, yayınlanması veya teşhir edilmesi daha yüksek bir sanatsal menfaate hizmet eden, sipariş edilmeksizin yapılan resimlerdir. Burada sanat özgürlüğünün kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaat karşısında daha üstün tutulmasını gerektiren haller söz konusu olur. KUG §24'de ise yargılama ve kamusal güvenlik amacıyla resimlerin resmi kurumlarca, resim üzerinde hak sahibinin veya akrabalarının rızası olmaksızın çoğaltılabileceği, yayınlanabileceği, teşhir edilebileceği düzenlenmiştir.

---

[142] Alman yasa koyucu paragrafın bu bendinde resim ve portre arasında ayrım yapmıştır (Bilder/Bildnisse). Buna göre, bir ya da daha fazla kişinin tasvir edildiği portreler (Bildnisse) bu hüküm kapsamına girmez. Kişinin tasviri resimdeki ana tema/odak noktası olmayıp; belirli bir bölgenin/yerin/cismin görüntülenmesi amaçlanmıştır. Resmin bütünlüğü, ana kompozisyon görüntüde tesadüfi şekilde yer alan kişiler resimden çıkartıldığında bozulmuyor ise, bu kişilerin ayrıntı (als Beiwerk) olarak görüntülenmiş olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bu kişiler resimden kesilerek ayrı bir karede veya resim büyütülmek (zoom) suretiyle tasvirin merkezi haline getirilirse, bu takdirde portreden söz edilebilir; kişinin artık ayrıntı unsur olarak resimde yer aldığından söz edilemez. Topluma mal olmuş kişilerin yanında, onlarla birlikte (kamusal görev ve faaliyetler dışında) görüntülenen diğer kişiler ise yine bu kapsamda ayrıntı olarak ele alınamaz ve somut olaya göre değerlendirmek yerinde olmakla birlikte, kural olarak görüntülerine ilişkin mutlak şekilde korunma hakkını haizdir (mit vollem Recht am eigenen Bild) : **Schricker,** KUG §23 Rdn.48-50, s.1214; karş. **Hoeren/Nielen,** Rdn.448, s.299.

[143] Protesto gösterileri/yürüyüşleri, karnavallar, spor ve eğlence organizasyonları, toplantılar vb: **Wanckel,** Rdn.209, s.130-131.

[144] **Loewenheim,** §18 Rdn.44, s.276; **Gamın** (Kommentar), Rdn.122, s.148.

III. İSVİÇRE

A. Yasal Düzenleme

İsviçre'de fotoğrafın korunmasıyla ilgili yasal düzenleme yapma ihtiyacı fotoğrafın icadından ve fotoğrafçılığın doğuşundan yaklaşık 30 yıl sonra gündeme gelmiştir[145]. 1.01.1884'de yürürlüğe giren Telif Hakları Kanunu 9.maddesinde fotoğrafçılık alanında meydana getirilen fikri ürünler (products of photography) açıkça korunan eserler arasında sayılmıştır. Ancak fotoğraflar için genel koruma süresinden (30 yıl) farklı olarak sadece 5 yıllık bir koruma süresi getirilmiş; bunun yanında korumanın sağlanması bazı şekil şartlarına bağlı kılınmıştır[146]. Ancak diğer komşu ülkelerle karşılaştırıldığında mevcut yasal düzenlemelerin, özellikle eser sahibinin haklarını korumada yetersiz kalması sonucu 1.07.1923'de ilim-edebiyat ve güzel sanat eserlerindeki telif haklarına ilişkin yeni Federal Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile fotoğraflara ilişkin kısa koruma süresi[147] ve korumanın sağlanması için aranan şekil şartları kaldırılmış; böylelikle fotoğraflar da diğer eserlerle aynı şekilde korunmaya başlanmıştır. Yine Kanunun 35.maddesinde kişinin resmi (görüntüsü) üzerindeki haklarıyla ilgili düzenlemelere de yer verilmiştir. Bern Anlaşması'nın Brüksel metninin ve Dünya Telif Hakları Anlaşması'nın kabulü sonrasında ise koruma sürelerinin uzatılması gerekliliği doğmuştur; böylelikle fotoğraf eserleri de dahil tüm eserler için koruma süresi eser sahibinin ölümünden itibaren 50 yıl (md.36) olarak belirlenmiştir.

---

[145] **Hug,** G.: Switzerland in: Copyright and Photographs- An International Survey edited by Gendreau, Y./Nordemann, A./Oesch,R., Kluwer Law International, 1999, s.255.

[146] Buna göre, fotoğrafın alenileşmesinden itibaren üç ay içinde tescil işleminin yapılması gerekmekte ve koruma süresi bu andan itibaren işlemeye başlamaktaydı: **Hug,** s.255; **Hug Kettmeir,** G.: Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht, UFITA 136 (1998), s.151-152; **Pausa,** s.130.

[147] Bu dönemde komşu ülkeler Almanya ve Avusturya'da fotoğraflarda koruma süresi 10 yıl olarak düzenlenmiş olduğundan; İsviçre'nin diğer eserlerle paralel şekilde 30 yıllık koruma süresi öngörmesi fotoğrafın korunması açısından öncü bir adım teşkil etmiştir: **Roethlisberger,** E.: Schweizerisches Photographenrecht, SJZ 1924-25, Band 21, s.267.

Teknolojik gelişmelerle birlikte çoğaltma, kopyalama çeşit ve olanaklarının artması, eserin ve eser sahibinin korunmasının gitgide güçleşmesi sonucu mevcut Kanun ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmiş; modern bir Kanun yapma gereksinimi ortaya çıkmıştır. Buna ek olarak fotoğrafçılık çevrelerinde, Almanya'da olduğu gibi, alelade fotoğraflara da koruma sağlanması isteği yoğun şekilde dile getirilmeye başlanmıştır. Bugün yürürlükte olan İsviçre Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte-URG) otuz yılı aşkın hazırlık çalışmasından sonra 1.07.1993'de yürürlüğe girmiştir[148]. Fotoğrafla ilgili en önemli düzenleme koruma süresinin eser sahibinin ölümünden sonra 70 yıla (pma) çıkarılmış olmasıdır. Kişinin resmi (görüntüsü) üzerindeki hakkının korunmasına ilişkin düzenleme ise ZGB md.28'de yer alan kişiliğin korunmasıyla ilgili genel hükmün yeterli oluşundan hareketle kaldırılmıştır[149].

1. Fotoğrafın "Eser" Niteliği ve Fotoğraf Eserinde Aranan Unsurlar

İsviçre Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 2.maddesinin ilk fıkrasında yasa koyucu "eser" kavramına ilişkin bir tanıma yer vermiştir. Buna göre, eser, haiz olduğu değer ya da meydana getiriliş amacından bağımsız olarak, eser sahibinin hususiyetini (individuelle Charakter) taşıyan edebiyat ve sanat alanındaki[150] fikri yaratımlardır. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere, bir fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için;

- fikri /entellektüel yaratma olması,
- eser sahibinin hususiyetini (özelliğini) taşıması,
- ilim-edebiyat veya sanat alanında ortaya konmuş olması,

---

[148] **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.153. Bu Kanunda teknolojik gelişmelere ayak uydurabilmek ve bu bağlamdaki tehditlere karşı eser sahibini korumak amacıyla 1.07.2008'de yeni değişiklikler yürürlüğe girmiştir.

[149] **Hug,** s.257; **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.154.

[150] Yasa koyucu maddenin ilk fıkrasında her ne kadar sadece edebiyat ve sanat alanındaki fikri yaratımlardan bahsetse de; ikinci fıkrada örnek mukabilinden sayılan eser türlerine bakıldığında, bu kullanımın bilim, müzik, sinema vb.alanlarındaki eserleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasının yerinde olacağı görülmektedir. Aynı yönde **Barrelet/Egloff,** Art.2 Rdn.7, s.12; **Pausa,** s.142.

• fikri yaratımın meydana getiriliş amacının ve değerinin "eser" olarak değerlendirilmesiyle bağlantılı olmaması gerekir[151].

Maddenin ikinci fıkrasının g bendinde fotografik eserler (fotografische Werke), sinema eserleri ve diğer benzer görsel eserlerle birlikte açıkça koruma kapsamındaki eser türleri arasında sayılmıştır. Yasa koyucu Alman UrhG'de olduğu gibi *Lichtbildwerk-Lichtbild* kavramlarına ve farklı koruyucu düzenlemelere (Alman UrhG §2/5 ve §72) yer vermemiş; "fotografik eser" (fotografische Werke) kavramını kullanmıştır[152]. Bir fotoğrafın "eser" olarak değerlendirilmesi uygulamada özellikle profesyonel fotoğrafçılıkta sık kullanılan telif hakkı tescilinin yapılmış olmasına bağlı değildir[153].

İsviçre'de hakim görüş sadece eser sahibinin hususiyetini taşıyan ve orijinal (özgün) nitelikte olan sanatsal fotoğrafların telif hakları korumasından yararlanabileceği yönündedir; fotoğrafın maddi(malî) değeri olması önem taşımaz[154]. Eser sayılabilmek bakımından varlığı gerekli "eser sahibinin hususiyetini (özelliğini) taşıyan yaratma" ve "ferdilik", "orijinallik" gibi kavramların neler ihtiva ettiği meselesi mahkeme içtihatlarında yorumlanmaya ve çözümlenmeye çalışılmıştır. Fotoğraf eserlerinde hususiyet ve orijinallik kendini fotoğrafta konu seçimi, zamanlama, kadraj, çekim açısı, ışığın kullanım tekniği gibi noktalarda ortaya çıkarır[155]. Eser sahibinin (fotoğrafçının) etkisinin fotografik unsurlarda

---

[151] **Rehbinder,** s.44; **Corrodi,** R.: Das Urhebervertragsrecht des Fotografen in der Schweiz, Zürich 2004, s.1; **Arnet,** R.: Die Fotografie- "Sorgenkind des Urheberrechts"? Betrachtungen zum "Bob Marley" –Entscheid des Bundesgerichts, AJP 2005, S.67, s.3 (swisslex, 8.08.2011). Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **von Büren,** R.: Der Werkbegriff, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Hrsg.**von Büren,** R./**David,** L.), Basel-Frankfurt am Main 1995, s.63 vd.

[152] Ayrıca bkz. **Mosimann,** P./**Herzog,** P.: Zur Fotografie als urheberrechtliches Werk-Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid vom 5.September 2003 "Bob Marley", sic!2004 705 ff. (www.sic-online.ch,5.05.2011).

[153] **Hug,** s.258. Kaldı ki, Bern Anlaşması da üye devletleri eserlerin herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın korunması konusunda yükümlendirmiştir (md.5/2).

[154] **Corrodi,** s.1.

[155] **Barrelet/Egloff,** Art.2 Rdn.19, s.17; **Corrodi,** s.1; **Eschmann,** s. 2; **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.161 vd; **von Büren,** s.109; **Troller,** A: Immaterialgüterrecht, Band I,

yoğun şekilde hissedildiği oranda fotoğraflanan konunun, fotoğrafın sıradan bir tesbit/çoğaltma olmaktan çıktığı ve ortada yaratıcısının hususiyetlerini taşıyan bir fikir ve sanat ürünü bulunduğu söylenebilir. Bu bakımdan salt mekanik bir düğmeye (deklanşör) basma eyleminden ibaret olan sıradan fotoğrafçılık (banal photography) ürünleri, fotoğrafçının fotografik unsurlarda yaratıcı biçimlendirmesi ve hususiyeti söz konusu olmadığından ve aynı sonucu herhangi bir kimse de elde edebileceğinden fikri hukuk çerçevesinde korunmaz[156].

İsviçreli hukukçulardan *Kummer* eser olma ölçütü olarak "istatiksel açıdan tek/yegane olma" (statistische Einmaligkeit) görüşünü[157] ortaya atmıştır. Bu ölçütün fotoğraflar açısından görünümü, kamera ile fotoğraflanan durumun, görüntünün istatiksel açıdan ancak bir defaya mahsus

---

Basel 1983, s.387 (**Arnet,** s.4'den naklen); **Kummer,** M.: Das Urheberrechtlich Schützbare Werk, Bern 1968, s.207; BGE 54 II 53 Globetrotter; BGE 76 II 102 Mollard&Duboin. Doğada var olanın tesbitinden ibaret olmayan, yaratıcının ferdi bakış açısının teknik unsurların kullanılmasıyla birleştiği yerde mevcut olanın kopyalanması değil, artık sanatsal açıdan yaratıcı bir faaliyetten söz edilebilir: **Roethlisberger,** s.265.

[156] **Hug,** s.259; **Vogt,** H.U./ **Wiget,** L.: Aktuelle Fragen des Photorechts: Urheberrecht, Recht am eigenen Bild und Gegendarstellungsrecht, in Entertainment Law (Hrsg. **Arter,** O./**Jörg,**F.), Bern 2006, s.138.

[157] **Kummer,** s.80 ve ayrıca bkz. s.30 vd. *Kummer'e* göre bir eserin doğumu için, insanın belli bir yapılanmaya yönelik yaratıcı faaliyeti (menschliches gestalterisches Schaffen) şart değildir. Yazara göre, istatiksel açıdan tek olma (statistische Einmaligkeit) şeklinde anlaşılması gereken "ferdîlik" (Individualität) yeterlidir. Dolayısıyla, örneğin, rastgele bulunan bir şey eser olarak takdim edildiği takdirde, başkaca bir husus aramaya gerek yoktur (Takdim teorisi, Präsentationslehre). Eseri yaratan, sadece onun topluma takdimi konusuyla ilgili özel tedbirleri almalı ve onu bir eser olarak anladığını ve bu sebeple de gerekli hukuksal korumayı talep ettiğini açıklamalıdır. Bir duvara boya püskürten bir kimse sonradan bunu çerçeve içine alır ve bir camın arkasına koyarak bir sanat eseri yarattığını söyleyebilir; aynı ormanda bir çam ağacının bir dansözü andıran köklerini bulan bir kimse bunu bir sanat eseri olarak takdim edebilir (**Kummer**, s.75/s.103). Kummer'in takdim teorisi genel olarak kabul görmemiştir. Bu görüşe gelen en önemli itiraz şudur: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku eserde ifadesini bulan "yaratıcı faaliyet"i korur. Böyle bir faaliyet mevcutsa, bu hukuka has bir koruma da mevcuttur. Buna karşın, istatiksel açıdan teklik gösteren bir hususun takdimi halinde bir eserin doğduğu kabul edilerek; koruma bahşedilseydi, korumanın söz konusu olup olmayacağı sorunu tamamen eser sahibinin keyfine kalırdı. Yine koruma süresi bitmiş eserler için uygun bir takdim şekli uygulanabilir ve yeni bir süre daha başlatılabilirdi: **Schricker,** §2 Rdn.16-17, s.58-59.

olması, ancak bir kere tesbit edilme imkanı olmasıdır. Ancak bu ölçüt fikri hukukta korunan bir eserin varlığına ancak aksi ispat edilebilir bir karine teşkil edebilir ve hiç bir şekilde tek başına belirleyici olamaz[158]; zira istatiksel açıdan teklik gösteren bir husus/olayın tesbiti ve takdimi hususiyet ve orijinallik (özgünlük) bulunmaksızın bir eserin varlığına vücut vermez[159]. Doktrinde *Corrodi*[160] de istatiksel açıdan tek olmanın bir fotoğrafın eser niteliğine ilişkin değerlendirmede tanımlayıcı ve belirleyici ölçüt olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir.

İsviçre'de yaratıcı faaliyet ürünü olan fotoğraf eserleri ile alelade fotoğraflar arasında Almanya'da olduğu gibi bir yasal ayrıma yer verilmemiştir[161]. Fikri hukuk koruması için asli koşul, fotoğrafların eser sahibinin hususiyetini taşıyan, yaratıcı faaliyeti sonucunda ortaya çıkan fikri ürünler olmalarıdır. Doktrinde *Barrelet/Egloff* İsviçre yargı uygulamasında da benimsenmeye yatkın olan Alman hukukundaki sanatsal fotoğraf eserleri ve alelade fotoğraflar arasındaki ayrımın (ve bu bağlamda farklı koruma sisteminin) eserin estetik değerine göre yapılan[162], yerinde olmayan bir değerlendirme olduğunu; kısmen tekniğin gelişmesiyle bağlantılı olduğunu ve bu sebeple sürdürülemeyeceğini ileri sürmüştür. Daha ziyade her fotoğrafın ferdi, eser sahibinin hususiyetini taşıma niteliğini haiz olduğu sürece fikri hukukta korunacağı anlayışından hareket edilmesi yerinde olacaktır[163]. *Corrodi*[164] ise bu anlayış benimsenmiş olsaydı, güzel sanat eseri niteliği taşımayan ve belirtilen fotografik standartlara göre çekilmiş bulunmayan basın fotoğraflarının bile, doğru/önemli anın yakalanmış olması koşuluyla fikri hukuk korumasından yararlanabilirli-

---

[158] **Corrodi,** s.1.

[159] **Hug,** s.261; **Pausa,** s.138-139; **Vogt/Wiget,** s.131/138. İsviçre doktrininde bu konudaki farklı görüşler için bkz. **Corrodi,** s.1, dpn.5'de anılan yazarlar.

[160] **Corrodi,** s.3.

[161] *Rehbinder'e* göre, İsviçre hukukunda sadece güzel sanat eseri niteliğinde olan (sanatsal) fotoğraflar, fotoğraf eseri olarak korunabilmektedir. Şipşak fotolar (Knipsbilder), röntgen fotoğrafları, tek nitelikte ve çok yüksek ticari değeri haiz olsa bile basın&magazin fotoğrafları korumayı haiz değildir: **Rehbinder,** s.65.

[162] Estetik değer tek başına belirleyici ölçüt olamaz ve bir fotoğrafın estetik değeri haiz olup olmadığı değerlendirmesi hakimin görevi değildir: **Hug,** s.261.

[163] **Barrelet/Egloff,** Art.2 Rdn.19, s.17.

[164] **Corrodi,** s.3-4; karş.**Vogt/Wiget,** s.138.

ğini ileri sürmüştür. Böylelikle Alman hukukunda bir süre var olan düzenlemeye benzer şekilde, tarihsel döküman/belge niteliği olan fotoğrafların korunması mümkün olabilirdi. Bununla birlikte bu anlayışın doktrinde ve uygulamada genel kabul görmediğini[165]; mevcut yasal düzenlemeye göre, belgesel nitelikli fotoğrafların ve basın fotoğraflarının çoğunlukla hususiyeti haiz olmayan alelade fotoğraflar olarak korumasız kaldığını söylemek mümkündür. Haksız Rekabet Kanunu hükümleri dışında bu fotoğrafların korunmasına ilişkin uygulanabilecek başkaca yasal hüküm mevcut değildir[166].

Fotoğrafçının herhangi bir önhazırlığı ve yaratıcı etkisi olmaksızın ortaya çıkan sıradan-niteliksiz fotoğraflarda (beim blossen Knipsen/Banale Fotografien) hususiyet ölçütünden, eser sahibinin kendi yaratıcı ruhunun ürünü olmaktan söz edilemez. Bu sebeple bu tür fotoğraflar fikri hukuk koruması dışında bırakılmıştır[167]. Bilimsel veya teknik fotoğraflar, x-ray/röntgen fotoğrafları[168], mevcut görüntüyü hiçbir yaratıcı çaba olmaksızın birebir tesbitten ibaret fotoğraflar, vesikalık fotoğraflar ve her gün milyonlarcası çekilen sıradan tatil, anı vb. fotoğrafları bu tür fotoğrafa örnek olarak verilebilir[169]. Reklam fotoğraflarına ilişkin

---

[165] **Corrodi,** s.4.

[166] **Michalos,** s.782; yine bkz. **Vogt/Wiget,** s.140. Doktrinde sanatsal nitelik taşımayan fotoğraflar için bağlantılı haklar kapsamında koruma (Leistungsschutz) getirilmediği sürece, yaratma seviyesinin (Gestaltungshöhe) asgaride kalması halinde yine de bir korumanın öngörülebileceği (Schutz der kleinen Münze) yönünde **Rehbinder,** s.67. "kleine Münze" kavramıyla kastedilen yaratılma derecesi asgaride kalan bir eser için yine de korumanın uygun görüldüğü durumlardır; başka bir ifadeyle, basit, fakat yine de korunmaya elverişli bulunan eserler (Ör:Kataloglar, fiyat listeleri, reklamlar, telefon rehberleri, yemek tarifeleri vb): Bkz. **Öztan,** s.98, dpn.71'de anılan yazarlar.

[167] **Hug Kettmeir,** G.: Schutz der Fotografie aus schweizerischer Sicht, ZUM 1989, s.556.

[168] Yaratıcının hususi damgası (mührü) ve fikri yaratma söz konusu olmadığından teknik fotoğrafların hukuken korunamayacağına dair Zürih İstinaf Mahkemesinin (Obergericht Zürich) kararı ve aynı unsurların yokluğundan ötürü korunması mümkün görülmeyen x-ray/röntgen fotoğraflarına dair bir diğer karar için bkz. **Hug,** s.260.

[169] **Corrodi,** s.4; **Hug Kettmeir** (Schutz der Fotografie), s.556. İsviçre'de Avusturya ile karşılaştırıldığında çok daha az fotoğrafa fikri hukuk bünyesinde koruma sağlandığı; korumada katı bir tutum izlendiği görülmektedir. Avusturya'da ise daha ziyade

olarak ise doktrinde *Rehbinder*[170] bu tür fotoğrafların daima korunacağına işaret etmiştir. Kanımızca mutlak bir koruma öngörmekten ziyade, somut olaya göre değerlendirme yapılması daha yerinde olacaktır. Zira reklam fotoğrafçılığında[171] her zaman için fotoğrafçının konu seçiminde ve diğer yaratıcı unsurlarda serbestisinden söz edilemez; yine önhazırlık çalışmalarında genellikle grafikerler, stilistler ve sanat yönetmenleri de rol alır. O halde bir reklam fotoğrafının hazırlanması tamamen reklam fotoğrafçısına bağlı değildir ve bir eser meydana getirilmiş ise genellikle birlikte eser sahipliği gündeme gelir.

İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi (Schweizerische Bundesgericht) yakın tarihli iki kararında hangi koşullarda fotoğrafların fikri hukukta korunan eser olarak kabul edileceğini ayrıntılı olarak değerlendirerek hüküm tesis etmiştir. *"Bob Marley"* kararına (3.09.2003)[172] konu olan olayda, İsviçreli bir fotoğrafçı dünyaca ünlü reggae müzik sanatçısı *Bob Marley*'in Santa Barbara-Kaliforniya'daki bir konseri sırasında çekmiş olduğu fotoğrafının bir dernek tarafından posterlerde ve sair

---

fotokabinlerde çekilen fotoğraflar ve uydu fotoğrafları gibi fotoğrafların korunmadığı görülmektedir: **Pausa,** s.141.

[170] **Rehbinder,** s.65. Basel Hukuk Mahkemesinin (Zivilgericht Basel) 1995'de verdiği *Rehbinder*'in bu teorisine atıf yapılan bir kararda da reklam fotoğrafındaki konu orijinal olmasa da, fotoğrafın metinle birlikte biçimlendirilerek oluşturulan bütünde ferdiilik ve hususiyet söz konusu olduğundan telif hakları korumasını haiz olduğuna hükmedilmiştir. Kararda yaratıcı biçimlendirmeye ilişkin değerlendirmede fotoğraf ve metin ilişkisi/kurgusu, fotoğrafik unsurlar ve başka bir reklamcının muhtemelen aklına gelmeyecek hususlara yer verilmesi gibi noktalardan hareket edildiği dile getirilmiştir: **Hug,** s.260.

[171] Reklam fotoğrafı genellikle içine, üstüne veya altına gelen başlık yazısı, metin ve ürün fotoğrafıyla bir bütünlük arz eder. Bazen başlık yazısı fotoğrafın anlamını tamamlar, bazen de tersi olur. Bu noktada reklam fotoğrafına şöyle bir tanım getirilebilir: "Ismarlama(sipariş) fotoğraf". Başka bir deyişle, ne olması gerektiği önceden tasarlanan, tasarımı önceden hazırlanan, fotoğrafçıya yerleştirme ve aydınlatabilme gibi uzmanlık işlemleri dışında fazla yorum şansı ve yaratıcılık alanı bırakmayan bir tür. Buna fotoğrafçının sanatı denemeyebilir zira onun beyinsel işlevini, yani yaratıcı unsurlarda etkinliğini büyük oranda sanat yönetimi üstlenmiştir. Ona ise bir düşünceyi doğru algılayıp, bir mesajı estetik olarak kendi teknik olanakları ve yeteneği ile görselleştirmek kalmıştır: http://www.yorumla.net/photoshop-ve-grafik/466200-grafik-sanatlarda-fotograf-kullanimi.html (5.05.2011).

[172] BGE 130 III 168 ff.

ürünlerde kullanılması üzerine fotoğrafın kullanılmasına ilişkin lisans bedeli ve elde edilen kazancın iadesi için dava açmıştır. Zürih Kantonu İstinaf Mahkemesi dava konusu fotoğrafin İsviçre UrhG Art.2 bağlamında eser olmadığından hareketle davayı reddetmiştir. İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi (Bundesgericht) ise fikri ürünün özgün ve etkileyici nitelikte olduğunu; var olan hususiyetin kendini özellikle tasvir edilenin görüntülenen mimikleri ve duruşunda, uçuşan Rasta-stili saçlarında; yaratıcı biçimlendirme ve eser yaratma iradesinin (menschliche Gestaltungswille) ise siyah-beyaz fotoğrafta ışığın kullanımı(aydınlatma), portre objektifinin kullanımı, odak uzaklığının tesbiti, netlik ve çekim anının kararında yansıttığını dile getirmiştir. Bu sebeplerle Yüksek Mahkeme dava konusu "*Bob Marley*"fotoğrafının Kanunun 2.maddesi bağlamında "eser" olduğuna hükmetmiştir[173] [174]. Bu karar İsviçre fikir ve sanat hukukunda fotoğrafların korunmasında önemli bir kilometre taşı olmuştur.

İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi'nin "*Christoph Meili*" kararında[175] ise dava konusu şöyledir: Bir gazeteci güvenlik görevlisi *Meili*'nin elinde o dönem sansasyon yaratan Nazi dönemine ilişkin gizli iki dosyayla kendisine verdiği pozun, rızası alınmaksızın BBC tarafından bir filmde kullanılması ve filmin birçok ülkede gösterilmesi üzerine, fotoğrafın rızası dışında kullanılmasına dayanarak farazi lisans bedeli ve hakları ihlal edildiğinden maddi-manevi tazminat istemiyle dava açmıştır. Zürih İstinaf Mahkemesi dava konusu fotoğrafın eser olarak korunamayacağına; teknik açıdan biçimlendirmenin bir yaratıcılık, özgünlük arz

---

[173] **Vogt/Wiget,** s.132-133; **Mosimann/Herzog,** s.706; **Arnet,** s.5.

[174] *Mosimann/Herzog* anılan Federal Mahkeme kararıyla ilgili incelemelerinde ayrıca doktrinde kimi yazarlarca fotoğrafların hukuksal olmayan ve keyfi bir sınıflandırmaya tabi tutulduğunu ifade etmişlerdir: Sanatsal fotoğraflar (Kunstwerk), ün kazanmış olmaları veya belgesel niteliklerinden ötürü korunması öngörülen fotoğraflar (Schnappschuss) ve banal/korunmaya değer olmadığı açıkça görülen fotoğraflar (Knipserbild). Yine fotoğrafçının niteliğine göre; yani bilinen bir sanatçı/profesyonel fotoğrafçı/amatör fotoğrafçı olmasına göre fikri ürünün niteliğinin peşinen değerlendirilmesi ve değinilen fotoğraf kategorilerine doğrudan sokulması da isabetli değildir.Buna göre her fotografik ürünün URG Art.2'ye göre eser olma koşulları ve somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir: **Mosimann/Herzog,** s.706; ayrıca bkz. **Arnet,** s.7.

[175] BGE 130 III 714 ff.

etmediğine (objektifin kullanımının, pozlama ve çekim açısının herhangi bir kimsenin olası seçiminden farklı olmadığı, kullanılan tekniğin makinenin otomatik çekim tekniğinden farklı nitelikte olmadığı vb); fotoğrafın tek nitelikte olmasının sadece o dönem tüm dünyada heyecan yaratan bir olayı belgelemesinden, yani sadece konusundan kaynaklandığını ifade etmiştir[176]. İsviçre Federal Mahkemesi de bu kararı onamıştır. Buna göre, gazetecinin doğru zamanda doğru yerde olması (zur richtigen Zeit am richtigen Ort) ve gazetecilik bakımından başarılı bir işe imza atması; fotoğraf için ciddi harcamalar yapılmış olması eser olma koşullarının varlığına tesir etmez. Yine fotoğrafta tasvir edilen konuya ilişkin seçim/belirleme fotoğrafa özgünlük ve hususiyet açısından katkıda bulunabilirse de; konunun bu dünyada tesbit edilebilen ilk ve tek görüntüsü olmanın, fotoğrafa otomatik olarak "eser" olma niteliği bahşetmeyeceği dile getirilmiştir. Gazeteci yaratıcı alandaki hareket serbestisini (yaratıcı biçimlendirme alanı-Gestaltungsspielraum) gerek fotoğraf teknikleri gerekse fikri içerikte özgünlük yaratmak anlamında kullanmamış olduğundan; fotoğrafı herhangi bir kimsenin olası mutat tesbitinden farklı şekilde meydana getirmiş olmadığından, dava konusu fotoğrafın eser olma koşullarına sahip olmadığına karar verilmiştir[177].

2. Koruma Süresi

İsviçre Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu koruma sürelerini genel olarak yetmiş yıl olarak (eser sahibi yaşadığı sürece ve ölümünden itibaren 70 yıl) kabul etmiş; ancak bazı eser türlerinde bu süreyi elli yıl olarak belirlemiştir. Örneğin, bilgisayar programlarında eser sahibinin ölümünden itibaren koruma süresinin elli yıl olduğu kabul edilmiştir (Art.29). Fotografik eserler bakımından ise genel koruma süresi geçerli olup, koruma herhangi bir şekil koşuluna bağlı olmaksızın eserin yaratılmasından itibaren gündeme gelir. Sürenin hesaplanmasıyla ilgili olarak Kanunun 32.maddesine göre "Koruma süreleri, hesabı gereken hakla ilgili olayın cereyan ettiği yılın 31 Aralık tarihinden itibaren hesaplanacaktır".

---

[176] **Vogt/Wiget,** s.133-134.
[177] **Vogt/Wiget,** s.135; **Pausa,** s.139-140.

URG Art.29/III'de eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıldan fazla süre geçmişse, artık korumanın söz konusu olmayacağı belirtilmiştir. URG Art.31'de sahibinin adı belirtilmeyen eserlerde koruma süresinin eserin aleniyet tarihinden itibaren yetmiş yıl olduğu; ancak sürenin bitiminden önce eser sahibinin kim olduğunun anlaşılması halinde sürenin yine eser sahibinin ölümünden itibaren işleyeceği düzenlenmiştir.

URG Art.30'da eser sahibinin birden fazla kişi olması haline yönelik özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, birbirine bağlı eserlerde (müstakil eserlerin birlikte değerlendirilebilmelerini sağlamak amacı ile biraraya getirilmesi/Werkverbindung) koruma süresi her esere göre ayrı hesaplanır. Örneğin; Mimari hakkında yazılan bir kitaptaki fotoğraflar, fotoğraflarla işlenmiş bir sanat tarihi kitabı, görsel bir eserde kullanılan fotoğraflar vb. Fotoğraflar üzerinde eser sahibinin (fotoğrafçının) haklarına ilişkin koruma süresi içinde yer aldıkları fikri üründen bağımsız işler[178]. Eser sahibinin birden fazla olduğu ve yaratılan eserdeki ferdi katkıların ayrılmaz bir bütün teşkil ettiği hallerde ise, hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl devam eden bir koruma süresi öngörülmüştür (Art.30/I).

Koruma süresinin 50 yıldan 70 yıla uzatılması, eski Kanuna göre koruma süresinin dolmasıyla kamunun serbestçe yararlanabileceği hale gelmiş eserlerde durumun ne olacağı sorununu da beraberinde getirmiştir. Bu eserler acaba – yeni Kanun yürürlüğe girdiğinde eser sahibinin ölü-

---

[178] **Hug,** s.265. Doktrinde bu durumun işleme eserler için de geçerli olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, bir güzel sanat eseri fotoğraflanmış ve ferdi/özgün niteliğinden dolayı fotoğraf da bir eser olarak kabul edilmişse, iki eserden söz edilebilir: fotoğrafın konusu olan asıl eser ve bizzat fotografik eser. Eser sahibinin ölümünden ve koruma süresi geçtikten sonra asıl eser üzerindeki eser sahipliğinden doğan haklar anonim hale gelirken; fotografik eser korunmaya devam eder ve üzerindeki fikri haklar fotoğrafçının (eser sahibinin) rızası olmaksızın kullanılamaz. Diğer yandan fotografik eser üzerindeki haklara ilişkin koruma süresi fotoğrafçının ölümünden itibaren 70 yıl sonra sona erer. Buna rağmen asıl eserdeki koruma süresi sona erene kadar, fotoğraf eseri kural olarak asıl eser sahibinin/kanunda sayılan mirasçılarının rızası alınmaksızın kullanılamaz: **Hug Kettmeir** (Schutz der Fotografie), s.558; **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.169. Yine böyle bir fotoğraf eserinin kullanıcısı, örneğin bir heykelin fotoğrafını takvimde kullanmak isteyen yayıncı, gerek fotoğrafçının gerekse heykelin yaratıcısı olan eser sahibinin rızasını almak gerektiğini göz önünde tutmalıdır: BGE 67 II 59; **Hug,** s.263-264.

münden itibaren 70 yıldan az süre geçmişse- uzatılmış koruma süresinden yararlanacak mıdır (koruma süresinin canlanması), yoksa artık tamamen kamunun yararlanabileceği bir eser (gemeinfrei) halini mi almışlardır? URG Art.80'de "Geçici Hükümler" madde başlığı altında Kanunun yürürlüğe girmesinden önce meydana getirilmiş olan eserlere de uygulanacağı belirtilmiştir. Hükmün lafzından 50 yıllık koruma süresi sonunda kamunun serbestçe yararlanabileceği hale gelmiş olan eserlerin, eğer ki eser sahibi öleli 70 yıl olmamış ise, tekrar korunacağı anlaşılmaktadır[179]. Ancak bu lafzi yorum doktrinde ve yargı uygulamasında görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Zürih İstinaf Mahkemesi 1995'de aldığı bir kararda lafzı yoruma uygun bir eğilim izlemiş iken; İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi eski Kanun düzenlemelerine göre koruma süresi dolarak, kamunun serbestçe yararlanacağı bir eser haline gelmiş fikri ürünlerin eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl geçmemiş de olsa, artık korunmayacağı yönünde karar vermiştir[180].

B. Eser Sahipliği ve Eser Sahibinin Hakları

1. Eser Sahipliği

İsviçre Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda "yaratma ilkesi" (Schöpferprinzip) geçerlidir. Buna göre, eser sahibi eseri yaratan gerçek kişidir (URG Art.6)[181]. Eser sahibi eser yaratmanın sonucu olan hakları asli iktisap yoluyla kazanır. Eşyanın tabiatı icabı, yaratıcı faaliyette bulunmaları söz konusu olmadığından, tüzel kişilerin eser yaratması ve eser sahibi olması mümkün değildir[182]. Dolayısıyla fotoğrafçı (eser sahibi) URG Art.16 uyarınca fotografik eser üzerindeki mali haklarını örneğin işverenine devretmediği[183]; yine mali yönden değerlendirilmesinin

---

[179] **Hug,** s.266.

[180] **Hug,** s.266, dpn.47; Konuya ilişkin olarak bkz. **Barrelet/Egloff,** Art.80 Rdn.3, s.338.

[181] BGE 116 II 352; **Barrelet/Egloff,** Art.6 Rdn.1, s.32; **Corrodi,** s.4; **Pausa,** s.132; **Roethlisberger,** s.268.

[182] Tüzel kişinin yatırım desteği ve katılımı yaratıcılık olarak kabul edilmemektedir: **Güneş,** s.17.

[183] İsviçre hukukunda hakların devri mümkün iken; Alman ve Avusturya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ise hakların sağlararası hukuksal işlemlerle devredilmesinin mümkün olmadığı; ancak kullanma yetkisi (Nutzungsrecht) verilebileceği belirtil-

kollektif şekilde sağlanması için meslek birliği veya fotoğraf ajanslarına hakların kullanılma yetkisini devretmediği sürece eser sahipliğinden doğan haklar üzerinde mutlak yetkilidir[184].

İsviçre fikri hukukunda eser sahipliği, belirttiğimiz üzere yaratma faaliyetiyle kazanılır. Yaratma faaliyeti bir maddi fiildir (Realakt); hukuksal işlem niteliği yoktur. Bu sebeple yaratma için hukuksal işlem ehliyeti bir koşul olmadığı gibi, yaratma faaliyeti herhangi bir şekil koşuluna da tabi kılınmamıştır[185].

Kimi zaman fotografik teknikler aracılığıyla bir fotoğrafta vücut bulan sanatsal ve yaratıcı fikirler birden fazla kişiye ait olabilir; bu halde bu fikri ürünün çalışmaya katılanların yaratıcı düşünceler silsilesi sonucu doğduğu kabul edilir. Fotoğrafçılık faaliyetinin çoğunlukla sadece tek kişi tarafından gerçekleştirildiği söylenebilirse de; doktrinde *Corrodi*[186] fikri yaratıcılık, fotoğraf makinesi ve teçhizatı ile gerçekleştirilen manuel dokunuştan daha önemli olduğundan, bu gibi hallerde URG Art.7 Abs.1 çerçevesinde birlikte eser sahipliğinden (Miturheberschaft) söz edilebileceğini ileri sürmüştür.

2. Eser Sahibinin Mali Hakları

İsviçre Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eser sahibinin mali haklarını tek tek sayma yerine, genel kural koyma usulü tercih edilmiştir (URG Art.10 Abs.1). Buna göre, eser sahibi eserinin ne zaman ve nasıl değerlendirileceğini belirlemede münhasıran hak sahibidir. Mali hakların iki yönü vardır: Eser sahibi bu hakların çerçevesi içinde bir yandan eserinin mali faydalarından tek başına yararlanma ve eserinden yararlanan kimselere karşı ücret talebinde bulunma hakkına (Vergütungsansprüche) sahipken; diğer yandan kendisinin eserinden yararlanacak kişi ve yararlanma şekillerini kararlaştırma, gerektiğinde üçüncü kişilerin yararlanma teşebbüslerini engelleme imkanı (Yasaklama hakkı-Verbotsrechte) mev-

---

miştir. Aynı esasın getirilmesi İsviçre'de önerilmişse de, fazla destek görmediğinden kabul edilmemiştir: **Barrelet/Egloff,** Art.16 Rdn.1, s.100; yine bkz. **Pausa,** s.142-143; **Corrodi,** s.101.

[184] **Corrodi,** s.4; ayrıca **Roethlisberger,** s.268.

[185] **Pausa,** s.132; **Barrelet/Egloff,** Art.6 Rdn.3, s.32-33.

[186] **Corrodi,** s.4.

cuttur[187]. URG Art.10 Abs.2'de bu haklar örnekleyici biçimde sayıldığından; hüküm yasa koyucu tarafından henüz öngörülmemiş gelecekteki değerlendirme (kullanım) biçimlerini de kapsar[188].

URG Art.10 Abs.2'de sayılan mali haklardan çoğaltma hakkı fotoğrafçının eserinden beklediği ekonomik yararlarıyla en sıkı ilişkisi olan ve uygulamada en çok ihlal edilen hakkıdır[189]. Çoğaltma baskı, fotografik yöntemler, web-sitelerine/data işleme-depolama cihazına kayıt[190] gibi yöntemler kullanılarak gerçekleştirilebilir. Uygulamada fotoğraf eserlerine ilişkin olarak karşılaşılan çoğaltma hakkı ihlallerine; bir otel fotoğrafının izinsiz olarak kartpostallarda kullanılması[191], heykelin fotoğrafının izinsiz olarak takvimde yer alması[192], magazin dergisinden alınan/kopyalanan bir fotoğrafa başka bir gazetede yer verilmesi[193], bir katalogda yer alan fotoğrafların yeni bir broşürde kullanımı, fotoğrafa 100 İsviçre Frankı eklenerek oluşturulan bir fotomontajın bir gazetenin başsayfasında yayınlanması[194] gibi haller örnek olarak verilebilir.

Fotoğrafçılar başta çoğaltma hakkı olmak üzere yararlanma haklarının mali yönden değerlendirilmesinin kollektif şekilde sağlanması için meslek birlikleri ile sözleşme yapabilirler. İsviçre'de çok sayıda fotoğrafçının üyesi olduğu *Pro Litteris*[195], edebiyat, güzel sanatlar ve fotoğrafçı-

---

[187] Bu bakımdan mali haklar hiçbir zaman saf mameleki haklardan ibaret değildir; aksine muhtevasında hem mameleki, hem de eser sahipliğinden kaynaklanan kişilik hakları yer alır: **Öztan,** s.347, dpn.274'de anılan yazarlar.

[188] **Pausa,** s.145.

[189] Fotoğrafçı eserinin mali faydalarından çoğunlukla çoğaltma hakkı üzerindeki hak/kullanım yetkisini yararlanıcılara (kullanıcılara) ücret karşılığı devretmek suretiyle yararlanır. Dolayısıyla taraflar arasındaki yargıya taşınan uyuşmazlıkların çoğunlukla bu hakkın ihlalindan kaynaklanması şaşırtıcı değildir: **Corrodi,** s.5.

[190] **Pfennig,** G.: Die digitale Verwendung von Werken der bildenden Kunst und von Fotografien, in Urheberrecht und digitale Technologie, Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 22.4.1994 (Hrsg.**Becker,** J./**Dreier,**T.), Baden-Baden 1994, s.100. Zira bu şekilde gerçekleştirilen kayıtlar yoluyla diğer kişilerin esere erişmesini mümkün hale gelmektedir: **Corrodi,** s.5.

[191] BGE 54 II 52.

[192] BGE 67 II 59.

[193] OGer Zürich (1972) SJZ 68, s.308 (**Hug,** s.267).

[194] BGE 21.03.1985 (1987) GRUR Int 2, s.112 (**Hug,** s.268).

[195] **Corrodi,** s.6-7; **Hug,** s.268; **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.173.

lık alanında eser sahiplerinin haklarının gözetimi ve takibi için kurulmuş meslek birliğidir. Birlik, fotoğraf eserleri üzerindeki hakların değerlendirilmesi ve bedel talebine yönelik haklara ilişkin diğer yabancı meslek birlikleriyle uluslararası ortak bir tarife (01.01.2003)[196] belirlemiştir. Eser üzerindeki hakların fotoğrafçılar adına izlenmesi ve gözetilmesi, uygulamada özellikle en geniş alıcı (müşteri) sektörünü oluşturan gazete ve dergi yayıncıları gibi ticari fotoğraf/resim kullanıcılarına (yararlanıcı) karşı önem arz eder. Bu tür kullanımlarda hak ve yükümlülükleri düzenlemeye yönelik olarak *Pro Litteris* ile *İsviçre Gazete ve Dergi Yayıncıları Birliği*[197] arasında sözleşme akdedilmiştir[198].

Fotoğrafçılar için önem arz eden bir diğer hak yayma hakkıdır. URG Art.10 Abs.2/b'de düzenlenen yayma hakkı eser sahibine bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını satma, dağıtma gibi yollarla kamunun bilgisine sunma olanağı veren mali haktır. Yayma hakkı fotoğrafçının fotoğraflarını ticaret mevkiine koymasıyla gündeme gelirken[199]; fotoğraf eseri nüshalarının meydana getirilmesi çoğaltma hakkına konu olur. Her türlü yayma işlemi için eser sahibi münhasır yetkili olsa da, bu yetki sadece ilk yayma hali (ilk satış) için öngörülmüştür. İlk yayma işleminde eser sahibinin bedel alacağı muaccel olmakla birlikte; URG Art.12 Abs.1'de yer verilen "Tükenme ilkesi" ne (Erschöpfungsgrundsatz) göre sonraki yayma işlemleri serbesttir. Yani bir kere ticaret mevkiine koyulan

---

[196] Kararlaştırılan tarife oldukça ayrıntılı ele alınmıştır; fotoğraf eserleri üzerindeki çoğaltma, yayma haklarına ilişkin kullanım yetkisinin kapsamı ve koşulları belirlenmiştir. Tarife kullanım karşılığı ödenecek bedelin hesaplanmasında fotoğrafın/resmin kullanıldığı yayın-materyal türü (gazete, dergi, kitap, broşür, ajanda, ilan, reklam, takvim, kartpostal ve sanat kartları,tekstil ürünlerindeki baskılar, film-albüm kapağı/cover vb) ve basılan nüsha sayısını dikkate almaktadır. Bununla birlikte Tarife bazı fotoğrafçılar için ise meslek birliğine üye olma açısından engel olarak görülmektedir; zira tarifenin esneklik taşımayan kazuistik yapısı talep yoğunluğuna göre fiyat politikası izleme olanağını ortadan kaldırmaktadır: **Corrodi,** s.6.

[197] Association of Swiss Newspaper and Magazine Publishers / der Verband schweizerischer Zeitungs- und Zeitschriftenverleger.

[198] **Corrodi,** s.6-7; **Hug,** s.268.

[199] URG Art.10 Abs.2/b'nin URG Art.12 (Tükenme ilkesi) ile birlikte değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

fotoğraf/resimlerin anılan ilke uyarınca tekrar üçüncü kişilere devredilmeleri serbest hale gelir[200].

Umuma iletim hakkı ise değinilen mali hakların yanında konumuzla ilgili olarak tali öneme sahiptir. URG Art.10 Abs.2/c'de yer verilen hak sunum hakkı, temsil hakkı ve gösterme hakkından oluşur. Bunlardan gösterme hakkı, fotoğrafçıya fotoğraflarını teknik cihazlar yardımıyla muhataba ulaştırma imkanı verir. Ör: Bir sunumda diyapozitiflerin projeksiyonla ekrana yansıtılması[201]. Yine URG Art.10 Abs.2/d'de yer alan yayın hakkında da, eser sahibi eserinin geniş kitlelere yayınlar yapan radyo, televizyon ve benzeri araçlarla yayınlanması konusunda münhasır hak sahibidir. Tüm bu hakların kollektif şekilde değerlendirilmesi İsviçre'de daha önce de değindiğimiz *Pro Litteris* Meslek Birliği aracılığıyla gerçekleştirilmektedir.

Fotoğrafçılık mesleğinde iktisadi kazanç büyük oranda fotoğrafların değerlendirilmesine dayalıdır. Fotoğrafçı sözleşmeye dayalı alacak hakları yanında, eserinden yararlanan kişilere karşı kanuni düzenlemeler gereğince de ücret talebinde bulunma hakkına sahiptir. Bu düzenlemelerden biri İsviçre hukukunda "fotokopi hakkı" (Fotokopierrecht) olarak da anılan, hakkaniyet gereği bir ödeme yapılarak fikri hukukta korunan umuma arz edilmiş eserlerden şahsen kullanım amacıyla yararlanmadır (URG Art.19 & Art.20 Abs.2). Güzel sanat eseri olan fotoğraflar, ancak yararlanma (Art.19 Abs.1/a) tek başına veya eser sahibiyle sıkı kişisel bağlar içinde bulunan kimseler arasında ve kişisel amaçları karşılamak söz konusu olduğu sürece kopyalanabilirler; değinilen bu kişisel alan dışında kopyalamada ise eser üzerindeki hak sahiplerinin rızasının alınması gerekir[202].

Uygulamada fotoğrafçının eserinden ne kadar çoğaltma/fotokopi yapıldığını bizzat takip etmesinin oldukça güç oluşu, bu haktan doğan taleplerin *Pro Litteris* tarafından kollektif olarak değerlendirilmesini fiilen zorunlu kılmaktadır. Telif hakları ve komşu hakların değerlendirilmesine ilişkin Federal Hakem Komisyonu kamu kurumlarında, kütüphanelerde, okullarda, fotokopi dükkanlarında, ticaret ve hizmet sektöründe

---

[200] **Corrodi,** s.7.
[201] **Barrelet/Egloff,** Art.10 Rdn.19, s.60-61; **Corrodi,** s.7; **Hug,** s.269.
[202] **Corrodi,** s.9.

korunan fotoğraf eserlerinin fotokopileri için kopya/nüsha başına belirlenen ücrete dayalı bir Tarife kabul etmiştir[203].

3. Eser Sahibinin Manevi Hakları

Fikri hukuk sadece eser sahibinin eserine dayanan ekonomik menfaatlerini değil, aynı zamanda eseriyle arasındaki manevi bağın görünümü olan haklarını da gözetir (Urheberpersönlichkeitsrechte, droit moral)[204]. "Eser sahipliğinden doğan kişilik hakları" olarak da adlandırabileceğimiz bu haklar, bir eserden bağımsız olarak var olan genel kişilik haklarından (ZGB Art.27-28) farklı olarak[205], eser sahibini eseriyle arasındaki şahsi ve manevi ilişkiler yönünden korur. Bu haklarla ilgili yasal çerçeveyi eser sahipliğinin tanınmasını talep hakkı (Recht auf Anerkennung der Urheberschaft), eseri umuma arz/kamuya sunma hakkı (Veröffentlichungsrecht) ve eserin bütünlüğünü koruma hakkı (Werkintegrität) oluşturur.

URG Art.9 Abs.1 eser sahibinin, eser sahipliğinin tanınmasını talep hakkını düzenlemiştir. Bu hak bir yandan eser sahipliğini ve eser sahipliğinin ne şekilde umuma arz edileceğini (eser sahibinin gerçek adı, ad soyadının başharflerinden oluşan paraf ya da rumuz kullanma) belirlemede eser sahibini münhasıran yetkili kılarken; diğer yandan kendisine ait olmayan bir eserin yaratıcısıymış gibi gösterildiği hallerde de savunma hakkı verir[206].

Eser sahibi eserinden her türlü yararlanmada eser sahipliğinin/adının belirtilmesi yönünde talepte bulunabilir. Ancak bu hak ilgili alanın teamülleri çerçevesinde ve iş ilişkilerinde dürüstlük kuralları göze-

---

[203] http://www.prolitteris.ch/fileadmin/user_upload/ProLitteris/Dokumente/Tarife_D/gt8-I-de.pdf (5.08.2011); **Corrodi,** s.9; **Hug,** s.269; **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.175; ayrıca bkz. **Pausa,** s.146.

[204] **Rehbinder,** s.106; **Corrodi,** s.17; **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.181; **Hug,** s.272.

[205] Doktrin ve uygulamada bir dönem bu hakların kişilik haklarının bir kısmı ya da özel bir talep şekli olduğu düşüncesi var olmuşsa da; eser sahipliğinden doğan kişilik hakları, genel kişilik haklarından (ZGB Art.28) türemiş değildir ve bu haklardan bağımsız, kendine özgü bir niteliği vardır: **Corrodi,** s.17.

[206] **Hug,** s.272; **Corrodi,** s.18.

tilerek kullanılmalıdır[207]. Fotoğrafçılık alanında teamüllerin uygulamada önemli rol oynadığı söylenebilir. İsviçre Profesyonel Fotoğrafçılar Birliği Tarifesine göre, kural olarak fotoğrafın her türlü iletim/kullanımında fotoğrafçının eser sahibi olarak adı gösterilmek zorundadır. Eğer bu gerçekleşmemişse, Tarifeye göre ücret % 25-100 oranları arasında arttırılabilir. Benzer bir düzenlemeye *Pro Litteris* de ilgili Tarifenin genel hükümlerinde yer vermiştir; buna göre fotoğrafçının adına fotoğrafta yer verilmemişse, ücretin iki katına kadar artırılması söz konusu olur. Bunun yanında her zaman için eser sahipliğinin belirtilmemesi ya da anlaşılamaması haline ilişkin olarak taraflar sözleşmede cezai şart kararlaştırabilirler[208].

Eser sahipliğinin tanınmasını talep hakkı fotoğrafçıya eserine yapılan müdahalelere karşı savunma hakkı verir: Örneğin, üçüncü kişilerin eser sahipliğine ilişkin hak iddialarında (intihal). Ayrıca eser sahibi olmadığı halde, ünü kullanılmak suretiyle kendisine karşı izafe edilen fotoğraflarda eser sahibi olarak belirtilmiş olması halinde de, buna karşı itiraz hakkı mevcuttur. Örneğin, bir kimsenin çekmiş olduğu fotoğrafları çok ünlü bir fotoğrafçının eserleriymiş gibi lanse etmesi halinde[209]. Bu manevi hakkın ihlali İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) haksız fiil hükümleri uyarınca tazminata sebebiyet verir. Tazminata hükmetmek için genel koşulların yanında, ihlalin belli bir ağırlığı da gerekir. İhlalin ağırlığı İsviçre Federal Mahkemesine göre fotoğraftaki hususiyetin (ferdiilik) derecesine göre değerlendirilir. Bu yaklaşıma göre, fotoğraf fotoğrafçının

---

[207] Reklam endüstrisinde, bizzat fotoğrafçının saygınlığı ve ünü dolayısıyla kampanyaya olan ilginin arttığı durumlar söz konusu olmadıkça, fotoğraf sanatçısının adına nadiren yer verilir. Ancak bu durum farklı, birden çok fotoğraftan ve metin/grafik gibi diğer görsel unsurlardan oluşturularak ortaya çıkan ürünün (sonuç/nihai ürün) kendi başına fikri hukukta eser olarak korunması ve içinde kullanılan fotoğrafın tanınmaması veya kullanılan şekilde/formda fikri hukukta eser olarak korunmaması şartıyla; fotoğrafın salt belirli bir kısmı, fotoğrafçının adının belirtilmesi gerekmeksizin reklam endüstrisinde sıklıkla kullanılır: **Corrodi,** s.18, dpn.57.

[208] **Corrodi,** s.18.

[209] **Hug,** s.273, dpn.78.

korunan ad&itibarı için belirleyici nitelikte ve yaratıcısının özelliğini taşır nitelikte olduğu oranda, hususiyetin var olduğundan söz edilebilir[210].

URG Art.9 Abs.2 gereğince (umuma arz yetkisi) eser sahibi, eserinin umuma arz edilip edilmemesi, yayımlanma zamanı ve tarzını belirleme konusunda da münhasıran hak sahibidir. Fotoğrafçılık alanında bu hakkın ihlali en yaygın şekilde, henüz umuma arz edilmemiş bir fotoğrafın izinsiz olarak (eser sahibinin rızası alınmaksızın) yayınlanmasında kendini gösterir[211]. Bu hakkın eser sahipliğinden doğan kişilik hakkı yönü yanında, fotoğrafçılar için önemi küçümsenemeyecek maddi açıdan (parasal) değerlendirilme yönü de mevcuttur. Zira bazı fotoğraflara, güncellik ya da az rastlanırlık/seyrek görülme gibi unsurlar açısından haiz oldukları değerden ötürü, ilk/özel bası hakkının tanınmasında (umuma arz) alışılagelmiş, rayiç ücretlerin birkaç katı tutarında bedel ödenebilmektedir[212].

URG Art.11 Abs.1 eser sahibini eseri üzerinde değişiklik yapma konusunda da münhasıran yetkili kılmıştır (Eserin bütünlüğünü koruma hakkı/Das Recht auf Werkintegrität). Açıkça aksi kararlaştırılmadıkça, kendisine yararlanma yetkisi tanınan hak sahipleri de kural olarak eser üzerinde değişiklik yapmaya yetkili değildir. Ancak işkolunda alışılagelmiş teamüller çerçevesinde fotoğrafçının eseri üzerinde yayınlanmasından önce bazı düzenlemeler yapılacağını bildiğinin kabul edilebileceği hallerde rızasının varlığından söz edilebilir. Örneğin fotoğraflar gazete sayfa mizanpajına uydurmak amacıyla küçültülebilir veya renkli fotoğraflarla ilgili baskıda tonlama farklılıkları ortaya çıkabilir[213] [214]. Anılan

---

[210] İsviçre uygulamasında son zamanlara kadar fotoğrafın eser niteliğine ilişkin katı bir tutum sergilendiğinden, fotoğrafçı lehine yüksek oranda tazminata hükmedilen haller seyrektir. Cenevre Mahkemesi bir davada mimarlıkla ilgili piyasada baskısı tükenmiş bir kitapta yer alan fotoğraflardan 100.000 adet izinsiz çoğaltılmış olması haline ilişkin olarak, fotoğrafçı lehine 10.000 İsviçre Frankı tutarında tazminata hükmetmiştir: *Arret de la Cour de Justice de Geneva,* 19.11.1993 (1994) SMI 2,s.190 (**Hug,** s.273; **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.183).

[211] **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.184; **Corrodi,** s.17.

[212] **Corrodi,** s.17.

[213] **Pausa,** s.151. *Pro Litteris*'in Fotoğraf/Resim Tarifesinin genel hükümlerinde 11.bentte; eserlerde büyütme, küçültme, renkli resimlerin siyah-beyaz basılması gibi durumların bu Tarife bağlamında değişiklik olarak algılanmayacağı karara bağlan-

hükmün ikinci fıkrasında ise, üçüncü bir kişi eserde değişiklik yapılmasına sözleşme gereği veya kanunen yetkili kılınmış olsa dahi; eser sahibinin (fotoğrafçının) şeref ve mesleki itibarına zarar verecek her türlü değiştirmeye, eser sahibinin itiraz edebileceği düzenlenmiştir[215]. Bununla birlikte fotoğrafçının eserinin bütünlüğünü koruması özellikle dijital dünyada oldukça güçleşmiştir. Basel Üniversitesi kimya-fizik enstitüsü dijitalleştirilen fotoğraflarda bu hususu anlaşılır kılmak; eser sahipliğini fotoğrafa görsel olmayan bir kodlamayla yerleştirmek ve fotoğraf üzerinde işlem yapılmasını engelleyecek bir mekanizma geliştirmek gibi amaçlarla çalışmalar yürütmektedir[216].

Fotoğrafçının ayrıca koşulları bulunması halinde URG Art.14 uyarınca eserine ulaşabilme ve sergileme hakkı (Zutritts- und Ausstellungsrecht des Urhebers oder der Urheberin) ve yine URG Art.15 uyarınca eserinin yok olmaya karşı korunmasına ilişkin talep hakkı (Recht auf Zerstörung seines Werkes) mevcuttur. Yasa koyucu bu hakların kullanılmasında eser sahibi ve eseri elinde bulunduranın (malik veya zilyet sıfatıyla) menfaatlerinin gözetilerek dengelenmesi gerektiğine işaret etmiştir[217].

4. Eser Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar

URG Art.19-28.maddelerde şahsen kullanım, toplumun ve kültürün gelişmesi gibi sebeplerle eser sahibinin haklarına sınırlandırmalar geti-

---

mıştır. Bununla birlikte yine aynı bentte fotoğraf kesitleri, fotomontaj, kolaj ve benzer değişikliklerde ise her halükarda eser sahibinin açık rızasının alınması gerektiği belirtilmiştir: **Corrodi,** s.19.

214 Doktrinde *Corrodi* üzerinde yapılacak oynama/düzenlemelere en sık itiraz edilen ve hassasiyet gösterilen; bu hassasiyetten ötürü de haksız değişikliklerle ilgili uyuşmazlıklar nispeten nadiren dava konusu olan fotoğrafların sanatsal fotoğraf eserleri olduğunu ifade etmiştir: **Corrodi,** s.19. İstenilen sonuca ulaşabilmek için bazen farklı fotoğrafçıların üzerinde çalıştığı, büyük harcamalar yapılabilen bu alanda ortaya konan fotoğraf eserlerinin herhangi bir şekilde zarar görmesi (Beeinträchtigung) halinde, daha ciddi yaptırımlarla karşı karşıya gelineceği çekincesi kullanıcıları daha özenli davranmaya itmektedir.

215 Bkz. BGE 117 II 475, BGE 120 II 69/70; **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.184-185; **Pausa,** s.152.

216 **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.186.

217 **Corrodi,** s.20.

rilmiştir. Fotokopi hakkı ve hakkaniyet çerçevesinde ödeme yapma yükümlülüğüne eser sahibinin mali haklarından bahsederken değinmiş idik. Fotoğrafçılar açısından önemi haiz diğer sınırlandırmalar özellikle iktibas serbestisi (Zitierfreiheit-URG Art.25) ve güncel/günlük olaylarla ilgili haber verme hakkıdır (Recht zur Berichterstattung über aktuelle Ereignisse-Art.28).

İktibas serbestisi fikir alışverişi yoluyla bir toplumun ilim ve sanat alanında gelişmesine hizmet eder. İktibas serbestisi alenileşmiş bir eserin -kaynak bilgisi belirtilerek, eser sahibinin rızası aranmaksızın, tüm veya parça halinde- başka bir yabancı eserde yer verilmesine (iktibasın koşulları çerçevesinde) olanak tanır. Fotoğrafların iktibasa elverişli nitelikte olup olmadığı konusunda İsviçre doktrininde görüş birliği yoktur. *Barrelet/Egloff* fotoğraflar ve diğer güzel sanat eserlerinin tabiatları gereği ancak "bütün" olarak iktibasının mümkün olabileceğinden hareketle, fotoğraflarda iktibas serbestisinden söz edilemeyeceğini; zira bu halde iktibas hakkının pratikte serbest yararlanma hakkı (Recht auf freie Benutzung) ile eşdeğer hale geleceğini ileri sürmüştür[218]. Aksi görüşte *Cherpillod*[219] hükmün yorumundan sanat eserleri ve fotoğrafların iktibas edilemeyeceğinin çıkarılamayacağını savunmuştur. Yazar her ne kadar fotoğraflar için mutlak/sınırsız bir iktibas hakkından söz etmese de; verdiği örneklerden fotoğrafın iktibas edilmesinin mümkün olduğu görüşünde olduğu anlaşılmaktadır: Örneğin, fotoğrafın iktibas suretiyle bir filmde yer alması. Bununla birlikte URG Art.25'de yer alan tüm koşulların sağlanması gerektiğinden uygulamada fotoğrafların iktibasa elverişli olduğu hallere az rastlandığı belirtilmiştir[220]. İlk görüşle aynı yönde *Hug Kettmeir, Cherpillod*'un bakış açısının çelişkili durumlara sebebiyet vereceğini ileri sürmüştür: URG Art.19 Abs.1/b'ye göre fotoğrafların öğretim elemanlarınca derslerde kullanılması hakkaniyet gereği bir ücret ge-

---

[218] **Barrelet/Egloff,** Art.25 Rdn.8, s.151; yine bkz. **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.177 vd; **Pausa,** s.157, dpn.805.

[219] **Cherpillod,** I.: Schranken des Urheberrechts, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Hrsg.**von Büren,** R./**David,** L.), Basel-Frankfurt anı Main 1995, s.267.

[220] **Cherpillod,** s.268-269; **Corrodi,** s.12.

rektirirken; buna karşın, aynı eserlerin ders kitaplarına- eser sahibinin rızası aranmaksızın&bedel ödenmeksizin- iktibas edilmesinin URG Art.25 çerçevesinde değerlendirilir olması[221]. Buna karşın *Corrodi* ise önemli olan noktanın eserin ekonomik açıdan değerlendirilebilirliğinin ihlal edilmemesi; iktibas serbestisinin bir eserin ücret ödenmeksizin, eser sahibinin hakları suistimal edilerek kullanılmasında maske işlevi görmemesi olduğunu ifade etmiştir[222].

Güncel olaylarla ilgili haber verme hakkı, eserlere eser sahibinin izni aranmaksızın, sadece haber verme amacıyla sınırlı şekilde medya araçlarında yer verilebileceğini öngörmektedir. Örneğin, bir fotoğraf sergisiyle ilgili yayınlanan röportajda sergilenecek fotoğrafların ancak sınırlı bir kısmına yer verilmesi. Bu sınırlandırma çerçevesinde fotoğraf eserlerinin kullanılmasına ilişkin İsviçre medya uygulamasında, zaman içerisinde bazı teamüllerin oluştuğu görülmüştür[223]:

- Bir dergide yayınlanan makalede haber verme hakkı çerçevesinde yer alan fotoğrafın derginin kapağında/manşette kullanılmaması.
- Bir metni betimleme/tasvir amacıyla kullanılan fotoğrafların metnin yer aldığı alandan fazla yer kaplayacak şekil ve büyüklükte yerleştirilmemesi.
- Her halükarda habercinin/gazetecinin eser sahibinin adını/eser sahipliğini belirtmekle yükümlü olması.

5. Eser Sahibinin Haklarının İhlali ve Hukuksal Sonuçlar

Korunan fotoğraf eserlerinin eser sahibinin rızası ve hukuka uygunluk sebepleri de olmaksızın, yasal ya da sözleşmesel çerçeve dışında 3.kişiler tarafından kullanılması hukuksal ve cezai yaptırımları gündeme getirir. Özel hukuk açısından tazminat talebi dışındaki hallerde kusur şartı aranmaz[224]. URG (Art.62 vd.hükümleri) eser sahipliğinden doğan

---

[221] **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.178.

[222] **Corrodi,** s.12; aynı yönde **Barrelet/Egloff,** Art.25 Rdn.4, s.150.

[223] **Corrodi,** s.13; **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.179.

[224] BGE 62 II 247; **von Graffenried,** C.: Vermögensrechtliche Ansprüche bei Urheberrechtsverletzungen, Zürich 1993, s.119. URG Art.62 Abs.2-OR Art.41 Abs.1'e göre maddi tazminat ve URG Art.62 Abs.2-OR Art.49 Abs.1'e göre kişilik

hakların ihlali nedeniyle eser sahibine farklı hukuksal koruma yolları sunmuştur: Tecavüzün men'i (önleme) davası, tecavüzün ref'i (durdurma) davası, hukuka aykırı olarak çoğaltılan ve piyasaya sunulan ürünlerin kaynağına ilişkin bilgi alına hakkı ve bu ürünlere el koyulması&ürünlerin imhasına ilişkin ihtiyati tedbir, vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanan (URG Art.62 Abs.2-OR Art.419 ff.) elde edilen kazancın iadesi davası.

Sorumluluğun doğumu açısından kusurun türü ve derecesi önem taşımaz; kusur kast ya da ihmal şeklinde ortaya çıkabilir. Fotografik ürünlerin yayınlanması ve diğer şekillerde kullanılmasına ilişkin kullanıcıların (yararlanıcı) özen yükümlülüğü vardır; buna göre, fotoğrafların hukuksal ve fiili durumuna ilişkin (üzerindeki eser sahipliği, diğer hak sahiplikleri vs.) bilgi edinilmesi gerekir[225]. Alman yargısında katı yorumlandığı görülen bu araştırma yükümlülüğü, benzer şekilde İsviçre'de de eser üzerindeki telif hakkının yetkisiz 3.kişiden iyiniyetle iktisabını olanaksız kılmaktadır[226].

Fotoğrafçı, tecavüzden sorumlu olan kişinin yol açtığı zararlara ilişkin, OR Art.423'e göre vekaletsiz işgörme (Geschäftsführung ohne Auftrag) hükümlerine dayanarak elde edilen kazancın iadesini (die Herausgabe des Gewinnes) isteyebileceği gibi; alternatif olarak maddi tazminat talebinde de bulunabilir. Uygulamada fotoğrafçının zararlarının hesaplanmasına ilişkin en etkili yöntem farazi sözleşme bedelinin ödenmesidir[227]. Bu bedelin hesaplanmasında zorluk çıkması halinde, Kanunda öngörülen %10 kuralı uygulanabilir (URG Art.60 Abs.2): Fikri hakların kullanılmasıyla elde edilen kârın ya da yapılan masrafların % 10'u tutarında lisans bedeli[228]. Bu bedel alacağına ilişkin üst sınır konusunda ise

---

haklarının ihlali nedeniyle manevi tazminat davasında kusurun valığı ispatlanmalıdır.

[225] **Corrodi,** s.14.

[226] BGE 117 II 465; **Corrodi,** s.14,s.21; **Hug,** s.270; **Pausa,** s.143.

[227] Anılan bedel, uygulamada benzer bir lisans sözleşmesinde kararlaştırılan rayiç ücretlendirmeye istinaden belirlenir: **von Graffenried,** s.131.

[228] **Corrodi,** s.14; **Hug,** s.271. Bir reklamda yer alan fotoğrafların yetkisiz ve hukuka aykırı kullanılmasından ötürü fotoğrafçı lehine reklam bedelinin %10'u tutarında tazminata hükmedilmiştir, Zger BS 24.01.1995 (**Hug,** s.271, dpn.70).

yakın zamana kadar görüş ayrılığı mevcut idi. *Pro Litteris* Meslek Birliği fotografik materyalleri hukuka aykırı/yetkisiz şekilde kullanan yararlanıcı/kullanıcılardan rayiç kullanım bedelinin iki katını talep ediyordu. Bununla amaçlanan fotoğrafçılık alanında giderek artan fikri hak ihlallerinin bir nebze olsun önüne geçebilmekti[229]. Yargı içtihatlarında da bu uygulamanın benimsendiği; zarar gören lehine rayiç bedelin iki katına hükmedildiği görülmüştür[230]. Diğer taraftan Federal Mahkemenin yeni tarihli bir kararında, ihlalde kullanım bedeli (rayiç) dışında ek/artan bir ücretlendirmeye gidilmesi federal hukuk ilkelerine aykırı bulunmuştur[231]. Bu sebeple *Pro Litteris*'in yerleştirdiği uygulamanın gelecekte devamlılığını sürdürmesi güç görünmektedir. Doktrinde *Barrelet/Egloff* ve *Corrodi* bu durumun eser sahibinin korunması açısından bir geri adım niteliğinde olduğunu ve olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından düzeltilmesi gerektiğini; zira bu anlayışta korunan bir eserin hukuka uygun ya da hukuka aykırı şekilde kullanımında bedelin tazmini bakımdan bir fark meydana gelmediğini, bunun eser üzerindeki hakları ihlal edeni imtiyazlı bir konuma getirdiğini dile getirmişlerdir[232]. *Corrodi* Anglo-Amerikan hukuk sisteminde uygulanması mutad hale gelmiş olan cezalandırıcı tazminatın (punitive damages) ise, zayıf durumda olan eser sahibine karşı ekonomik açıdan güçlü olan kullanıcının fikri hak ihlallerinin önüne set çekmede etkin bir yol olarak görüldüğünü belirtmiştir[233].

Fotoğrafçının eseri üzerindeki fikri haklarının ihlali aynı zamanda suç niteliğinde bir fiil olabilir (URG Art.67). Bu halde İsviçre Ceza Kanunu bir yıla kadar hapis ve para cezası öngörmüş; ancak kural olarak bu suçu takibi şikayete bağlı kılmıştır[234].

---

[229] **Corrodi,** s.14.
[230] BezGer Zürich, SMI 1989, s.74 (**Corrodi,** s.14-15).
[231] BGE 122 III 465.
[232] **Barrelet/Egloff,** Art.62 Rdn.13, s.297; **Corrodi,** s.15.
[233] **Corrodi,** s.15.
[234] **Hug,** s.272.

C. Fotoğrafla İlgili Fikri Hukuk Sözleşmeleri

URG Art.6'ya göre eser sahibi eseri yaratan gerçek kişidir. Eser üzerinde fikri hukuktan doğan haklar ancak eserin yaratıcısından devren iktisap edilebilir. Bu ilke fikri hukukta 'yaratma ilkesi' olarak anılır ve İsviçre fikri hukukunun temel ilkelerinden biridir.

URG Art.16 uyarınca telif hakları devredilebilir ve miras yoluyla geçebilir[235]. Yasa koyucu bu devir için herhangi bir şekil şartı öngörmemiştir; dolayısıyla devir zımni bir irade beyanı ile de gerçekleşebilir[236]. İsviçre hukukunda her ikisi de mümkün kılınan hakkın devri ile hakkın kullanım yetkisinin devri (lisans) birbirinden ayırdedilmelidir. Hakkın kullanım yetkisinin devri (lisans) de hakkın devrinde olduğu gibi şekil şartına bağlı kılınmamıştır.

İsviçre fikri hukukunda yayın sözleşmesi (OR Art.380) dışında telif haklarıyla ilgili diğer sözleşmeler Kanunda düzenlenmemiştir. Bununla birlikte sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, taraflar örneğin lisans sözleşmesi veya meslek birlikleri ile yapılan hak gözetim sözleşmesi gibi eser sahibinin haklarının ya da kullanım hakkının devrini içeren sözleşmeler akdedebilirler[237].

İsviçre yasa koyucusu hizmet ilişkisi çerçevesinde edim ifa edilirken, sözleşmesel yükümlülükler yerine getirilirken yaratılan eser üzerindeki hak sahipliğine ilişkin açık bir düzenlemeye Kanunda yer vermemiştir. Bundan dolayı, hakların nasıl kullanılacağı ve eser sahibinin işverenine kullanım yetkisi bahşetmesi gibi hususlar taraflara bırakılmıştır[238]. Eğer taraflar sözleşmede bu hususlara ilişkin hükümlere yer vermemiş ise, doktrin ve uygulama tarafından geliştirilen ve yerleşen "amaca uygun

---

[235] Hakim görüşe göre, manevi haklar /eser sahipliğinden doğan kişilik hakları (Urheberpersönlichkeitsrechte) ise ne devredilebilir ne de miras yoluyla intikal edebilir. Doktrinde bu konudaki görüşler için ayrıntılı olarak bkz. **Corrodi,** s.22-23.

[236] **Hug,** s.275; **Rehbinder,** s.127.

[237] **Hug,** s.276. Sanatsal yönü ağır basan fotoğraflar ve hizmet ilişkisi çerçevesinde sanat dışında amaçlarla ortaya konan diğer fotoğraflarla ilgili olarak İsviçre'de uygulamada akdedilen fikri hukuk sözleşme türleri hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Corrodi,** s.24-95.

[238] **Hug,** s.276.

devir ilkesi"nin uygulanması gündeme gelir. Yasal düzenlemelerde ve sözleşmede açık hüküm yoksa devreye giren, fikri hukuk sözleşmelerinde çok önemli olan bu temel yorum teorisine göre, uyuşmazlık halinde eserden yararlanana (Werknutzer) devredilen hakların/kullanım yetkisinin kapsamının ancak sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesine hizmet edecek şekilde belirlenmiş olduğu (dar yorum) kabul edilir[239]. Dolayısıyla işvereniyle hizmet sözleşmesi akdetmiş olan bir fotoğrafçının, sözleşmede hakların kullanılmasına ilişkin açık bir hükme yer verilmemişse ya da sözleşme yazılı şekilde yapılmamışsa (bundan ötürü bahşedilen hakların kapsamında belirsizlik varsa), işçi sıfatıyla edimini ifa ederken çekmiş olduğu fotoğrafları üzerindeki telif ve yararlanma haklarının kullanılması amaca uygun devir teorisine göre yorumlanacaktır[240].

URG Art.16 Abs.3'de eser üzerindeki mülkiyetin devredilmesiyle eser sahipliğinden doğan hak ve yetkilerin devredilmiş olmayacağı düzenlenmiştir. Zira hakların ve hakların kullanım yetkisinin devri için tarafların sözleşmede bunu ayrıca kararlaştırmaları gerekir. Dolayısıyla, örneğin fotoğraflar üzerindeki çoğaltma ve yayma hakkı alıcıya ya da sipariş veren kimseye otomatik şekilde geçmeyecek; tarafların bu konuda anlaşmış olması aranacaktır[241]. Devredilen hakların/kullanım yetkisinin kapsamını belirlemede fotoğraf eseri sipariş sözleşmesi ya da fotoğraf çekimini konu alan hizmet sözleşmeleri hükümleri öncelikle esas alınır[242].

---

[239] BGE 101 II 104; **Barrelet/Egloff,** Art.16 Rdn.20, s.106-107; **Rehbinder,** s.128. Örneğin, bir sanatçının sergide yer verilecek güzel sanat eserlerinin fotoğraflanmasında bu genellikle çekilen fotoğraflarla serginin tanıtımında kullanılacak katalogları oluşturmak içindir. Sözleşmenin her iki taraf için de konusu ve amacı fotoğrafların kataloglarla bağlantılı olarak kullanılmasıdır. Buradan güzel sanat eseri sahibinin fotoğrafların başka şekillerde kullanılmasına da rıza göstermiş olduğu çıkarılamaz; bu yüzden fotoğrafların (hukuka uygunluk sebepleri olmaksızın) basında ya da bir sanat kitabında illüstrasyon olarak kullanılması rızanın olmaması halinde hukuka aykırılık teşkil edecektir: **Hug,** s.277.

[240] **Hug,** s.276; ayrıca bkz. **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.191.

[241] **Hug,** s.277.

[242] Fotoğraf eseri siparişini konu alan sözleşmelerle ilgili İsviçre Profesyonel Fotoğrafçılar Birliği Tarifesi, esasen ödenecek ücretin sözleşmenin spesifik konusuna ilişkin olarak yapılacak tek bir çoğaltma işlemine yönelik olduğunu; diğer bir kullanımın

İsviçre'de çoğu fotoğrafçının eserlerine ilişkin haklarının korunması ve takibi için, -özellikle çoğaltma hakkına ilişkin[243]- *Pro Litteris* Meslek Birliği ile anlaştığı görülmektedir. Bunun yerine veya ek olarak fotoğraf ajanslarıyla da sözleşme akdedilmesinin avantajı ise bu ajansların sadece hakların korunmasında değil, aynı zamanda fotografik ürünlerin reklamı ve pazarlanmasında da etkin rol üstlenmekte olmasıdır.

D. Kişinin Görüntüsüne İlişkin Korunma Hakkı

Kişinin görüntüsüyle ilgili olarak; eser sahibinin hakları resimde tasvir edilen kişinin kişilik haklarıyla sınırlandırılmıştır. ZGB Art.28'de yer verilen genel kişilik haklarının bir uygulaması olan kişinin görüntüsü (resmi) üzerindeki hakkı herkese karşı ileri sürülebilen mutlak nitelikte bir haktır[244].

Tasvir edilen kimsenin, ancak fotoğrafın izni alınmaksızın umuma arz ve yayılması hallerine münhasıran mı yoksa fotoğrafının çekilmesine ilişkin olarak da mı bu hak kapsamında korunup korunamayacağı İsviçre doktrininde tartışmalıdır. Hakim görüş[245], fotoğrafın çekilmesine (tesbitine) ilişkin olarak dahi kişinin görüntüsü üzerindeki hakkı kapsamında yasal koruma talep edilebileceğini ileri sürerken; aksi yöndeki

---

tarafların ayrıca anlaşmasıyla mümkün olabileceğini belirtmiştir: Tariff of the Swiss Professional Photographers, Sbf.1995, leaflet 5 (**Hug,** s.277).

[243] Uygulamada bu çoğunlukla basında, medya araçları aracılığıyla gerçekleşen çoğaltmaların takibi amacıyla yapılır. Yararlanıcılara (kullanıcı) eser sahipliğinden doğan diğer hakların/hak üzerindeki kullanım yetkilerinin devrinde ve korunmasında fotoğrafçılar sıklıkla kendi başlarına hareket etmeyi tercih ettiği gibi, fotoğraf ajanslarıyla da ayrıca çalışabildikleri görülmektedir: **Hug,** s.277-278.

[244] Bu hakka ilişkin korumanın gündeme gelebilmesi için tasvir edilen kişinin "tanınabilir" olması gereklidir. Kişinin kimliği teşhise müsait olmakla birlikte, kamusal bir olay/organizasyonun ancak tali, önemsiz bir parçası olarak görüntüde yer almışsa (örneğin, bir spor karşılaşmasında seyirci olarak); artık kişilik haklarının ihlalinden söz edilemeyecektir: **Frank,** R.: Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983 (**Hug,** s.278'den naklen). Aynı yönde **Bächli,** M.: Das Recht am eigenen Bild (Die Verwendung von Personenbildern in den Medien, in der Kunst, der Wissenschaft und in der Werbung aus der Sicht der abgebildeten Person), Basel-Genf-München 2002, s.109.

[245] **Trachsler,** s.113; **Landwehr,** W.: Das Recht am eigenen Bild, Winterthur 1955, s.40 vd; **Bächli,** s.77, dpn.442'de anılan diğer yazarlar.

yazarlar[246] açıkça bunun mümkün olmadığını belirterek, kişinin izinsiz şekilde fotoğrafının çekilmesi halinde özel yaşamın ya da şeref ve haysiyetin korunmasına ilişkin koruma hükümlerine işaret etmişlerdir.

Tasvir edilen kişinin rızası alınmışsa, üstün özel veya kamusal bir yarar ya da diğer yasal hukuka uygunluk sebepleri (ZGB Art.28 Abs.2) mevcutsa, kişinin resmi üzerindeki kişilik hakkının ihlali gündeme gelmeyecektir. Tasvir edilenin rızası belirli bir şekle bağlı değildir; yine rızanın kapsamı sadece fotoğrafın kararlaştırılan kullanımlarıyla sınırlıdır. Örneğin, bir modelin broşürde kullanılmak üzere çekilen fotoğraflarına ilişkin rızası, fotoğrafların posterlerde kullanılmasını hukuka uygun kılmaz[247]. Bir gece klubünün program afişinde artık orada çalışmayan bir dansçının yarı-çıplak fotoğrafının izinsiz olarak kullanılması kişilik haklarına tecavüzdür[248].

Politikacılar, sanatçılar, sporcular gibi topluma mal olmuş kişilerin de kuşkusuz görüntülerine ilişkin korunma hakkı vardır ancak bu toplumdaki alelade/sıradan kişilere nazaran daha sınırlıdır. Kamuoyunun sürekli dikkatini çekme unsuru, yayınlanan her türlü görüntüye peşinen rıza göstermiş olunduğu sonucunu da beraberinde getirmez. Nitekim baştan verilen böyle bir genel rıza ZGB Art.27 uyarınca geçersizdir[249].

Üstün özel veya kamusal bir menfaatin varlığı da kişinin görüntüsü (resmi) üzerindeki hakka yapılan tecavüzlerin hukuka aykırılığını sınırlandıran hallerdendir. Kişilik haklarının ihlalinin var olup olmadığına ilişkin yapılan değerlendirmede menfaatlerin dengelenmesi gerekir: Bir tarafta kişinin görüntüsü (resmi) üzerindeki hakkı, diğer tarafta özel ya da kamusal menfaat. Kişilik haklarının ihlalinde hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilecek tek üstün menfaat, korunması kişilik haklarına eşdeğer veya daha önemli görülen hukuken korunan menfaattir[250]. Yayınlanan

---

[246] **Geiser,** T.: Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel-Frankfurt, 1990, s.38; yine bkz. **Bächli,** s.77, dpn.443'de anılan yazarlar.

[247] **Hug,** s.279, dpn.101.

[248] (1992) 68 SJZ No 213, Cour Civile Vaud, 15.03.1992 (**Hug,** s.279, dpn.103).

[249] **Bächli,** s.87. Topluma mal olmuş kişilerle ilgili ayrıntılı olarak **Landwehr,** s.66.

[250] **Geiser,** s.138; **Landwehr,** s.54. Kişinin görüntüsü üzerindeki korunma hakkıyla toplumun bilgi alma hakkına ilişkin menfaatlerinin dengelenmesi genellikle basında

fotoğraflardaki tasvir edilen kişinin görüntüsü üzerindeki kişilik hakları ihlal edilmişse, fotoğraf sanatçısının fikri haklarına ilişkin özel menfaati bu ihlaldeki hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaya yetmeyecektir[251]. Fotoğraflara ilişkin olarak kamusal menfaat ise çoğunlukla toplumun bilgi sahibi olma hakkında, yine kültürel yaşam&araştırma[252], kamusal güvenlik hakkında[253] kendini gösterir.

Kişinin görüntüsü (resmi) üzerindeki korunma hakkı eser sahibinin haklarını sınırlandıran, herkese karşı ileri sürülebilen bir mutlak haktır. Bundan ötürü fotoğrafı tasvir edilenin rızası olmaksızın bir yayında kullanan fotoğrafçıya olduğu gibi, rıza alınmaksızın farklı kullanımlarda yer veren üçüncü kişilere karşı da kişilik hakkının ihlaline dayalı talepler ileri sürülebilir (ZGB Art.28a).

IV. AVUSTURYA

A. Yasal Düzenleme

Avusturya'da fikri haklara ilişkin olarak şu anda yürürlükte bulunan Kanun 1936 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'dur (OUrhG) [254].

---

yer alan fotoğraflara ilişkin olarak gündeme gelir. Kamuoyunun bilgilenme hakkının terazide hangi hallerde ağır basacağı sorusunu yanıtlayabilmek için doktrinde ve uygulamada "Alan teorisi" geliştirilmiştir. Buna göre kişinin yaşamı, gizli alan-özel alan-kamusal alan olarak üçe ayrılarak değerlendirme yapılır. Geniş bilgi için bkz. **Hug,** s.280; **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.196.

[251] **Hug,** s.280.

[252] Ünlü bir İsviçreli ressamı ölümünden önce hasta yatağında gösteren fotoğrafın sergilenmesiyle ilgili olarak; mirasçılarının manevi bütünlüğün korunması ve saygı gösterilmesine dayalı taleplerine karşı galeri sahibi kültürel/sanatsal yaşama dair toplumun bilgilendirilme hakkı olduğunu ileri sürmüştür. Federal Temyiz Mahkemesi somut olayda mirasçıların talebini haklı bulmuştur, BGE 70 II 133f (**Hug,** s.280, dpn.107).

[253] Fotoğrafın soruşturma, güvenlik makamlarınca yayınlanması. Ağır suçlarla ilgili hallerde, reşit olmasa dahi şüphelinin görüntülerinin basında yer alması caizdir: (1971) 70 ZR No:46 (**Hug,** s.280, dpn.108).

[254] Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte BGBl. Nr.111/1936. Avusturya'nın ilk Telif Hakları Kanunu ise 1846'da yürürlüğe girmiştir.

Kanunda sonuncusu 2003'de olmak üzere zaman zaman değişiklikler yapılmıştır.

Fotoğrafa hukuksal düzenlemelerde ilk defa 1895'de yürürlüğe giren Telif Hakları Kanunu'nda yer verilmiştir. Bu Kanun bağlamında (§1, §4) fotoğraf eserleri (Werke der Photographie) açıkça korunan eserler arasında sayılmıştır[255]. 1936'da yürürlüğe giren Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ise geri adım atılarak bu koruma kaldırılmış; bunun yerine özgün olmayan, sıradan fotoğraflar da dahil tüm fotoğrafları kapsayan bağlantılı hak koruması getirilmiştir[256]. Koruma süresiyle ilgili olarak fotoğraflara yine ayrı bir uygulama yapıldığı görülmektedir; zira 1972'de genel koruma süresi eser sahibinin ölümünden sonra 50 yıldan 70 yıla çıkarılırken, fotoğraflar için ayrı olarak 25 yıldan 30 yıla, 1996'da ise 50 yıla çıkarılmıştır.

1953'de Kanunda (OUrhG) yapılan değişiklikler ile özgün/orijinal fotoğraf eserlerine, alelade fotoğraflara yönelik mevcut *sui generis* korumaya[257] bakılmaksızın, tekrar tam anlamda bir telif hakları koruması (OUrhG § 3 Abs.1) tanınmıştır. Fotoğraf eserleri (Werke der Lichtbildkunst) güzel sanat eseri olarak kabul edilmiştir. Böylelikle 1953'den bu yana Avusturya fikri hukukunda ikili bir koruma uygulanmaktadır: özgün fotoğraflar için telif hakları, alelade/sıradan fotoğraflar için ise bağlantılı haklar çerçevesinde koruma[258].

---

[255] **Dittrich,** R.: Überlegungen zum Lichtbildschutz nach österreichischem Recht, Urheberrecht gestern-heute-morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65.Geburtstag, München 2001, s.227. Doktrinde *Zanger* ise yasal düzenlemelerde her ne kadar "fotoğraf eseri" (Werke der Photographie) kavramına yer verilmişse de, fotoğrafların ne estetik bakış açısı ne de gerekli fikri mesai yönünden güzel sanat eserleriyle aynı kapsamda ele alınabileceğini; fotoğraf eserlerinin güzel sanat eseri olarak değerlendirilemeyeceğinin Kanunun gerekçesinden de anlaşılabileceğini ifade etmiştir: Bkz. **Zanger,** G.: Urheberrecht für Fotografen, Wien 1988, s.13.

[256] **Walter,** M.M.: Austria, in: Copyright and Photographs-An International Survey edited by Gendreau, Y./Nordemann, A./Oesch,R., Kluwer Law International, 1999, s. 49; **Dittrich,** s.229.

[257] **Walter,** s.49.

[258] **Walter,** s.49; **Zanger,** s.14; **Pausa,** s.92; **Barthol,** s.16; **Boba,** G./ **Walter,** M.M.: Leitfaden Foto-Urheberrecht für österreichische Berufsfotografen, Wien 1997, s.9.

OUrhG §1 korunan eserleri dört grup halinde saymıştır: ilim-edebiyat eserleri, müzik eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri. OUrhG §3 Abs.1'de fotoğraf eserleri açıkça güzel sanat eserleri arasında sayılmıştır. Aynı paragrafın ikinci fıkrasında fotoğraf sanatı eserlerinin (Werke der Lichtbildkunst/Lichtbildwerke) fotoğrafçılık teknikleri ve benzeri tekniklerle oluşturulan eserler olduğu ifade edilmiştir. Fotoğrafçılık teknikleriyle meydana getirilen ancak orijinallik/özgünlükten yoksun diğer tüm fotoğraflar ise OUrhG §73 (Lichtbilder) uyarınca korunacaktır. Bu fotoğraflar için orijinallik veya beceri/hüner göstergesi aranmamakla birlikte; salt kopyalama ile arasındaki sınırı çizmek[259] için asgari bir fotoğrafçılık faaliyeti aranmaktadır. Alelade fotoğraflara ilişkin bu *sui generis* koruma özgünlük taşımayan sinema ürünü parçaları olan hareketli resimler (Laufbilder) ve video görüntülerini de kapsar (OUrhG §73/II)[260].

1. Fotoğrafın "Eser" Niteliği ve Fotoğraf Eserinde Aranan Unsurlar

Bir fotoğrafın Avusturya hukukunda eser olarak korunup korunamayacağı, fotoğrafın OUrhG §1'deki koşulları sağlamasına bağlıdır. Paragrafta hususiyet taşıyan fikri yaratımların (eigentümliche geistige Schöpfung) eser olarak korunabileceği dile getirilmiştir. Hususiyet ölçütü bir fikri ürüne eser vasfını veren en önemli ölçüt olarak düzenlemede açıkça ifade edilmiştir. Fotoğraf içerdiği sanatkârane ifade biçimiyle gündelik hayatta gerçekleştirilen rutin tesbitlerden farklı ise, hususiyeti haiz olup diğer güzel sanat eserleri gibi telif hakları korumasından yararlanır. Fotoğrafta hususiyet yaratıcı ve biçimlendirici unsurun veya unsurların kombinasyonunda ortaya çıkar: doğru anın yakalanması, ışıklandırma, kamera açısı, alışılmadık efektler kullanma, kompozisyon vb. Fotoğraf eseri (Lichtbildwerk) kendini bünyesinde barındırdığı etkili ifade

---

Avusturya Fikri Hukukunda fotoğraflarla ilgili yasal düzenlemeler ve koruma sistemi Almanya ile büyük ölçüde benzerlik taşımaktadır.

[259] OGH 25.06.1996, 4 Ob 2093/96i, „AIDS Kampagne I", ÖBl 1997, s.199 (**Pausa,** s.95, dpn.501); **Michalos,** s.712.

[260] **Walter,** s.50. Bkz. Sexfilme I, Viyana Temyiz Mahkemesi, 17.03.1986 (**Walter,** s.50, dpn.9).

gücü, kendisini inceleyenleri (kullanıcı) düşünceye veya heyecana sevkedebilme yetisiyle öne çıkarır[261].

Hususiyet, yaratıcının mevcut olanın üzerine bireysel zekası, kabiliyet ve becerisini koyarak esere yaptığı katkı, kattığı özelliktir. Bu nedenle herkesin ortaya koyabildiğinden farklı olan fotografik ürünler eser olarak korumayı haizdir[262]. Fotoğrafçının hususiyeti/özelliği kendi seçmiş olduğu yaratma, biçimlendirme unsurlarından ötürü eserde ifade bulur. Rutinden farklı olma (Unterscheidbarkeit) hususiyetin varlığına işaret eden en önemli ölçütlerden biridir. Rutinden farklı olan bir çalışma, fikri katkı ne derece az olsa da, genellikle hususiyet kapsamında değerlendirilir ve çalışma "eser" olarak nitelendirilir[263]. Nitekim "Eurobike" kararında (2001), fotoğraf eser sahibinin bireysel fikri yaratımı niteliğinde ise özgünlüğe/orijinalliğe ilişkin özel bir seviye aranmaksızın (keine besondere Werkhöhe) bir fotoğraf eserinden söz edileceğine karar verilmiştir[264]. Avusturya doktrininde *Pausa* özel bir yaratma seviyesi veya sanatsal nitelik zorunlu kılınmaksızın[265], amatör fotoğrafçıların

---

[261] **Barthol,** s.16; **Hoeren/Nielen,** Rdn.148, s.106.

[262] Avusturya Temyiz Mahkemesi (OGH) 1993'de bir kararında ön planda bisikletçilerin yer aldığı bir manzara fotoğrafının benzer temalı alelade fotoğraflardan farklı, özellik arz eden bir yönü bulunmadığı; nitekim kompozisyonun, çekim açısının ve kullanılan fotografik tekniklerin de eserde hususiyeti ortaya koyacak nitelikte olmadığından hareketle fotoğrafın eser olarak korunamayacağına karar vermiştir: OGH 12.10.1993, 4 Ob 121/93, "Landschaft mit Radfahrern", ÖBl 1994, s.43; **Swoboda,** E.: Radelnd zum Foto-Kunstwerk- Auswirkungen der "Eurobike" Entscheidung für die Praxis des Fotorechts, MR 2002, s.195 (**Pausa,** s.93, dpn.483); **Sauper,** V.: Urheberrechtliche Probleme bei der Bearbeitung von Fotografien, Graz 2009, s.2-3.

[263] **Bozgeyik,** s.177.

[264] OGH 12.09.2001, 4 Ob 179/01d, "Eurobike", MR 2001, s.389 (**Pausa,** s.94, dpn.487). Bu kararla beraber fikri hukuk koruması için aranan koşulların ve yaratma seviyesinin düşük tutulması, alelade fotoğraflara getirilen bağlantılı hak korumasının anlamını yitirdiğini akla getirebilir. Ancak durum böyle değildir. Fikri hukuk (telif hakkı) koruması için varlığı aranan koşullar indirgenmiş de olsa; kabin fotoğrafları, uydu fotoğrafları gibi fotoğraflar OUrhG §73 hükmü öngörülmemiş olsaydı tamamen korumasız kalırdı: **Pausa,** s.96.

[265] Avusturya doktrininde yaratıcının bir sanat eseri (Kunstwerk) meydana getirme amacıyla hareket etmesinin ya da eserin ilgili meslek çevresinde sanat olarak kabul görmüş olmasının önemli olmadığı dile getirilmiştir: **Ciresa,** Österreichisches Urheberrecht: Kommentar (2000) § 1 Rz 4 (**Sauper,** s.3, dpn.16'dan naklen).

fotoğraflarının da somut olayda yapılacak değerlendirmeye göre telif hakları çerçevesinde korunmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir[266].

OUrhG §73'de ise yasa koyucu alelade fotoğrafları koruma altına almıştır. Alelade fotoğraflar fotografik teknikler yardımıyla ortaya konan ancak eser niteliği taşımayan sıradan tesbitlerdir[267]. Fotoğraf eserleriyle ilgili (OUrhG §3) ve alelade fotoğraflarla ilgili (OUrhG §73) yasal düzenlemelerin lafzına bakıldığında ilk bakışta pek fark yokmuş gibi görünse de; 3.paragraf ve 1.paragraf birlikte değerlendirildiğinde ve 73.paragraf dikkatle irdelendiğinde böyle olmadığı görülür. Bağlantılı haklar çerçevesinde korunan alelade fotoğraflar için fotografik yöntem/usul kullanılması dışında ek bir koşul aranmaz. Alelade fotoğrafın Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre eser olma koşullarını haiz olması; özgün olması ve eser sahibinin hususiyetini taşıması gerekmez[268]. Bununla birlikte fotoğraf eseri ve alelade fotoğraf arasındaki ayırdedici çizginin belirlenmesi uygulamada genelde güçlük arz etmektedir. Avusturya doktrininde *Boba/Walter* fotografik eserler (Lichtbildwerke) ve alelade fotoğraflar (Lichtbilder) arasındaki temel farklılıkları şu şekilde belirlemiştir[269]:

- Fotoğraf eserleri eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl süreyle korunurken; alelade fotoğraflar meydana getirme veya umuma arzdan itibaren 50 yıl süreyle koruma konusu olur.

- Fotoğraf eserlerinde fikri hakların sağlararası hukuksal işlemlerle devri mümkün değil iken (hakların kullanım yetkisinin devri müm-

---

[266] *Barthol* da fotoğraf eserlerinin (Lichtbildwerke) fotoğrafçılığın her alanında ortaya konabileceğini; sanatsal fotoğraflar dışında en sık basın(röportaj) fotoğrafları ve mimari fotoğraflarda bireysel şekillendirmenin ön plana çıktığını ifade etmiştir. Yine eser sahibinin sıfatına bakılmaksızın (ör:ünlü bir fotoğraf sanatçısı) toplumdaki hobi fotoğrafçılarının fotoğraflarının eser niteliği taşımasına bir engel olmadığını ifade etmiştir: **Barthol,** s.16.

[267] **Boba/Walter,** s.10. "Fotografik yöntemler aracılığıyla meydana getirme" koşulu geniş yorumlanmalıdır; hükme göre, klasik fotoğraf tekniklerin dışındaki benzer yöntemlerin de (ör:dijital kameralar) bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir: **Pausa,** s.95.

[268] Her fotoğraf eseri (Lichtbildwerk) hukuksal çerçevede aynı zamanda bir fotoğraf (Lichtbild) iken, tersi mümkün değildir: **Boba/Walter,** s.11.

[269] **Boba/Walter,** s.10-11; **Zanger,** s.18; yine bkz. **Sauper,** s.12.

kün); alelade fotoğraflarda gerek hakların gerek hakların kullanım yetkisinin devri (lisans) mümkündür.

- Fotoğraf eserlerinde fotoğrafçı adının belirtilmesine ilişkin manevi hakkını kullanmaktan vazgeçebilirse de bu hakkını devredemez. Buna karşın alelade fotoğraflarda fotoğrafçı bu manevi hakkını kullanmaktan vazgeçebileceği gibi, hakkı üçüncü kişilere de devredebilir.

- Fotoğraf eserlerinde eser sahibi ancak gerçek kişi olabilirken(yaratma ilkesi); ticari nitelik taşıyan fotoğraflarda[270] asli hak sahibinin işveren olduğu kabul edilir (OUrhG §74 Abs.1).

2. Koruma Süresi

1933'de Avusturya fikri hukukunda genel koruma süresi 50 yıl pma. olarak kabul edilmişti. 1953'de, İkinci Dünya savaşı sürecinde eserlerde yararlanma olanaklarının sekteye uğraması nedeniyle koruma süresi yedi yıl için uzatılmıştır[271]. AT Koruma Süreleriyle ilgili Direktifin Avusturya'da kabulünden (1996) çok önce 1972'de ise koruma süresi eser sahibinin ölümünden sonra 70 yıl olarak kabul edilmiştir[272]. Bu koruma süresi sinema eserleri dışında, fotoğraf eserlerinin de içinde yer aldığı diğer tüm eser kategorileri için öngörülmüştür. Birlikte eser sahipliğinin söz konusu olduğu hallerde koruma süresi hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden 70 yıl sonra sona erer.

Alelade fotoğraflar için ise 1936'daki *sui generis* koruma sistemi[273] getirildiğinde koruma süresi 20 yıl olarak (eserin meydana getirilmesinden veya umuma arzından itibaren) belirlenmiştir. İkinci dünya savaşından ötürü gündeme gelen yedi yıllık ek koruma alelade fotoğraflar için de geçerli kabul edilmiştir. Koruma süresi 1972'de 20'den 30 yıla; 1996'da 30'dan 50 yıla çıkarılmıştır. Avusturya hukukunda fotoğrafın türüne göre, örneğin belgesel nitelikli olup olmamasına göre bir ayrım yapılmamıştır[274].

---

[270] Ticari nitelikli fotoğraflar genelde sanatsal yönlerinden çok ticari yönleriyle ön plana çıkarlar.

[271] Bkz. **Peter,** Die Urheberrechtsgesetznovelle 1953, ÖJZ 1953, s.561 vd (**Walter,** s.56'dan naklen).

[272] **Walter,** s.56.

[273] **Walter,** s.56.

[274] **Walter,** s.59.

B. Eser Sahipliği ve Eser Sahibinin Hakları

1. Eser Sahipliği

Avusturya fikri hukukunda da "yaratma ilkesi" (Schöpferprinzip) geçerlidir. Buna göre, eseri fiili anlamda ortaya koyan, yaratan kişi eser sahibidir (OUrhG §10)[275]. Ancak gerçek kişiler eser sahibi olabilir; tüzel kişiler açısından bu mümkün değildir[276]. Eser sahibinin hukuksal işlem ehliyeti olup olmaması eser sahipliğinin doğumu açısından önemli değildir; kısıtlı veya küçükler de eser sahibi olabilir[277].

Alelade fotoğraflarla ilgili olarak- uygulamada özellikle ticari nitelikli fotoğraflar için- Avusturya hukukunda ilginç bir düzenlemeye yer verilmiştir. Telif hakkının tersine bağlantılı hak sahipliğinde[278] yaratma ilkesinin tutarlı şekilde ele alınmadığı görülmektedir. OUrhG §74 Abs.1'e göre kazanç sağlamak amacıyla çekilen (ticari) fotoğraflarda - stok fotoğrafçılık- işletme sahibi, fotoğrafın tesbitine bizzat katkıda bulunmuş olsun olmasın, asli hak sahibi olarak görülmelidir[279]. Ancak bu, fotoğrafçının bir hizmet ilişkisi çerçevesinde işverenin emrinde çalışmakta olması ve çektiği fotoğrafların bu sözleşme ilişkisi çerçevesinde tesbit edilmiş olmasına bağlıdır[280]; serbest çalışan fotoğrafçılar açısından geçer-

---

[275] **Pausa,** s.97; **Boba/Walter,** s.12.

[276] OGH 18.02.1992, 4 Ob 127/91, „Wienerwald", ÖBl 1992, s.184; **Barthol,** s.26. Tüzel kişiler ise ancak eser sahibi ile yapılacak hukuksal işlemler yoluyla eser üzerinde hak sahibi olabilirler (Tam ruhsat-Basit ruhsat): **Walter,** s.53.

[277] **Pausa,** s.97; **Sauper,** s.14.

[278] Fotoğraflarda bağlantılı hak sahipliğinin korunmasıyla ilgili düzenlemelerde eser sahibinden (Urheber) değil, fotoğrafı tesbit eden kişiden (Hersteller) bahsedilmektedir: **Swoboda,** s.195.

[279] **Boba/Walter,** s.12; **Swoboda,** s.195; **Sauper,** s.15. Yaratma ilkesine (Schöpferprinzip) bu şekilde istisna getirilmesinin sebebi, işverenin maliyet giderlerinin ve istenilen sonucun elde edilememesinin riskini taşıdığı düşünülürse, kâr amacıyla meydana getirilen çalışmaların korunmasıdır: **Pausa,** s.99.

[280] Örneğin fotoğrafçı tatil boyunca çekmiş olduğu bazı fotoğrafları bir broşürde yer verilmek üzere seyahat acentası işvereninin kullanımına sunmuş ise; bu zımni lisansın, çekim ve negatifler için bedel ödenip ödenmediğine bakılmaksızın, hizmet sözleşmesi ile beraber sona ereceği kabul edilir: *Urlaubsfotos,* Avusturya Temyiz Mahkemesi, 21.11.1995 (**Walter,** s.54).

li değildir. Bu halde ise işverene/alıcıya hukuksal işlemle hakların devri gündeme gelebilir.

Eğer ki fotoğraf otomatik çekimle salt mekanik şekilde tesbit edilmiş; bununla birlikte bir gerçek kişinin hazırlık çalışmalarının sonucu olarak ortaya konulmuş ise (uygun illiyet bağı), Avusturya Yüksek Mahkemesi kameranın konuşlandırılması ve tesbitle ilgili ön hazırlıkları yapan kişiye (Hersteller) OUrhG §74 uyarınca bağlantılı hak sahipliğine dayanan koruma tanınmasına karar vermiştir[281].

Fotografik eserin meydana getirilmesinde birden fazla kişinin yaratıcı katkısından söz edilebiliyor ise, birlikte eser sahipliği gündeme gelir. Bu halde eserden yararlanma ve eser üzerindeki değişiklikler tüm eser sahiplerinin rızasını gerektirir (OUrhG §11 Abs.2). Ancak fotoğraf eseri üzerindeki telif haklarının ihlali gündeme geldiğinde, her eser sahibi tek başına hareket etmeye yetkilidir[282]. Mevcut bir fotoğrafın işlenmesi (İşlenme eser-Bearbeitung) ise birlikte eser sahipliğine yol açmaz[283].

2. Eser Sahibinin Mali Hakları

Fotoğrafçı fotoğrafları üzerinde eser sahipliğinden doğan haklara ilişkin münhasıran hak sahibi olduğu gibi, fotoğraflarını konu alan kullanımlara ilişkin olarak da ücret talep edebilir. Eser sahibinin mali hakları üçüncü kişilere karşı doğrudan ileri sürülebilir nitelikte mutlak haklardır[284]. Avusturya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda mali haklar sınırlı sayıda ele alınmıştır; bu sebeple teknik gelişmelerle ortaya çıkan yeni kullanım türleri ya mevcut düzenlemeler kapsamına sokulmaya çalışılmalı ya da gerektiğinde yasa koyucu tarafından yeni yasal düzenlemeye kavuşturulmalıdır[285].

---

[281] OGH 01.02.2000, 4 Ob 15 /00k, „Vorarlberg- Online", ÖBl 2000, s.276 **(Pausa,** s.99).

[282] Ayrıntılı olarak bkz. **Walter,** s.53; **Boba/Walter,** s.12-13; **Barthol,** s.27.

[283] **Walter,** s.53.

[284] Doktrinde bu haklar yasaklama hakları, monopol hakları ya da hakimiyet hakları olarak da anılır: **Pausa,** s.101.

[285] **Loewenheim,** §51, Rdn.27 s.784.

Avusturya yasa koyucusu mali hakları OUrhG §14-18a hükümlerinde düzenlemiştir[286]. Bu haklar çoğaltma hakkı, yayma hakkı, kiralama ve ödünç verme hakkı, yayın hakkı ve temsil hakkıdır. Eser sahibinin (Urheber) ve alelade fotoğrafları tesbit eden kişinin (Hersteller)/bağlantılı hak sahibinin mali hakları hemen hemen aynıdır. Temel farklılık bağlantılı hak sahibi haklarını devredebilirken, eser sahibinin ancak lisans verme yoluyla fikri hakları üzerinde kullanım yetkisini devredebilmesinin mümkün olmasıdır. Bu farklılık dışında Kanunda sayılan mali haklar OUrhG § 74 Abs.1 ve Abs.7'de yapılan göndermeyle eser sahibine olduğu gibi, alelade/sıradan fotoğrafları tesbit eden bağlantılı hak sahibine de tanınmıştır[287].

Fotoğrafçı fotoğraflarını istediği teknikle ve istediği miktarda çoğaltma konusunda münhasıran hak sahibidir (OUrhG § 15). Farklı çoğaltma teknikleri arasında grafikle çoğaltma, reprografik yöntemlerle çoğaltma[288], görüntü nakline ve tekrarına yarayan araçlara kayıt (mekanik ve dijital çoğaltma) sayılabilir[289].

OUrhG § 16'da düzenlenen yayma hakkı ise fotoğrafçıya münhasıran fotoğrafın çoğaltılmış nüshalarını (dia/kopya) yayma imkanı tanır[290]. Bu hak sayesinde fotoğraflar fotoğrafçının rızası olmaksızın ne satışa sunulabilir ne de fotoğrafı kamunun kullanımına açan diğer bir yöntem ile piyasaya sürülebilir. Fotoğraf hak sahibinin rızası ile piyasaya sürülmüş ise (örneğin fotoğrafın yer aldığı kartpostalın satışı) yayma hakkının

---

[286] *Pausa* Kanunun 16b paragrafında yer alan pay ve takip hakkının istisnaen burada yer aldığını belirtmiştir; buradan yazarın pay ve takip hakkını mali hak olarak kabul etmediği anlaşılmaktadır: **Pausa,** s.101, dpn.541.

[287] **Pausa,** s.102.

[288] Reprografi, fotokopi, mikrokopi ve benzeri çoğaltma araçları ile yapılan çoğaltmayı ifade eden bir üst kavram olarak kullanılmaktadır: **Çelik,** A.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali-İhlalin Sonuçları, Ankara 2011, s.102; ayrıntılı olarak bkz. **Beşiroğlu,** s.249 vd.

[289] **Boba/Walter,** s.14; **Zanger,** s.36; **Walter,** s.59.

[290] Fotografik eserlerin ve alelade fotoğrafların dijital veri ağı üzerinden iletiminin yürürlükteki Avusturya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nuna göre yeni bir çoğaltma ve yayma şekli olarak görüleceği söylenebilirse de; yasa koyucunun konuyu açıklığa kavuşturmasının yerinde olacağı yönünde **Boba/Walter,** s.15.

tükenmesi söz konusu olur. Yani fotoğrafçı alıcının fotoğrafı yeniden yaymasına (satış vb.) artık engel olamayacaktır[291].

Doktrinde *Boba/Walter* fotoğraf üzerindeki hak sahibinin, yayma hakkının tükenmesine rağmen, münhasıran kiralama hakkının mevcut olduğunu ifade etmiştir[292]. Bu genellikle çoğaltılmış nüshanın, video film vb.kiralayan dükkan veya CD-kiralama firmalarından belirli süreyle ve kazanç sağlama amacıyla, kullanımının devrinde/bir başkasına bırakılmasında söz konusu olur. Kullanımın devrinin yine belirli süreyle ancak kazanç sağlama amacı gözetilmeksizin gerçekleştiği kamuya ödünç vermede ise; ödünç verme kütüphane, resmi fotoğraf/resim arşivleri gibi kamunun kullanımına açık yerlerden gerçekleştiriliyorsa eser/hak sahibinin eserinden (örneğin illüstrasyon kitapları, fotoğraf albümleri, gazete ve dergiler) yararlanan kimselere karşı sadece makul bir ücret talebinde bulunma hakkı vardır. Kamuya ödünç veren bu gibi kurumlar özel sözleşmelerle hak sahiplerine ücret öder (kütüphane primi-Bibliotheksantieme, Ausleiheantieme)[293]. Ücret talebine ilişkin bu hakkın ancak meslek birliklerince ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Avusturya'da fotoğrafları da kapsayan güzel sanat eserlerine ilişkin olarak yetkili meslek birliği "Güzel Sanat Eseri Sahipleri Meslek Birliği (Verwertungsgesellschaft bildender Künstler-VBK)"dir[294].

Uygulamada önem taşıyan bu mali hakların yanısıra fotoğrafçının diğer mali hakları arasında, fotoğraflarını teşhir ve sergileme hakkı (OUrhG § 16b), yayın hakkı (OUrhG § 17,17a,17b), temsil hakkının bir görünümü olan göstermek hakkı (OUrhG § 18) ve işleme hakkı (OUrhG § 14 Abs.2) sayılabilir[295].

---

[291] Bunun istisnası, kazanç sağlamak amacıyla gerçekleştirilen kiralamalarda bu amaçla ve belirli süreyle sınırlı kullanım devirlerinde fotoğrafçının rızasının aranmasıdır (Vermietrecht): **Boba/Walter,** s.15.

[292] **Boba/Walter,** s.15.

[293] **Boba/Walter,** s.18; **Tekinalp,** §14 Nr.104, s.178; bkz. **Öztan,** s.374-375.

[294] **Boba/Walter,** s.15; **Walter,** s.61.

[295] Ayrıntılı olarak bkz. **Boba/Walter,** s.16-17; **Walter,** s.61-66; **Zanger,** s.37.

3. Eser Sahibinin Manevi Hakları

Eser sahipliğinden kaynaklanan şahsiyet hakları –manevi haklar (droit moral)- öncelikle eser sahibini eseriyle arasındaki manevi ilişkiler yönünden korur. Eser sahibinin bu haklarının başta Fransa olmak üzere[296] tüm Avrupada sıkı şekilde koruma altına alındığı söylenebilir. Eser sahibi bu haklarını sağlararası hukuksal işlemlerle devredemez ise de, hakların üzerinde kullanım yetkisinin üçüncü kişilere bırakılması mümkündür[297]. Bununla birlikte eser sahibinin manevi hakları mali haklarından bağımsızdır[298]. Öyle ki, eser sahibi belirli hakları üzerindeki kullanım yetkisini (lisans) devretmiş olduğu üçüncü kişilere karşı, yine bu kişilerce bir fikri hak ihlali olması durumunda, manevi haklarını ileri sürebilecektir.

Buna karşın, manevi haklar fotoğrafı tesbit eden bağlantılı hak sahibine de tanınmış olmakla birlikte, alelade fotoğraflar ile bağlantılı hak sahibi arasındaki manevi bağın eser sahibi-fotografik eser arasındakiyle karşılaştırıldığında daha zayıf olduğu söylenebilir[299]. Eser sahibinin haklarından farklı olarak, bağlantılı hak sahipliğinde manevi hakların, özellikle fotoğrafi tesbit edenin/meydana getirenin kendisi olduğuna dair adın belirtilmesini isteme hakkının, aynı mali haklarda olduğu gibi devredilebileceği belirtilmektedir.

Avusturya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 19. paragrafında eser sahipliğinden yararlanma hakkı (Inanspruchname der Urheberschaft) düzenlenmiştir[300]. Eser sahibinin feragat edemeyeceği ve devredemeyeceği bu hakka göre, eser üzerindeki hak sahipliği ihtilaflı ise ya da bir

---

[296] Bkz. **Güneş,** s.16-17.

[297] **Pausa,** s.107.

[298] **Loewenheim,** §51, Rdn.51 s.792.

[299] **Walter,** s.73; **Pausa,** s.108; **Boba/Walter,** s.32.

[300] **Boba/Walter,** s.20. Bu manevi hakkın Kanunda (OUrhG §19) açık şekilde eser sahiplerine yönelik olarak düzenlendiği; eser niteliğinde olmayan, alelade fotoğrafları tesbit eden bağlantılı hak sahipleri için benzer bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bununla birlikte doktrinde *Pausa* bu durumun bağlantılı hak sahibinin koruma talep edemeyeceği anlamına gelmediğini; mevcut düzenlemenin eser sahibi ile eser arasındaki sıkı manevi bağın yasa koyucu tarafından da vurgulandığını gösterir nitelikte olduğunu ifade etmiştir: **Pausa,** s.108.

başkası eser sahibi olarak ortaya çıkmışsa, kişi tesbit davası ile kendisinin gerçekte eser sahibi olduğunun belirlenmesini talep edebilir.

Eser sahibinin diğer bir manevi hakkı, OUrhG § 20'de yer alan eser sahibinin adının belirtilmesini talep hakkıdır (Recht auf Namensnennung). Eser niteliğinde olmayan fotoğraflara ilişkin bağlantılı hak sahibinin bu yöndeki hakkı ise OUrhG § 74 Abs.3'de düzenlenmiştir (Recht des Lichtbildherstellers auf Herstellerbezeichnung). OUrhG § 20'ye göre eser sahibi, eserde eser sahibi olarak gösterilip gösterilmemesi[301], gösterilecekse bunun nasıl olacağı konularında karar verecek kişidir. Eser sahibi, eserinin kendi ismiyle mi yoksa müstear bir adla mı, yoksa isimsiz olarak mı yayınlanacağına karar verecektir[302]. Fotografik eserin yaratıcısı/eser sahibi çoğunlukla adının belirtilmesi hakkından yararlanmayı tercih edecektir; zira fotoğrafları bizzat eser sahibi için reklam aracıdır. Ayrıca eser sahipliğinin belirtilmesi – eser sahibinin gerçek ismi yerine, toplumca bilinen müstear bir ad veya alameti de olsa- eser sahipliği karinesi açısından (Vermutung der Urheberschaft- OUrhG § 12) da önem taşır. Birlikte eser sahipliğinde bütün eser sahipleri bu sıfatlarının eserde belirtilmesini istemek hakkına sahiptirler. Esere telif hakkı simgesinin/işaretinin konulmuş olması ise fikri hukuk koruması için doğrudan belirleyici değildir[303].

OUrhG § 20 Abs.2'de, işlenme eserde, bu esere asıl eser görünümü verecek şekilde eser sahipliğine ilişkin işaretin/simgenin kullanılamayacağı ifade edilmiştir. Aynı şekilde paragrafın üçüncü fıkrasında, güzel sanat eserinin çoğaltılmış nüshalarında da "eserin aslı" görünümüne yol açacak şekilde eser sahipliği simge/işaretlerinin kullanılamayacağı düzenlenmiştir[304].

---

[301] Eser sahibinin menfaatine bir durum söz konusu olacak ise, eser sahibi önce eserde adının belirtilmesini yasaklayabileceği (Namensnennungsverbot) gibi daha sonra bu durumu değiştirebilir: **Sauper,** s.15.

[302] **Walter,** s.72; **Boba/Walter,** s.20; **Pausa,** s.109; **Sauper,** s.15.

[303] **Sauper,** s.16.

[304] Ayrıca bkz. **Sauper,** s.16.

Adının belirtilmesini talep hakkı (Herstellerbezeichnung) OUrhG § 74 Abs.3'de eser niteliğinde olmayan fotoğrafları tesbit eden kimselere de (Lichtbildhersteller) tanınmıştır. Bu bir yandan fotoğrafı çeken kişi için reklam fonksiyonu görürken, diğer yandan fotoğraf üzerindeki hak sahipliğine ilişkin ihtilaflarda ispat kolaylığı sağlar[305]. Fotoğrafı tesbit eden kişi fotoğraf üzerinde hak sahipliğine ilişkin bir işarete yer vermediği gibi, fotoğraf üzerinde hak/kullanım yetkisi devrettiği kişi ile akdettiği sözleşmede de adının belirtilmesine ilişkin bir yükümlülük getirmemiş ise, kullanıcı/alıcı fotoğrafı çeken kişiyi tanıyor olsa dahi fotoğrafta adının belirtilmesi konusunda yükümlülüğü yoktur[306]. Fotoğrafları çeken kişinin (Lichtbildhersteller) bu hakkı üzerinde tasarruf yetkisi vardır; hakkından feragat edebileceği gibi, bu hakkını bir başkasına da devredebilir (OUrhG § 74 Abs.5)[307].

Fotoğrafta değişiklik yapılmasını men etme hakkı (Änderungsverbot) ise fotografik eserler için, alelade fotoğraflara nazaran daha geniş kapsamda tanınmıştır. "Eserin korunması" paragraf başlıklı OUrhG § 21'e göre; eğer bir eser umuma arz edilecek şekilde kullanılacak ya da yayma amacıyla çoğaltılacak ise; eser üzerindeki hakları kullanım yetkisine sahip kimse, eser sahibinin rızası veya Kanunda aksine bir hüküm olmadıkça, eserin adında, eser sahipliğini belirten sıfatlandırma&işaretlemelerde kısaltma, ekleme veya sair suretlerle değişiklik yapamaz. Buna göre eser üzerinde yapılacak her değişiklik, toplumsal yaşamda dürüstlük kuralları çerçevesinde kabul görmüş uygulama ve

---

[305] **Walter,** M.M: Herstellerbezeichnung, Gegenstandsbezeichnung und Änderungsverbot im Lichtbildrecht, MR 1994, s. 49. Hak sahipliğine dair ibare ve işaretlemenin mutlaka fotoğraf üzerinde yer alması zorunlu değildir; bunu anlaşılabilir kılan makul bir bağ kurulması yeterli görülmüştür. Avusturya Temyiz Mahkemesi, hak sahibinin adının negatif film şeritlerinin üzerinde, diaların (pozitif film) saklandığı küçük kapların üzerinde veya yapılan kağıt baskıların arkasında yer almasını yeterli kabul etmiştir. Buna karşın fotoğrafın altında yer alan "...fotoğraf servisi üyesi" ibaresini, serviste çalışan bu üyelerin isimleri listelenmiş olsa kabul etmemiştir: **Sauper,** s.16-17.

[306] **Walter**, Österreichisches Urheberrecht -- Handbuch 2008, 713, Rz 1619 (**Pausa,** s.111 dpn.585'den naklen); **Boba/Walter,** s.32.

[307] **Pausa,** s.112.

teamüllere göre caiz[308] (Örneğin redaksiyonun gerektirdiği değişiklikler) kabul edilmediği müddetçe eser sahibinin rızasını gerektirir. Eserin bozulmasına ve zarar görmesine yol açacak veya eser sahibinin manevi menfaatlerini tehlikeye düşürebilecek nitelikte değişikliklerde ise, eser sahibi daha önce rıza göstermiş olsa dahi yasal yollara başvurabilecektir.

Alelade fotoğraflarla ilgili konuya ilişkin düzenleme ise OUrhG § 74 Abs.3/2-Abs.4'de yer almaktadır. Eser sahipliğine dayalı korumadan farklı olarak, eser niteliği olmayan, alelade fotoğrafları çeken kişiye mutlak şekilde bunların üzerinde değişiklik yapılmasını men hakkı (Änderungsverbot) tanınmamıştır[309]. Ancak hak sahipliğinin/adın belirtilmesiyle birlikte fotoğrafta esaslı şekilde değişiklik (wesentliche Änderungen) yapıldığının da kayıt altına alınması gerektiği dile getirilmiştir. Buna göre fotoğrafı kullanan/alıcı fotoğraf üzerinde değişiklik yapılmış olduğunu uygun bir ibare ile belirtmelidir[310]. Anılan hükmün dördüncü fıkrasına göre, fotoğrafın adı (çalışmaya verilen ad) üzerinde fotoğrafı çekenin rızası olmadan kural olarak değişiklik yapılamayacak ise de (OUrhG § 74 Abs.4), dürüstlük kuralları ve teamülün gerektirdiği hallerde aksi mümkün kılınmıştır[311].

Özetlemek gerekirse; eser niteliğindeki fotoğraflarda eser sahibinin manevi hakları ile karşılaştırıldığında, alelade fotoğraflarda bağlantılı hak

---

[308] Fotoğraf üzerindeki hangi tür değişikliklerin manevi hakkın ihlali olarak kabul edileceği konusunda Kanunda bir hüküm mevcut değildir. Sayfa düzenlemesi için yapılacak küçültme/büyütmeler, renkli bir fotoğrafın siyah-beyaz basımı vb.haller basın fotoğrafçılığı uygulamasında yaygın ve caiz müdahaleler olarak kabul edilmektedir. Fotoğrafın bir bölümünün kesilerek kullanılmamasında ise, eser sahibinin eser bütünlüğüne ilişkin menfaati ve diğer hak sahiplerinin menfaati açısından değerlendirmeye gitmek gerektiğinden, aynı şey söylenemeyebilir. Analog şekilde çekilmiş bir fotoğrafın dijitalleştirilmesi ise, fotoğrafın niteliğine zarar verecek kötü bir işleme söz konusu olmadığı sürece, kural olarak eserde değiştirme veya bozma olarak görülemez: **Barthol,** s.41-42.

[309] **Boba/Walter,** s.34; **Pausa,** s.114; **Walter,** s.73.

[310] **Walter,** Österreichisches Urheberrecht – Handbuch 2008, 717, Rz 1632 (**Pausa,** s.114'den naklen); **Walter,** s.73.

[311] **Walter** (Lichtbildrecht), s.50. Bununla birlikte fotoğrafçı (Lichtbildhersteller) fotoğrafın adının ilgisiz ve konu dışı şekilde değiştirilmesini engelleyebilir: Bkz. **Pausa,** s.114, dpr 608'deki yazarlar.

sahibine bu hakların aynı hukuksal korumayı sağlamaktan uzak ve zayıflatılmış şekilde tanındığı görülmektedir.

4. Eser Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar

Avusturya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu "Eser sahipliğinden doğan mali haklara getirilen sınırlandırmalar" başlıklı 7.bölümde, 41.paragraf vd.hükümlerinde eser sahibinin rızası olmadan eser sahipliğinden doğan hakların başkaları tarafından kullanılabildiği halleri ele almıştır. Bu hallerden bazılarında denkleştirme amacıyla eser sahibine/bağlantılı hak sahibine makul bir ücret talebinde bulunma hakkı tanınmıştır. Fotoğraflarla ilgili olarak özellikle gündeme gelebilecek sınırlandırmalar şöyle sayılabilir[312]:

- Şahsen kullanma amacıyla çoğaltma (OUrhG § 42, 42a)
- Fotoğrafların ispat amacıyla kullanılması (OUrhG § 41)
- Güncel olaylarla ilgili haber verme/bilgilendirme amacıyla kullanım (OUrhG § 42c)
- Güzel sanat eserlerinden serbest yararlanma (OUrhG §54 Abs.1/5)
- Kütüphanelerdeki görsel kayıtların (resim/fotoğraf vb) kullanılması (OUrhG §56b)
- Görüntü kayıtlarının resmi kurumlara medyada kullanılmak üzere bırakılması (OUrhG §56a)
- Fotoğrafların (amacı aşmayan kullanım çerçevesinde) okul kitaplarında eğitim amacıyla kullanılması (OUrhG §54 Abs.1/3)
- Fotoğrafların (amacı aşmayan kullanım çerçevesinde) bilimsel çalışmalarda kullanılması (OUrhG §54 Abs.1/3a)

Bu sınırlandırmalara kısaca değinmek gerekirse:

- Şahsen kullanma amacıyla çoğaltmayı mümkün kılan yasal düzenlemeye göre, herkes bir eserden (fotoğraf) bir kaç nüsha (sınırlı sayıda) çoğaltma yapma hakkına sahip kılınmıştır[313]. Şahsen kullanmada,

---

[312] **Boba/Walter,** s.26 vd.

[313] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Walter,** M.M.: Die freie Werknutzung der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, MR 1989, s.69 vd. Doktrinde *Boba/Walter* kanımızca isa-

kullanmaya yani çoğaltılan nüshadan yararlanmaya başka bir kimsenin katılmaması esası yatmaktadır (bizzat kullanma/zum eigenen Gebrauch). Bu sınırlandırma sadece çoğaltma hakkına ilişkindir; eser sahibinin/-bağlantılı hak sahibinin yayma hakkına müdahale edilmesi bu sınırlandırmanın amacını ve kapsamını aşar[314]. Avusturya doktrininde şahsen kullanım olanağından sadece gerçek kişilerin değil, tüzel kişilerin de yararlanmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir[315].

"Belirli/sınırlı sayı" ile neyin kastedildiği konusunda uygulamada bir üst sınır belirlenmemiştir; somut olayın şartları çerçevesinde kullanım amacının belirleyici olması gerektiği ileri sürülmüştür[316]. Doktrinde de üst sınırın 5-7 nüsha olarak kabul edildiği görülmektedir[317].

- Fotoğrafların ispat amacıyla kullanılması: Fotoğraflar hak sahibinin izni olmadan, genel güvenlik düşüncesiyle ve ispat amacıyla mahkeme ve diğer resmi makamlar huzurunda kullanılabilir ve çoğaltılabilir[318].

- Haber: Haber niteliğinde olmak ve bilgilendirme kapsamını[319] aşmamak kaydıyla, güncel olaylar kapsamında fotoğrafların taşıma araç-

---

betsiz olarak bu amaçla çoğaltmanın mesleki veya kazanca yönelik amaçlara da hizmet edebileceğini ileri sürmüştür: **Boba/Walter,** s.26.

[314] **Walter,** s.67. Bu sınırlandırma fotoğrafından devamlı surette üretilen fotoğraf baskılarına ve dijital iletimin yaygınlaşmasına karşı fotoğrafçının mali menfaatlerini gözetme amacı taşır: **Pausa,** s.122.

[315] **Boba/Walter,** s.26; **Walter,** s.67; **Zanger,** s.48; karş. **Öztan,** s.478. Türk hukuk doktrininde *Tekinalp* de, *Öztan*'ın görüşüne benzer şekilde, tüzel kişiler için şahsen kullanmanın çok istisnai ve alanı dar, sınırları kesin varsayımlarda gerçekleşebileceğini ileri sürmüştür (Bir hastahanenin yeni bir virüsle ilgili bir makaleyi/fotoğrafı doktorlarını haberdar etmek ve bilgilendirmek için ilan tahtasına asması gibi). Yazara göre, ticaret ortaklıklarının, derneklerin, vakıfların, sendikaların şahsen kullanmadan yararlanmaları doğru da olmaz: **Tekinalp,** § 14 Nr.149, s.193.

[316] *Null-Nummer II,* OGH 26.01.1993 (**Boba/Walter,** s.27, dpn.59); **Walter,** s.67; **Sauper,** s.33.

[317] **Boba/Walter,** s.27.

[318] *Fahrerflucht,* OGH 17.03.1964; *Eastport International,* OLG Wien 5.09.1991 (**Boba/Walter,** s.29, dpn.66); **Sauper,** s.31.

[319] "Bilgilendirme amacını aşmama" ölçüsünün nasıl değerlendirileceğine ilişkin farklı görüşler ortaya konmuştur. Avusturya'da yargı uygulaması bir eserin hak sahiplerinin rızası gerekmeksizin haberde kullanılabilmesini, bu esere yer verilmeksizin kamunun haber ve bilgi alma ihtiyacının yeterli şekilde karşılanamaması koşuluna bağlamıştır. Buna karşın hakim görüş bu koşula katı şekilde bağlı kalınmaması gerekti-

larına alınması, çoğaltılması, yayınlanması (televizyonda) ve temsil edilmesi mümkündür.

- Fotoğraf çekme serbestisi[320] (Freiheit des Strassen- und Landschaftsbilds)[321] : Eser sahibinin ve eserlerin içinde yer aldığı taşınmazların malikinin hakları umumi yollar, caddeler, meydanlar gibi kamuya açık alanlara temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserleri konusunda sınırlamaya tabidir. Kural olarak bu alanlarda fotoğraf çekimi ve bu fotoğrafların kazanç sağlamak amacıyla kullanılması engellenemez ise de; bazı istisnai hallerde fotoğraf çekilmesi yasaklanabilir ya da bazı koşulların yerine getirilmesine bağlı kılınabilir[322]. Fikri hukuk açısından Avusturya yasa koyucusu sokakta çekilen fotoğraflar/bölge fotoğrafları (genel tabirle sokak resmi) lehine bir serbest yararlanma imkanı öngörmüştür (OUrhG §54 Abs.1/5). Buna göre mimari eserler (yapılar, köprüler vs.), eser sahibi ve malikin hakları ihlal edilmedikçe, serbestçe fotoğraflanabilir (çoğaltma), bu yayımlanabilir ve kamuya sunulabilir. Anıtlar, heykeller, büstler gibi diğer güzel sanat eserleri umuma açık alana temelli (bleibend) kalmak üzere konulmuş bulunmak şartıyla serbestçe fotoğraflanabilir. Müzeler, sanat galerileri, kiliseler, tiyatrolar, oteller gibi yerler ise yoğun ziyaretçi/misafir kitlesine açık olmakla birlikte, değinilen ilk anlamda kamusal alan olarak görülmediklerinden buralarda yer alan güzel sanat eserleri anılan serbestiden yararlanamaz[323].

- Kütüphanelerdeki görsel kayıtların kullanılması: Bu sınırlandırmaya göre kütüphaneler, resmi fotoğraf arşivleri gibi kamunun kullanımına açık yerlerde (yararlanılan eserlerin hak sahiplerine meslek birliklerince hakkaniyete uygun bir ücret ödenir) resim/fotoğraf gibi görsel ka-

---

ğini ileri sürmektedir; buna göre esere, haberi görselleştirmek/illustre etmek amacıyla da yer verilebilir. Ancak üzerinde birleşilen nokta haber olarak sunulan hususlarla fikir ve sanat eseri arasında bir bağlantı olması gerekliliğidir: **Sauper,** s.37.

[320] Uygulamada en çok fotoğraf vasıtası ile gerçekleştirilen çoğaltma serbestisi, günümüzde esas itibarıyla, posta kartları, manzara kartları, fotoğraf albümleri, resimli kitaplar ve seyahat kılavuzları, resimli şehir tanıtım kitapları vs. dolayısıyla pratik önem taşır: **Öztan,** s.499.

[321] Görüldüğü üzere bu sınırlandırma fotoğraf eseri sahibinin haklarına değil, fotoğraflanan güzel sanat eserleri üzerinde hak sahibi olanlara yöneliktir.

[322] **Boba/Walter,** s.29.

[323] **Boba/Walter,** s.30.

yıtlardan serbestçe yararlanmak herhangi bir kazanç sağlama amacı güdülmediği sürece mümkün kılınmıştır[324].

- Görüntü kayıtlarının resmi kurumlara medyada kullanılmak üzere bırakılması: Bu düzenlemeye göre, daha önce umuma arz edilmiş fotoğrafların yer aldığı kayıtlar henüz bu eserler üzerindeki yayma hakkı tükenmemiş olsa dahi, ticari amaç gözetmeyen belirli resmi medya kurumlarına verilebilir. Avusturya'da görsel-işitsel medyadaki önemli kurumlardan biri Avusturya Bilimsel Sinema Enstitüsü'dür. Bu şekilde yapılacak arşivlemeler için eser sahibine hakkaniyet çerçevesinde bir ödeme yapılması öngörülmemiştir[325].

- Fotoğrafların eğitim-öğretim amacıyla kullanılması: Eser niteliğinde fotoğraflar ve alelade fotoğraflar okul kitaplarında içeriği açıklamaya veya öğrencilerin sanatsal eğitimine yönelik olarak eser sahibinin/bağlantılı hak sahibinin rızası alınmaksızın kullanılabilir. Bununla birlikte fotoğraf üzerindeki hak sahibine hakkaniyet çerçevesinde bir ödeme yapılması öngörülmüştür[326].

- Fotoğrafların bilimsel çalışmalarda kullanılması: Eser niteliğindeki ve alelade fotoğraflar, eser sahibinin/bağlantılı hak sahibinin rızası aranmaksızın fotoğrafların esas konuyu doğrudan görselleştirme işlevi göreceği bilimsel eserlerde yer alabilir. 1996'daki Kanun değişiklikleri sonrası fotoğrafların bu amaçla kullanımında hak sahibinin hakkaniyet çerçevesinde ücret talebine ilişkin hakkı kaldırılmıştır[327].

5. Eser Sahibinin Haklarının İhlali Ve Hukuksal Sonuçlar

Avusturya hukukunda fotografik eser sahibinin veya bağlantılı hak sahibinin haklarının ihlali halinde hukuksal ve cezai yaptırımlar[328] gündeme gelir. Hak sahibi hukuk davaları grubunda, önleme amaçlı "Tecavüzün Men'i Davası" (OUrhG §81), saldırının durdurulması amaçlı "Tecavüzün Ref'i Davası" (OUrhG §82) olanaklarına başvurabileceği gibi,

---

[324] Geniş bilgi için **Sauper,** s.43; **Boba/Walter,** s.30.

[325] **Boba/Walter,** s.30.

[326] **Boba/Walter,** s.31; **Walter,** s.70.

[327] **Boba/Walter,** s.31.

[328] Avusturya fikri hukuk uygulamasında cezai yaptırım olanaklarına nadiren başvurulduğu ifade edilmektedir: **Boba/Walter,** s.40.

haklı bir menfaatinin varlığı halinde hükmün ilanını (OUrhG §85) da isteyebilir. Bu yöndeki talepler kusur koşulunu gerektirmez. Bunun yanında eser sahipliğini belirleme amacıyla "Tesbit davası" açma olanağı (ZPO § 228) da tanınmıştır[329].

Fikri hakları tecavüze uğrayan hak sahibinin mali yönlü talepleri telif hakkının ödenmesi (OUrhG §86), maddi tazminat ve elde edilen kazancın iadesi (OUrhG §87) şeklindedir[330]. OUrhG §87 Abs.5 uyarınca telif hakkının ödenmesi (farazi sözleşme) veya elde edilen kazancın iadesi yanında maddi tazminat istemi ancak zarar bu taleplerin üstünde ise söz konusu olur.

Hukuk davalarında (önleme davası, durdurma davası, tesbit davası ve hükmün ilanı talebi) zamanaşımı süresi kural olarak 30 yıldır[331]. Mali nitelikli talepler için ise tazminat davaları için kabul edilmiş zamanaşımı süresinin uygulanacağı kabul edilmiştir; buna göre süre zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren 3 yıldır[332]. Avusturya hukukunda fikri hak ihlallerinden doğan davalar ticaret mahkemelerinin görev alanına girmektedir[333].

C. Fotoğrafla İlgili Fikri Hukuk Sözleşmeleri

Fotoğraf eserleri üzerindeki fikri haklar miras yoluyla intikal edebilir ancak sağlararası hukuksal işlemlerle devredilemez (OUrhG §23

---

[329] Avusturya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bu konuda bir düzenleme olmamasına rağmen, tesbit davası açma olanağı Avusturya Medeni Usul Kanunu Genel Hükümleri çerçevesinde mümkündür: **Sauper,** s.71.

[330] Bkz. **Walter,** Schadenersatz, angemessenes Entgelt und Verletzergewinn bei Urheberrechtsverletzungen-eine erweiterte Entscheidungsanmerkung zu OGH *"Win"* 12.10.1993 (**Boba/Walter,** s.40, dpn.97).

[331] Avusturya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda konuya ilişkin bir zamanaşımı hükmüne yer verilmemiştir. Hakim görüş, bu hallerde genel zamanaşımı süresi olan 30 yılın uygulanmasını kabul etmektedir: **Sauper,** s.76.

[332] Bununla birlikte süre fikri hukuk sözleşmelerinden doğan talepler için geçerli değildir.

[333] Hakim görüşe göre fikri hukuk sözleşmelerinden doğan talepler için aynı durum geçerli değildir: **Boba/Walter,** s.41.

Abs.3)[334]. Avusturya hukukunda fikri hakların devri (Übertragung der Urheberrechte) mümkün olmamakla birlikte, bu tüm hakların kullanımının mutlak şekilde eser sahibine ait olduğu anlamına gelmez. Nitekim eser sahibinin eser üzerindeki haklarına ilişkin bir başkasına kullanım yetkisi tanıması (Werknutzungsrecht/Werknutzungs-bewilligungen)[335] mümkün kılınmıştır.

Alelade fotoğraflar üzerindeki hakların (Leistungsschutzrechte an einfachen Lichtbildern) ise miras yoluyla intikal edebilmesinin yanında, toptan veya kısmen devredilmesi de (inter vivos) mümkündür (OUrhG §74 Abs.2, §5)[336].

Fotoğraf üzerindeki kullanım hakkının devri süre, yer ve içerik itibarıyla sınırlı veya sınırsız, karşılıklı veya karşılıksız olarak yapılabilir[337]. Kullanım hakkı örneğin, belirli bir katalogda yayınlama ile, belirli kullanım şekilleri ile (belirli bir dergide bir/birden çok kere yer verme-çoğaltma, belirli bir Tv yayınında yer verme), belirli bir süre ile (3 yıl için) sınırlanabilir[338].

Avusturya hukukunda da hakların kullanılmasını konu alan sözleşmelerde "Amaca uygun devir ilkesi" esas alınmıştır[339]. Uyuşmazlık halinde sözleşme tarafının sözleşmenin öngörülen amacı çerçevesinde hak sahibi olduğu kabul edilir. Üçüncü kişilerin siparişi üzerine yaratılan fotoğraf eserlerinde (eser siparişi sözleşmesi)- taraflar arasında kullanım hakkının kapsamına ilişkin anlaşmaya varılmamışsa- eseri kullanma (yararlanma) haklarının işi veya siparişi verene intikal edeceği kabul olu-

---

[334] **Barthol,** s.43. Bu durumun tek istisnası birlikte eser sahiplerinden birinin haklarını diğerine devretmesi halidir (OUrhG §23 Abs.2/2). **Walter,** s.74; **Zanger,** s.42.

[335] Kullanım hakkının devri *lisans* olarak adlandırılmaktadır. Lisansın iki türü vardır: İnhisari lisans (Werknutzungsrechte) ve inhisari olmayan lisans (Werknutzungsbewilligungen).

[336] **Boba/Walter,** s.23; **Walter,** s.77; **Zanger,** s.43.

[337] **Zanger,** s.43. Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Kucsko,** Vereinbarung über die Nutzung von Lichtbildern in Österreich, ecolex 1991, s.549 vd.

[338] **Boba/Walter,** s.24.

[339] *Hiob* OGH 02.06.1981, *Masterband* OGH 26.03.1996, *Aids Kampagne* OGH 25.06.1996 (**Boba/Walter,** s.24, dpn.51); **Swoboda,** E.: Fotorechte im Wandel der Zeit(ung), ÖJZ 2002/3, s.640.

nur[340]. Bu hakların ne ölçüde eseri sipariş edene (Besteller) bağlandığı sözleşmenin anlam ve amacına bakılarak tesbit edilir (Zweckübertragungstheorie). Bu açıdan kullanma (yararlanma) haklarının kapsamının sözleşmenin kurulmasında taraflarca açık şekilde kararlaştırılması şüphesiz yerinde olacaktır.

Mali haklara ilişkin sözleşme ve tasarruflar için şekil şartı öngörülmemiş olmakla birlikte[341], ispat açısından yazılı şekilde gerçekleştirilmeleri yerinde olacaktır. İleride vücuda getirilecek fotoğraf eserleriyle ilgili haklara ilişkin olarak tasarruf işlemleri yapılması ise Avusturya hukukunda mümkün kılınmıştır. Bu halde kullanım hakkı, başka bir devir işlemi gerekmeksizin, fotoğraf eserlerinin vücuda getirilmesiyle doğacaktır[342].

Kullanma hakkının devrine ilişkin sözleşmeler kural olarak kararlaştırılan süre için geçerlidir. Ancak esaslı sebeplerin varlığı halinde süre bitiminden önce sözleşmenin feshi mümkündür. Bununla birlikte Avusturya yargı uygulamasında bu esaslı sebeplerin varlığı hususunda dar yoruma gidildiği görülmektedir. Bu konuda sadece "eser" niteliğindeki fotoğraflara ilişkin olmak üzere Avusturya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda özel bir hükme yer verildiği görülmektedir. OUrhG § 29'da yer verilen düzenlemeye göre, fikri hakkı kullanma ruhsatını (lisans) devir alanın bu hakkı uygun bir süre içinde kullanmaması durumunda, eser sahibi sözleşmeden cayabilecektir. Kullanma hakkını devralanın buna 14 gün içinde itiraz etme hakkı vardır[343].

D. Kişinin Görüntüsüne İlişkin Korunma Hakkı

Avusturya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 78. paragrafında düzenlenen kişinin görüntüsü (resmi) üzerindeki korunma hakkı aynı zamanda eser sahibinin mali haklarına getirilen sınırlandırmalardan biri olarak değerlendirilebilir. Kişinin kişilik haklarına veya haklı menfaatlerine zarar verecek şekilde görüntüsü teşhir edilemez veya yayınlanamaz. Ki-

---

[340] **Boba/Walter,** s.24.
[341] Karş. FSEK md.52.
[342] **Boba/Walter,** s.25; **Zanger,** s.45.
[343] **Boba/Walter,** s.25; **Walter,** s.76.

şinin görüntüsünden anlaşılması gereken fotoğraf, çizim, karikatür vb. kişiyi başkaları için tanınabilir şekilde kopyalayan her türlü dış görünümdür[344]. Avusturya Temyiz Mahkemesinin bir kararına göre[345], fotoğrafta tasvir edilenin yüzü bantlama veya flulaştırma gibi dijital teknik yöntemlerle kapatılmış olsa dahi, başka karakteristik özellikler tasvir edilenin tanınmasını yine de mümkün kılıyorsa; kişi görünümünün somutlaştığı fotoğraf, resim, çizim vb.nin yayınlanmasına itiraz edebilecektir.

Tasvir edilenin kişilik haklarının/tasvir edilen ölmüşse yakınlarının haklı menfaatlerinin (berechtigte Interessen) hangi hallerde ihlal edilmiş sayılacağı mahkemece her somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirilmelidir[346]. Bir ressamın eserinin yaratılması aşamasında kendisine modellik yapan kişi, ressamın eserini sanat piyasasında umuma arz etmesine karşı OUrhG § 78'e dayanamaz[347]. Diğer pek çok halde ise tasvir edilenin teşhir ve belirli bir yayın için rızasının alınması daha sonraki yayınlara itiraz etmesini engellemez[348].

---

[344] **Sauper,** s.44-45.

[345] *Frau des Skandalrichters*, OGH 4 Ob 5/89, MR 1989, s.54.

[346] **Zanger,** s.51.

[347] Eser sahibinin sanatsal menfaati kişiliğin korunması için getirilen sınırlamalar arasında en nazik ve çetin menfaati oluşturur. Bu çerçevede, kişinin resminin, özellikle portresinin sanatsal amaçlarla yayınlanması veya teşhirinin hukuka aykırı sayılmaması gerekir: **Hubmann,** H.: Das Persönlichkeitsrecht, 2.Aufl., Köln 1967, s.301; **Trachsler,** s.137 ve s.146; **Gümüş,** s.385. Bununla birlikte buradaki hukuka uygunluk tek başına, "tek bir örnek" eserin yaratılması haline ilişkin olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple kişiye ait sanatsal fotoğrafın/resmin fotoğraf sanatçısınca/ressamca çoğaltılıp, para kazanma amacıyla satılması halinde artık hukuka uygunluk hali kalkar, hukuka aykırı bir tecavüz oluşur: **Gümüş,** s.385.

[348] *Aktfoto*, OLG Wien 3 R 86/87, MR 1987, s.206. Avusturya Temyiz Mahkemesinin karara bağladığı bir diğer davada, öğretmen olarak çalışmakta olan davacı on yıl önce inşaat malzemelerinin reklamı için kullanılan ve kendisinin model olarak yer aldığı fotoğrafı izni alınmaksızın Toyota araç reklamı için kullanan davacıdan zararının tazminini ve yayının engellenmesini talep etmiştir. Davacının şikayeti oldukça eski tarihli bir fotoğrafın güncel reklamda kullanılmasının kendisinin halen model olarak çalıştığı ve çalışmaya gereksinim duyduğu yanılgısına yol açmış olmasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme fotoğrafta tasvir edilenin, görüntüsünün reklam amacıyla kullanılıp kullanılamayacağına, kullanılacaksa hangi şartlar çerçevesinde kullanılacağına karar veme konusunda münhasıran hak sahibi olduğundan hareketle; somut olayda spesifik bir amaç için yararlanılan (inşa malzemelerinin reklamı) fo-

Kişinin görüntüsü/resmi üzerindeki korunma hakkı her gerçek kişiye tanınmış bir kişilik hakkıdır. Politikacılar, ünlü sporcu ve sanatçılar gibi topluma mal olmuş kişilerin (Personen der Zeitgeschichte) bu sıfatlarından ötürü görüntülenmelerine kural olarak itiraz edemeyeceklerine ilişkin açık bir düzenlemeye Almanya'nın aksine Avusturya yasa koyucusu yer vermemiştir[349]. Bununla birlikte doktrinde, tasvir edilenin rızası alınmaksızın fotoğrafların reklam amacıyla ve benzeri ticari amaçlarla kullanılmasının her şekilde onun haklı menfaatlerini zedeleyeceği; zira en başta ücret karşılığında görüntülerinin yayınlandığı yönünde bir izlenim oluşacağı ileri sürülmüştür[350].

V. İNGİLTERE

A. Yasal Düzenleme

İngiliz hukukunda fotoğrafların 130 yılı aşkın bir süredir korunmakta olduğunu söylemek mümkündür[351]. Fotoğrafların korunan eserler arasında sayıldığı ilk yasal düzenleme Güzel Sanat Eserleriyle ilgili 1862 Telif Hakları Kanunu'dur[352]. 1911'e kadar telif haklarının geliştirilmesiyle ilgili gerçekleştirilen pek çok düzenleme 1911 tarihli Telif Hakları Kanunu'nda birleştirilmiştir. İngiliz fikri hukukunda temel değişiklikler getiren 1956 tarihli Telif Hakları Kanunu'nun ardından şu anda yürürlükte bulunan 1988 Fikri Haklar, Tasarım ve Patent Kanunu (Copyright,

---

toğrafın davacının rızası alınmaksızın başka bir amaç için kullanılamayacağına karar vermiştir: Avusturya Temyiz Mahkemesi, 23.06.1981, 4 Ob 363/81 (EIPR V:4 1982-2, News Section-European Digest, D-23). Model ajansları stok fotoğrafların tekrar kullanımlarında özenli hareket etmelidir; eğer fotoğraf belirli bir amaç için meydana getirilmişse, diğer kullanımlara ilişkin baştan verildiği iddia edilen genel bir rıza kanımızca geçerli olmamalıdır. Aynı yönde **Boba/Walter,** s.38.

[349] **Dillenz/Gutman**, UrhG & VerwGesG2 § 78 Rz 5 ff. (**Sauper,** s.45'den naklen).

[350] **Zanger,** s.51.

[351] İngiltere'nin fotoğraf eserlerini yasal koruma kapsamı içine alan ilk ülkeler arasında olduğu yönünde **Beşiroğlu** (Düşünce Ürünleri), s.102.

[352] **Garnett,** K./**Abbott,** A.: Who is the "Author" of a Photograph?, EIPR 1998, V:20, s.204.

Designs and Patents Act-CDPA) kabul edilmiştir[353]. Kanunun 1.maddesinde eser kategorileri üç başlık halinde ele alınmış ve bir fikri ürünün "eser" olarak korunabilmesi için öncelikle orijinal olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu ölçütün fotografik eserler bakımından değerlendirilmesi İngiliz hukuk uygulamasında da güçlüklere yol açmaktadır.

Fotoğraflar CDPA md.4/1-a'da güzel sanat eserleri arasında sayılmıştır[354]. Sayılan eserlerin tanımlandığı maddenin ikinci fıkrasında ise fotoğraf, ışık veya diğer ışınlar aracılığı ile (ışınım)[355] bir konunun görüntüsünü özel bir satıh üzerine geçirme (ışıkla yazma) ya da görüntünün bir filmin parçası olmayacak şekilde tesbiti olarak ifade edilmiştir[356]. Negatif filmler[357], pozitif filmler (dia/slayt), fotoğraf baskıları, bunun yanında polaroid fotoğraflar bu tanım kapsamında korunan "fotoğraf" olarak değerlendirilecektir. Teknolojik gelişmeleri de kapsayacak şekilde geniş bir tanıma yer verilmiş olması sonucu ışığın cisimlendiği tüm maddi şekil vermelerin, örneğin dijital fotoğrafta olduğu gibi, bu çerçevede değerlendirilmesi mümkün olacaktır[358]. Fotoğrafın tanımlanmasında

---

[353] **Gendreau,** Y.: United Kingdom in: Copyright and Photographs-An International Survey edited by Gendreau, Y./Nordemann, A./Oesch,R., Kluwer Law International, 1999, s.283; **Davies,** s.31; **Michalos,** Rdn.2-008, s.20.

[354] Fotoğraflara eser sahipliğinin korunması, koruma süresi vb. açılardan diğer güzel sanat eserleriyle eşdeğer koruma tanınması 1988 Fikri Haklar, Tasarım ve Patent Kanunu ile gerçekleşmiştir: **Garnett,** K.: Copyright in Photographs, EIPR 2000, V:22, s.229.

[355] İngiliz doktrininde *Michalos* yasadaki fotoğraf tanımında yer verilen "diğer ışınım" kavramından yola çıkarak X-ray görüntülerinin, hologramların (üç boyutlu lazer fotoğrafı), fotolitografilerin özgün olması koşuluyla fotoğraf olarak korunabileceğini; scanner ile elde edilen görsel tanım kapsamında değerlendirilebilirse de özgünlükten söz etmenin neredeyse imkansız olduğunu; fotokabin fotoğraflarının, hız ve güvenlik kamera görsellerinin çoğunlukla yaratıcılık /özgünlük ihtiva etmeyeceğini; ultrason görüntülerinin oluşumundaki ses dalgalarının ise "diğer ışınım" ve bu bağlamda fotoğraf tanımı kapsamında değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Ayrıntılı olarak bkz. **Michalos,** Rdn.2-025/2-035, s.25-30.

[356] Bununla birlikte 1957'den önce tesbit edilen bağımsız film kareleri 1911 Telif Hakları Kanunu'na göre fotoğraf olarak ele alınmakta ve korunmaktaydı: **Michalos,** Rdn.2-010, s.21.

[357] *Pacific Film Laboratories Pty Ltd v Federal Commissioner of Taxation,* C.L.R. (1970) 121, s.154 (**Michalos,** s.21, dpn.13).

[358] **Gendreau,** s. 284-285.

ikinci kısımda ise film karelerine (film frames) işaret edilmektedir. Burada fotoğraf olarak korunmanın menfi koşulu olarak "bir filmin parçası olmama" hususuna yer verilmiştir[359]. Film karelerinin korunması sorunsalı 1956 tarihli Telif Hakları Kanunu yürürlükte bulunduğu sırada (Bu Kanun da film karelerini açıkça fotoğraf kavramının dışında tutmakta idi) açılan bir davada gündeme gelmiştir: Bir televizyon filmine ilişkin film kareleri üçüncü kişi tarafından magazin dergilerinde ve posterlerde kullanılmıştır. Asliye Mahkemesi tuhaf bir karara imza atarak bu görsellerin açıkça fotoğraf tanımı dışında tutulduğundan hareketle bu kapsamda telif hakkı korumasını haiz olmadıklarına, bir filmin esaslı parçasını oluşturur nitelikte de olmadıklarından sinema eseri olarak da korunamayacaklarına karar vermiştir. Temyiz Mahkemesi (The Court of Appeal) bu kararı bozmuş[360]; film karelerinin türetilmiş bulundukları filmin parçaları olarak korunmaları gerektiğine karar vermiştir. Yasa koyucu film karelerini açıkça fotoğraf kavramı dışında bırakmış olduğundan; bu çözüm yolu film karelerinin meydana getirilmeleri sürecine dahil olmuş kişilerin izni olmaksızın kullanılamaması, fikri hukukta tamamen korumasız kalmaması açısından yerindedir.

1. Fotoğrafın "Eser" Niteliği ve Fotoğraf Eserinde Aranan Unsurlar

İngiliz hukukunda fotoğraflar için özel bir orijinallik/özgünlük kriteri belirlenmiş değildir[361]. Yasa koyucu fotoğrafları "estetik niteliğe ilişkin değerlendirmeden bağımsız olarak" (irrespective of artistic quality) korunan güzel sanat eserleri arasında saymıştır. Bu düzenlemenin amacı-

---

[359] Aynı durum Telif Hakları Kanunu'nda fotoğrafı tanımlarken bir filmin parçasını oluşturan kareleri/tesbitleri açıkça hariç tutan Avustralya'da da geçerlidir. 1.05.1969 öncesinde ise yasal düzenlemelerde fotoğrafla ilgili hükümler bir filmin parçalarını oluşturan fotoğraf karelerine de uygulanmakta idi: **Gendreau,** s.285.

[360] *Spelling Goldberg Productions Inc. v. BPC Publishing Ltd,* RPC (1981) s. 292. Bkz. **Stevenson,** L.: "Starsky and Hutch"- The Spelling Goldberg Decision- Copyright in Film Frames Rediscovered, EIPR (1980) 2, s.370.

[361] Aslında hemen hemen her fotoğrafın bir "özgünlük" taşıdığı varsayımından hareket edilir. Ancak asıl eserin kopyası/taklidi olarak nitelendirilebilecek çalışmalar telif haklarıyla koruma altına alınmamaktadır. Ayrıca bkz. **Lupton,** K.: Photographs and the Concept of Originality in Copyright Law, EIPR (1988) 10, s.257.

nın orijinallik ölçütünün değerlendirilmesinde salt estetik değerliliği dikkate alma eğiliminin önüne geçmek olduğu söylenebilir. Bu, İngiliz hukukunda genel olarak kabul edilen, orijinalliğin bireysel ortaya konan bir fikri ürün, beceri ve emek gerektirdiği savını pekiştirmektedir[362].

Fotoğraflarda orijinallik/özgünlük fotoğrafçının yaratma ve kontrol serbestisi olan unsurlarda aranmalıdır. Bu yaklaşım İngiliz Temyiz Mahkemesi'nin ünlü *Baumann v. Fussell* kararında[363] da ele alınmış ve kabul görmüştür. Bu davada, horoz dövüşünü konu alan bir fotoğraf bir ressam tarafından kullanılmış; taklit edilmek suretiyle resmedilmiştir. Resimdeki görüntü daha canlı ışıklandırma ve keskin renklerle oluşturulmuştur. Ressam resminde dava konusu fotoğrafı esas aldığını kabul etmesine rağmen, mahkeme bir fikri hak ihlalinin söz konusu olmadığına karar vermiştir[364]. Fotoğrafçının horozların şekli ve pozisyonu üzerinde bir etki ve yaratıcılığı olmadığına göre, fotoğraf bu yönüyle herkesçe, keza ressam tarafından serbestçe kullanılabilir. Fotoğrafçının hususiyetini, eser üzerindeki kişiliğinin damgasını (mührünü) yansıtır nitelikteki unsurlar – renklerin ve ışığın kullanımı vb.- ise taklit edilmiş değildir. Bu nedenle, ihlalin söz konusu olup olmayacağı fotoğrafçının hususiyet/özgünlük kattığı (yaratıcılık unsurları) unsurlar çerçevesinde değerlendirilmeli-

---

362 ABD'de bir kararda, mahkeme bu ölçütü orijinal tabloların/resimlerin birebir kopyalanmış şekilde tesbit edilmesi suretiyle ortaya konan tablo fotoğraflarının (photographs of paintings) korunamayacağına gerekçe göstermiş ve yorumlamıştır: Bkz. *Bridgemann Art Library Ltd. v Corel Corp., ABD*-New York Bölge Mahkemesi, 13.11.1998 (http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/bridgeman1.pdf, 5.8.2011).

363 RPC (1978), V:95 I:14, s.485.

364 Kararın gerekçesi ve karşıoy yazısı (Yargıç Romer L.J.) için bkz. **Michalos,** Rdn.3-028/032, s.116-117. Doktrinde *Arnold* fotoğrafın konusu değil, bizzat kendisi kopyalanmış/taklit edilmiş olsaydı fikri hak ihlalinin söz konusu olacağını ileri sürmüş; bu gibi hallerde ise fotoğrafçının fikri hukuk korumasına dayalı hak iddiasında bulunamayacağını belirtmiştir. Zira fotoğrafçının örneğin, güzel ve alışılmadık kuş seslerini tesbit eden kimseden farklı bir hukuksal statüsü yoktur. Bu kimse de kayıt edilen ses üzerinde fikri hak sahibi değildir; ses kaydını kullanmaksızın kuşların melodisini müzik aletleriyle tekrar ortaya koyan bir müzisyene karşı hak iddiasında bulunamaz. Her iki halde de esas konu (subject-matter), fotoğrafçı ve ses tesbitini yapan (fonogram yapımcısı) kimse tarafından bizzat yaratılmış değildir; bu yüzden salt mekanik bir tesbitin gerçekleştirilmesiyle fikri hak sahibi olamazlar: **Arnold,** R.: Copyright in Photographs: A case for Reform, EIPR (2005), V:27 I:9, s.304.

dir[365]. Esere özgünlük katmayan, eser sahibinin hususiyetinin tezahürü olarak değerlendirilemeyecek unsurların taklit edilmesi/kopyalanması fikri hak ihlaline yol açmaz[366].

Her fotoğrafın az ya da çok bir şeyin kopyalanması olduğu düşünülürse, orijinallik ölçütünün fotoğraflarla ilgili olarak nasıl yorumlanması gerektiği İngiliz içtihat hukukunda henüz tam anlamıyla aydınlığa kavuşturulmuş değildir. Bu güçlük kendini özellikle resim veya başka bir fotoğraf gibi, bir diğer eseri olabildiğince birebir kopyalamak/tesbit etmek amacıyla çekilen fotoğraflarda gösterir[367]. 1869'da *Graves' Case* davasında gravür resimlerinin fotoğraflarının telif hakları çerçevesinde ko-

---

[365] **Gendreau,** s.286-287. Yine bkz. **Arnold,** s.303; **Filler,** S.: Copyright Protection and Subject Matter in Photographs, http://nylawline.typepad.com/photolawyer/2007/01-/copyright_prote.html, 5.08.2011). Amerika hukuk uygulamasında benzer bir karar için bkz. *Mannion v. Coors Brewing Company,* 377 F.Supp.2d 444 [S.D.N.Y.2005] (**Gormann,** R./**Ginsburg,** J.: Copyright Cases and Materials, Seventh edition, New York 2006, s.206 vd). ABD Başkanı *Barak* Obama'nın Associated *Press* Ajansı fotoğrafçılarından *Mannie Garcia* tarafından çekilen fotoğrafının izinsiz olarak bir posterde kullanılması üzerine açılan davada da benzer şekilde değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hughes,** s.28 vd.

Leigh v.Warner Bros Inc. davasında ise, fotoğrafçı *J.Leigh* bir kitabın kapağı için fotoğraf çekim haklarını almış; kitabın temasına uygun olarak da Savana'da bulunan ünlü "Bird Girl" heykelini fotoğraflamıştır. Ardından kitabı filme uyarlayan *Warner Brothers* gerek film içerisinde gerekse film demolarında "Bird Girl" heykelinin başka fotoğrafçılar tarafından çekilen fotoğraflarına yer vermiş; bunun üzerine *Leigh* film şirketine telif hakkı ihlaline dayanarak dava açmıştır. Taraflar arasındaki asıl uyuşmazlık konusu *Leigh*'in fotoğraflarında telif hakkı sahibi olup olmadığı değil; fotoğraflarındaki hangi unsurların koruma altında olduğu ve davalının bu unsurları ihlal edip etmediğidir. Kitabın öyküsüyle bağlantı kurarak, kapak için tema olarak heykel seçiminde bulunan fotoğrafçı *Leigh* olmasına karşılık, mahkeme, fotoğrafçının film şirketi *Warner Bros*'u bu bağlantıyı kullanmasından alıkoyamayacağına; zira telif haklarının fikirleri değil, sadece özgün ifadeleri koruduğuna hükmetmiştir. Ayrıca fotoğrafçının sahip olduğu telif hakları heykelin veya şehitliğin görünümüne yönelik çekimleri de kapsamına almamaktadır. Bununla birlikte mahkeme, *Leigh*'in fotoğraflarının sanatsal unsurlarının (ışık seçimi, gölgeleme, zamanlama, açı ve film seçimi gibi) koruma altında olduğuna ve *Leigh* tarafından çekilen fotoğraflar ile film içerisinde kullanılan fotoğraflar arasında telif hakkı ihlali yaratabilecek nitelikteki benzerliklerin belirlenmesi için jüri tayin edilmesine karar vermiştir, (http://nylawline.typepad.com/photolawyer/derivative_works/, 5.08.2011).

[366] **Arnold,** s.304.

[367] **Garnett,** s.229.

runmasına karar verilmiştir[368]. Yakın tarihli *The Bridgemann Art Library v. Corel Corp.* davasında (1999) ise konu şöyledir: Bridgemann Sanat Kütüphanesi, devlet mülkiyetindeki eserlerin diyapozitifleri ile dijital fotoğraflarının çekimi lisansını almıştır. Bu çerçevede anılan eserler, herhangi bir değiştirme veya ekleme olmaksızın kopyalanmış ve Corel firması da bu görüntüleri içeren CD-ROM'un satışını gerçekleştirmiştir. Ardından Bridgemann Sanat Kütüphanesi gerek slaytlar gerekse dijital fotoğraflarda telif hakkı sahibi olduğu iddiasıyla dava açmıştır. New York Bölge Mahkemesi –İngiliz hukukunu uygulayarak- kamunun serbestçe yararlanabileceği (public domain) resimlerin fotoğraflarının esas fikri ürünün birebir taklidi/kopyası niteliğinde olduklarına, telif hakkı korumasından yararlanabilecek denli "özgün" olmadıklarına[369] (no copyright subsisted in photographs of paintings) karar vermiştir [370] [371].

Doktrinde, yargı kararlarında da gönderme yapılan, fotoğraflarda orijinalliğe ilişkin genel görüşe göre; orijinallik bireysel beceri ve asgari bir çabanın ortaya konmasını gerektirir. Bu sebeple örneğin, bir çizimi/resimi fotokopi makinesi üzerine koyup tuşa basmak suretiyle fotografik görüntü elde eden kimse hiç bir şekilde fikri hak sahibi olamaz. Gerek İngiltere gerek Amerika fikri hukuk doktrin ve uygulamasın-

---

[368] Ancak dikkat edilmelidir ki, bu davanın karara bağlandığı zaman fotoğrafçılığın daha yeni yeni gelişmekte olduğu döneme rastlamaktadır: **Deazley,** R.: Photographing Paintings in the Public Domain: A Response to Garnett, EIPR 2001, V:23, s.181.

[369] Ayrıca bkz. *Interlego AG. v. Tyco Industries (1989), Reject Shop plc v. Manners (1995)*: **Garnett,** s.233. Karş. *Antiquesportfolio.com v. Rodney Fitch (2001)*: **Arnold,** s.303; **Hughes,** s.19-20.

[370] Anılan kararda fotoğrafların özgün olup olmadığı hususu Amerika fikri hukukuna göre değerlendirilmiş olsaydı dahi, aynı hukuksal sonuçlara varılacağı dile getirilmiştir: **Garnett,** s.230, dpn.30. Kararın eleştirisine dair yine bkz. **Garnett,** s.234; *Garnett*'in görüşleriyle aksi yönde **Deazley,** s.179 vd ve bkz. **Davies,** s.32.

[371] Bu kararın gerekçesi koruma süresi henüz sona ermemiş, hala korunmakta olan eserlerin fotoğraflarında da uygulanabilmelidir. Fotoğrafta eser niteliği ve fotoğrafın telif haklarınca korunabilirliğinin söz konusu olup olmadığı şüphesiz fotoğrafın konusunun (ör:resim/tablonun fotoğraflanması) fikri hukukta korunup korunmamasına bağlı değildir.

da fotoğrafçılıkta orijinallik/özgünlüğün üç yönden gündeme gelebileceği belirtilmektedir[372]:

1. Fotoğraflanacak manzara/objedeki yani konudaki yaratıcılığa bağlı olmaksızın; çekim açısı, ışık ve gölgenin kullanımı, pozlama, efektler ve filtreleme, gelişen teknolojik yöntemler vb. gibi belirli bir uzmanlık gerektiren hususlarda (yorumda orijinallik/özgünlük)[373].

2. Fotoğraflanacak manzara/objenin yaratılmasında (konunun yaratılmasında orijinallik/özgünlük)[374] .

---

[372] **Laddie,** H./ **Prescott,** P./ **Vitoria,** M.: The Modern Law of Copyright and Designs, Second edition, London 1995, s.238 (**Garnett,** s.235'den naklen); **Gormann/-Ginsburg,** s.210-213; **Hughes,** s.35.

[373] Bu halde fikri hukuk "ne"yin resmedildiğinden/görüntülendiğinden ziyade, "nasıl" resmedildiğini/ görüntülendiğini korur. Bkz. *SHL Imaging Inc. v. Artisan House*, 117 F.Supp.2d 301 [S.D.N.Y. 2000] (**Gormann/Ginsburg,** s.211). *America Trio Products v. Tang Electronic Corp.* (54 USPQ2d 1776, 1791 (S.D.N.Y. 2000) davasında davacının fotoğraflarını kendi kataloğunda yayımlayan davalının telif hakkı ihlalinde bulunduğuna karar verilmiştir. Davalı, fotoğrafların sıklıkla bulunabilen, endüstriyel nitelikli ve yeterli özgünlük taşımayan fotoğraflar olduğu iddiasında bulunmuş; mahkeme ise özgünlüğün kadrajda, çekim açısında ve ışıkta aranması gerektiğini öngörerek davacıyı davasında haklı bulmuştur. Mahkeme ayrıca, fotoğrafçılıkta telif hakları konusunun geniş bir alan olduğunu, çok sayıda fotoğrafın birçok yönden birbirine kopyası derecesinde benzeyebileceğini; bu gibi durumlarda özgünlüğün tespiti için " konu seçimi, zamanlama, kullanılan makine, film ve objektif vb." gibi diğer ölçütlere başvurulması gerektiğine işaret etmiştir (**Filler,** S.: Copyright Protection and Subject Matter in Photographs, http://nylawline.typepad.com/-photolawyer/2007/01/copyright_prote.html, 5.08.2011).

[374] *Rogers v. Koons* , 960 F.2d 301 [1992]: Bu davada profesyonel fotoğrafçı *Art Rogers*, öncesinde hazırlık yaparak çekmiş olduğu, kucaklarında sekiz yavru köpekle bankta oturan bir çifti konu alan, piyasada kartpostal-takvim gibi ürünlerde yer alan siyah-beyaz fotoğrafına dayalı olarak heykel yapan *Jeff Koons*'a telif haklarının ihlali iddiasıyla dava açmıştır. *Koons* bir kartpostalda gördüğü fotoğrafı - üzerindeki telif hakkı işaret ve simgesini kaldırarak- heykele model hazırlamaları için asistanlarına vermiştir. Meydana getirilen heykelde fotoğraftan farklı olarak sadece renklendirme yapıldığı görülmektedir. *Koons* bu heykel sayesinde yüksek başarı ve kazanç elde etmiştir. Açılan davada fotoğrafı bilerek kullandığını kabul etmiş; ancak kullanımını parodi amacıyla serbest yararlanmaya (fair use by parody) dayandırmıştır. Mahkeme heykelin fotoğrafçının eserinin bir taklidi/kopyası olduğuna ve serbest yararlanmanın söz konusu olmadığına; fotoğrafçının fotoğraf eseri üzerindeki fikri haklarının ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. (http://en.wikipedia.org/wiki-/Rogers_v._Koons, 5.08.2011); karş. *Mauerspringers,* LG Hamburg, 14.11.2008

3. Doğru zamanda doğru yerde bulunarak etkileyici bir fotoğrafın meydana getirilmesinde (zamanlamada orijinallik/özgünlük)[375].

2. Koruma Süresi

1988 Fikri Haklar, Tasarım ve Patent Kanunu (CDPA) fotoğrafların korunmasına ilişkin olarak ayrı bir koruma süresi öngörmemiştir. Bu, diğer eserler gibi, fotoğrafların da eser sahibinin yaşamı boyunca ve öldüğü yılı izleyen 70 yıl boyunca korunacağı anlamına gelmektedir (CDPA md.12/2)[376]. Yasa koyucu eser sahipliğinden doğan mali haklar için tanınan koruma süresinin kural olarak eser sahibinin manevi hakları için de geçerli olduğunu belirtmektedir (CDPA md.86/1).

B. Eser Sahipliği ve Eser Sahibinin Hakları

1. Eser Sahipliği

1862 Telif Hakları Kanunu yürürlükte olduğu sırada korunan eserlerin çoğu açısından eser sahipliğini belirlemede bir güçlük söz konusu değildi. Ancak aynı durum fotoğraflar için geçerli değildi. Zira uygulamada pek çok fotoğraf ajansı ve firmasının, fotoğrafçının işvereni olmalarına dayanarak, fotoğrafları eser sahibi olarak kendi adlarına tescil ettirdikleri görülmekteydi[377]. Bu anlayışın hatalı olduğu ilk defa 1883

(**Mielke/Mielke,** s.2); **Duboff,** L.D.: The Law for Photographers, New York 1995, s.28; **Michalos,** Rdn.2-144, s.66. Yine bkz. *Gross v. Seligman,* 212 F.930 [1914] (**Gormann/Ginsburg,** s.213); **Garnett/Abbott,** s.209.

375 Bkz. *Pagano v. Chas Beseler Co.,* 234 F. 963 [S.D.N.Y. 1916] (**Gormann/-Ginsburg,** s.212). *Alfred Eisenstaedt*'ın 2.Dünya savaşının sona erme kutlamaları sırasında bir denizcinin genç bir hemşireyi öperken çektiği ve tüm dünyada büyük üne kavuşan fotoğrafının bu derece hatırda kalması büyük ölçüde fotoğrafın yaratılmasındaki zamanlama, "an"ın seçiminden kaynaklanmaktadır (http://www.dailymail.co.uk/news/article-474893/Mystery-sailor-famed-VJ-day-kiss-New-Yorks-Times-Square-identified.html,5.08.2011).

376 Fotoğrafları genel koruma süresine tabi tutan bu düzenleme esasen daha önceki yasal düzenlemeleri tersine çeviren, fotoğraf eserleri lehine bir gelişme olmuştur. Zira 1911 Telif Hakları Kanunu'ndan bu yana fotoğrafların meydana getirilmesinden veya yayınlanmasından itibaren 50 yıl süre ile korunması esası benimsenmiş idi: **Gendreau,** s.291.

377 Anılan Kanuna göre fotoğraflarda eser sahipliği ve hak sahipliğinin tescili, bir ihlal söz konusu olduğunda hak talebinde bulunabilmek için ön şarttı. Tescil eser sahipliğinin belirlenmesi ve koruma süresinin hesaplanması gibi açılardan da önem arz et-

Nottage v. Jackson davasıyla gündeme gelmiştir. Davaya konu olan olayda, fotoğraf stüdyosu iş akdi çerçevesinde emrinde çalışan fotoğrafçısının çekmiş olduğu bir kriket takımının fotoğrafı üzerindeki telif haklarını eser sahibi olarak kendi adına tescil ettirmiştir. Yapılan itiraz üzerine hak sahibi oldukları iddiasıyla fotoğrafçıya açmış oldukları davada fotoğrafın yaratılmasında eser sahipliği hususu ayrıntılı şekilde irdelenmiştir. Yargıç *Brett M.R.* eser sahibini, yaratılan fotoğrafta kurguyu gerçekleştiren, tasvir edilen kişi ve objeleri kadraja yerleştiren --ortaya konan nihai sonuçta etkin rolü üstlenen (the effective cause of the final result)- kimse olarak tanımlamıştır. Tüm bunları oturarak ve talimat vermek suretiyle gerçekleştirse bile, kurgu ve ortaya çıkan görüntü onun fikri zeka ve yaratıcılığının ürünü olmalıdır. Yargıç *Cotton L.J.* ise korunacak eserin resim, çizim vb. veya fotoğraf olması farketmeksizin, eser sahibi sıfatının yaratıcı ve fikri planlama/tasarlama ile yaratma, üretme anlamına geldiğini ifade etmiştir[378]. Bir yüzyılı aşkın süre geçmiş olmasına rağmen bu görüşler, hangi teknoloji kullanılırsa kullanılsın, fotoğrafta eser sahipliğini belirlemede temel alınmaktadır.

Melville v. Mirror of Life Co. davasında (1895) ise eser sahipliğinin tesbiti biraz daha karmaşık bir hal almıştır. Davacı olan profesyonel fotoğrafçı aynı zamanda asistanı olarak çalışan oğluyla birlikte fotoğraf stüdyosunda ünlü bir sporcunun portre fotoğrafını çekmiştir. Pozlamayı, manuel işlemleri ve denklanşöre basarak fotoğrafı tesbit işlemini fotoğrafçının oğlu gerçekleştirirken; fotoğrafçı tasvir edilen sporcunun kadrajda nasıl görüntüleneceği ile ilgili hazırlık çalışmasını gerçekleştirmiş, bunun yanında asistanı olan oğluna talimatlar vermiştir. Davada eser sahipliğinin tesbitine ilişkin, eser sahibinin asistan oğlu değil, fotoğrafçı olduğu yönünde karar verilmiştir. Kanımızca somut olayda gerçekte var olan "birlikte eser sahipliği" ise ele alınıp değerlendirilmemiştir[379].

---

mekteydi: **Garnett/Abbott,** s.204, dpn.8. Ayrıca bkz. **Sherwin,** R.V.: Legal Aspects of Photography, New York 1972, s.71.

[378] **Gendreau,** s.288; **Garnett/Abbott,** s.206; **Michalos,** Rdn.2-057/2-058, s.37. Nitekim dört yıl sonra görülen benzer bir davada (*Wooderson v. Raphael Tuck&Sons), Nottage v. Jackson* davası emsal teşkil etmiş; eser sahipliğinin tesbiti bu davada yer verilen görüşler ışığında gerçekleştirilmiştir: **Garnett/Abbott,** s.207.

[379] **Garnett/Abbott,** s.208.

Melville v. Mirror of Life Co. kararı konunun seçimi, fotoğrafta yer verilecek unsurların düzenlenişi gibi hususların eser sahipliğinin tesbitinde önemli olduğunu göstermiş ise de, bu tek başına belirleyici değildir. *Stackemann v. Paton* (1906) kararında buna ek olarak bu faaliyetler ve tesbit edilen görüntü arasında uygun bir illiyet bağı (close causal connection) bulunması gerektiği açıkça ifade edilmiştir[380]. Davada bir özel okul sahibi okulun fotoğraflarının çekilmesi için profesyonel bir fotoğrafçıyla anlaşmış; çekim sırasında çekim mekanlarına kendi karar verdiği gibi, sürekli fotoğrafçıyı talimatlarıyla yönlendirmiş; öğrencilerin toplu fotoğraflarında, okul futbol takımının maç yaparken görüntülenmesinde kurgu ve pozlamalarda yönlendirici olmuştur. Ancak mahkeme onun kontrol ve yönlendirmedeki rolüne rağmen, fotoğrafları çeken kişi olan fotoğrafçının tek başına eser sahibi olduğuna karar vermiştir[381]. Doktrinde *Michalos* dava günümüzde görülmüş olsaydı, okul sahibi ve fotoğrafçının birlikte eser sahibi olduğu yönünde karar verilebileceğini ileri sürmüştür[382].

Yakın tarihli *Creation Records v. News Group Newspapers* (1997) kararında ise fotoğraf eserinin meydana getirilmesinde farklı kişiler rol almışsa, fotoğraftaki kurgu ve kompozisyonu ortaya koyan ile fotoğrafı

---

[380] **Garnett/Abbott,** s.208.

[381] Aynı yönde *Natkin et al v. Winfrey et al,* 111 F.Supp.2d 1003 [N.D.III 2000], (**Filler,** dpn.28): Dava konusu olayda davalı ünlü sunucu *Oprah Winfrey* davacı *Natkin* ile "Oprah Show"un ve konuklarının fotoğraf çekimleri için anlaşmıştır. Daha sonra *Winfrey* bu fotoğrafların on bir tanesini de içeren bir kitap yayımlamış; bunun üzerine fotoğrafçılar da fikri haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle dava açmıştır. *Winfrey* esas konu (subject matter) üzerinde kontrol, dolayısıyla konukların, kıyafetlerinin, ifadelerinin ve gösterinin genel havası (the "look" and "mood" of the show) üzerinde de denetim yetkisi olabileceğini; fotoğraflarda fotoğrafçılarla birlikte eser sahibi (co-author) olduğunu öne sürmüştür.
Mahkeme ise *Winfrey*'i savunmasında haklı görmemiş; fotoğraf üzerinde birlikte eser sahipliğinin söz konusu olabilmesi için, eserin yaratılması sırasında tarafların bu yöndeki iradesinin açık şekilde anlaşılabilmesi ve tarafların katkısının fikri hukukça korunan unsurlara ilişkin olması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca somut olayda fotoğrafın konusunun fikri hakların koruma kapsamına alınabilecek bir unsur olmadığına işaret etmiştir. Bkz. **Bilge,** O./ **Bilge,** T.: Fotoğraf ve Haklarımız, s.10, http://www.tfsf.org/haklarimiz1.pdf, 5.08.2011).

[382] **Michalos,** Rdn.2-059, s.37. Aynı yönde **Garnett/Abbott,** s.208.

çeken arasında yakın bir ilişki olmasının önemine vurgu yapılmıştır. Olayda müzik grubu *Oasis*'in yeni albüm kapağının fotoğraf çekimi için dışarda bir set kurulmuş; grubun üyelerinden biri çekim ve kompozisyon için hazırlık çalışmalarını bizzat yönetmiştir. Serbest çalışan bir basın fotoğrafçısı sete girmiş; album kapağı için seçilen poza çok benzer şekilde izinsiz çektiği kare üzerindeki fikri haklarını poster vb.de kullanılmak üzere bir üçüncü kişiye devretmiştir. Grup üyesinin uyuşmazlık konusu fotoğrafta konu ve hazırlık çalışmalarını kendisinin gerçekleştirdiği; fotoğrafta eser ve asli hak sahibi olduğu iddiasıyla açmış olduğu dava reddedilmiştir. Mahkeme davacının fotoğrafa konu kurgu ve mizanseni gerçekleştirmek dışında fotoğrafın tesbiti ile doğrudan ilişkisi olmadığını; hazırlık çalışmalarını yürüten ile fotoğrafı çeken arasında somut olaydakinden daha yakın bir bağlantı olması gerektiğini; kaldı ki, bir kimsenin çekildiğinden habersiz olduğu bir fotoğrafta eser sahibi olamayacağını dile getirmiştir. Eser ortak bir çalışmanın ürünü olmadığından birlikte eser sahipliği (iştirak halinde eser sahipliği) de gündeme gelmez[383].

Yakın tarihe kadar eser sahipliğine ilişkin izlenen geleneksel yaklaşım kırılmış; 1988 CDPA'da birlikte eser sahipliğinin açıkça düzenlenmesiyle birlikte, fotoğraflar eserleri açısından bunun mümkün olup olamayacağı uygulamada tartışmalara konu olmuştur. İki veya daha fazla kişinin bir fotoğraf üzerinde birlikte eser sahibi olabilmesinin mümkün olduğu; sadece mekanik tesbit eylemini (the mechanical act of fixation) gerçekleştiren kişinin eser sahibi olabileceği düşüncesinin yerinde olmadığı ileri sürülmüştür[384]. Bununla birlikte kuşkusuz fotoğraflarda bu gibi

---

[383] *Creation Records v. News Group Newspapers,* E.M.L.R. (1997), s.444-451 (**Michalos,** Rdn.2-060, s.38); **Garnett/Abbott,** s.208, dpn.56; **Davies,** s.40-41. İngiliz uygulamasında fotoğraflarda birlikte eser sahipliğinin mümkün olup olamayacağı ilk defa bu davada irdelenmiştir. Yargıç *Timothy Lloyd* kamera arkasında olan ile hazırlık çalışmaları ve kompozisyonun hazırlanmasında rol oynayan kişiler arasındaki işbirliği ortak yaratma şeklinde değerlendirilebiliyor; fotoğrafçının yaratmada bütünüyle ve tek başına etkin olmadığı söylenebiliyor ise, birlikte yaratma ve birlikte eser sahipliğinin gündeme gelebileceğini dile getirmiştir: *Creation Records v. News Group Newspapers,* E.M.L.R. (1997), s.450 (**Garnett/Abbott,** s.209).

[384] Bkz. **Garnett/Abbott,** s.209, dpn.64'de yer verilen kararlar.

hallerde eser sahipliğini belirlemek diğer güzel sanat eserlerine göre güçlük arz etmektedir.

2. Eser Sahibinin Mali Hakları

Fotoğraflar güzel sanat eserleri arasında sayılmış olduğundan, ancak güzel sanat eserleriyle ilgili hükümler fotoğraflar üzerindeki haklarla ilgili olarak uygulama alanı bulabilecektir; temsil ve işleme hakkına ilişkin düzenlemeler ise hariç tutulmuştur[385]. İlgili yasal düzenlemeler "eser sahibine eseri üzerinde hakimiyet/kontrol hakkı sağlayan pozitif hak" bakış açısından ziyade eser sahibinin rızası olmaksızın üçüncü kişilerin neleri yapamayacağını belirleyen (kısıtlayıcı) bir perspektif çerçevesinde ele alınmıştır. CDPA, eser sahibinin telif haklarınca kısıtlanan/sınırlama getirilen eylemlerin bir üçüncü kişi tarafından yasal bir düzenleme veya herhangi bir lisans söz konusu olmaksızın gerçekleştirilmesi veya bir diğer kişiye bu konuda yetki vermesi halinde eser üzerindeki telif haklarının ihlal edilmiş olacağını ifade etmiştir (md.16/2).

İngiliz hukukunda bilgisizlik/iyiniyet fikri hak ihlalleri açısından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmemekte; bu ihlaller kusursuz sorumluluk ilkesi (strict liability) çerçevesinde değerlendirilmektedir. Davalının eyleminin eser sahibinin haklarını ihlal ettiğini bilmemesi sorumluluğun doğumu açısından önemli değildir[386].

Güzel sanat eserlerinde, bu bağlamda fotografik eserlerde eser sahipleri için en önemli hak, eseri çoğaltmaya ilişkin haktır (reproduction right)[387]. Yasada yer alan tanımlar çerçevesinde (CDPA md.17/1,6) fo-

---

[385] CDPA md.19,25,26 ve CDPA md.21. **Gendreau,** s.292. İngiliz fikri hukukunda eserden temsil suretiyle faydalanma hakkı düzenlenmiş değildir. Bu sebeple sanat galerileri ve müzelerin eser sahibinin rızası veya bir lisans sözleşmesi olmaksızın bir güzel sanat eserini sergileyebilecekleri düşünülebilirse de, bu teşhir/sergileme usulü eser sahibinin manevi haklarına aykırılık teşkil etmemelidir: **Wotherspoon,** K.: Copyright Issues Facing Galleries and Museums, EIPR 2003, V:25, s.34.

[386] Davalı ancak eser üzerinde var olan telif haklarını bilmediği ve kendisinden bilmesinin beklenemeyeceği hallerde hak taleplerine karşı savunma ileri sürebilecektir (CDPA md.97/1).

[387] Güzel Sanat Eserleriyle ilgili 1862 Telif Hakları Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce bile, uygulamada fotoğrafların yetkisiz ve izinsiz şekilde çoğaltılmasının yaptırıma bağlandığı görülmüştür: *Mayall v. Higbey* (1862) 158 ER s.837 (**Gendreau,**

toğrafların elektronik veribankasına kaydedilmesi kopyalama/çoğaltma sayılacağı gibi, bir eserin elektronik yollarla nihai kullanıcıya (to an end-user *via* electronic means) ulaştırılmadan önce bilgisayar hafızasına kaydedilmesi/tesbit edilmesi de çoğaltma kabul edilir[388]. Bununla birlikte kopyalama/çoğaltma işleminin odak noktası bizzat fotoğraf olmalıdır: Bir başkası tarafından fotoğraf çekimi gerçekleştirilen yerde fotoğraf çeken fotoğrafçı o kişinin fotoğrafı üzerindeki telif haklarını ihlal etmiş olmaz; olsa olsa mahremiyet ihlali, güveni kötüye kullanma gibi ihlallerden söz edilebilir[389]. Yine fotoğrafta kopyalanan unsurlar bu esere özgünlük katan (esere karakteristik özelliğini veren) unsurlar değilse, bir fikri hak ihlalinden söz edilemez.

İngiliz hukukunda *Michalos* fotoğrafa özgünlük katan unsurların kopyalanarak yeni bir fikri ürün meydana getirildiği halleri (iki fikri çalışma arasında açıkça bağlantı kurulabiliyorsa) de bu kapsamda ele almıştır[390]. İkinci bir fotoğrafçı ilk (asıl) fotoğrafa özgün niteliğini veren ve esaslı kısmını oluşturan unsurları aynen kullanarak bir fotoğraf meydana getiriyorsa (recreation/re-shooting of original photograph), ilk fotoğrafın telif hakları çerçevesinde korunuyor olması halinde bir fikri hak ihlali gündeme gelecektir[391]. Eğer ikinci fotoğrafçı bağımsız hareket etmiş ve

---

s.293, dpn.51); **Stokes,** S.: Copyright and the Reproduction of Artistic Works, EIPR 2003, V:25 I:10, s.486.

[388] Bkz. **Michalos,** Rdn.2-134, s.61; **Stokes,** s.486. İngiltere Telif Hakları Kurulu'nun dijital teknoloji ve telif haklarıyla ilgili olarak Avrupa Komisyonu'na sunduğı öneri metninde de bu yönde görüşler yer almaktadır; ayrıca bir eserin ekranda görüntülenmesi/teşhirinin dahi çoğaltma hakkı bağlamında mütalaa edilebileceği ileri sürülmüştür: British Copyright Council, "Submission to the European Commission"- Digital Technology in the Field of Copyright and Related Rights, EIPR (1996) 18, s.52 (**Gendreau,** s.293).

[389] *Creation Records v. News Group Newspapers Ltd.*, EIPR 1997, V:19, s. 288. Bkz.yuk.dpn.383; **Gendreau,** s.293.

[390] **Michalos,** Rdn.2-134, s.61 vd.

[391] *Gross v Seligman* 212 F.930 2d Cir.(1914) - (Bir fotoğrafta modelin verdiği hususi pozu kullanarak aynı modeli, iki yıl sonra aynı pozlamayla yeniden fotoğraflamak arka plan vb.gibi küçük değişiklikler yapılmasına rağmen fikri hak ihlali olarak kabul edilmiştir). Benzer şekilde *Ateliers Tango Argentin v Festival D'Espagne et D'Amerique* (1999)*84* CPR.(3d) 56- (Tango dansçılarının verdiği pozun aynı şekilde yeniden fotoğraflanması) (**Michalos,** Rdn.2-138, s.63 ve dpn.73).

sadece aynı konuyu (the same subject matter) fotoğraflamışsa; yani ilk fotoğraftaki ifade biçimi (expression) değil, sadece fikir/düşünce (the idea of the first photograph) taklit edilmişse, fikri hak ihlali gündeme gelmeyecektir. Ancak fotoğraflar açısından ele aldığımızda, fikir ve ifade biçiminin çoğunlukla birbirinden ayrılamaz şekilde içiçe geçtiği örnekler bu değerlendirmeyi zaman zaman güçleştirmektedir. Teknik anlamda çoğaltma eserin aslının aynen tekrar edilmesi olduğundan, her ne kadar yazar açık şekilde değinmemiş ise de, söz konusu hallerde çoğaltmadan ziyade izinsiz taklit/benzetme söz konusudur.

Fotoğrafın boyut olarak oldukça küçültülmüş de olsa (reduction of image size) izinsiz çoğaltılmasının yine fikri hak ihlaline (eser sahibinin çoğaltma hakkının ihlali) sebebiyet vereceği kabul edilmektedir. Bir kararda (*Antiquesportfolio.com v Rodney Fitch-2001)* özgün nitelikte oldukları kabul edilen fotografik eserlerin bir websitesinde simgesel olarak küçük ölçekte çoğaltılmış olarak yer alması -davalının somut halde bir fikri hak ihlali olmadığı zira çoğaltmanın özgün fotoğraflardan yararlanmaya hizmet etmediği savunmasına rağmen- eser sahibinin fikri haklarının ihlali olarak görülmüştür[392]. Bunun aksine Amerikan Temyiz Mahkemesinde (Court of Appeals for the Ninth Circuit) görülen, profesyonel fotoğrafçı *Kelly*'nin fotoğraflarının görsel arama motoru *Arriba* tarafından küçük ön izleme resimleri (thumbnail) olarak kullanılmasını konu alan *Kelly v. Arriba Soft Corp.* davasında (2003)[393], bu kullanımın fikri hak ihlali yaratmadığı, dürüst kullanım-*fair use*[394] kapsamında olduğuna

---

[392] F.S.R. [2001] 23, s.355 (**Michalos,** Rdn.2-148, s.67).

[393] Kararın metni için bkz. http://fairuse.stanford.edu/primary_materials/cases/ariba_-soft.pdf (5.08.2011); **Stokes,** S.: Leslie A.Kelly v. Arriba Soft Corp- A View from the United Kingdom, EIPR 2000, V:22, s.599. Anılan dava ve aynı yönde bir diğer dava "*Perfect 10 v. Amazon com.Inc./Google Inc.* "hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Öncü,** Ö.: Fikri Hak İhlalleri Bakımından İnternet Görsel Arama Motorları, DEÜHFD 2008, C:10, S:1, s.99 vd.

[394] Görsel arama motorlarının, özellikle arama sonuçları listesinde kullanılan küçük ön izleme resimlerinin (thumbnail) fikri hak ihlali oluşturduğu iddiasıyla Amerikan mahkemelerinde bazı davalar açılmıştır. Söz konusu kullanımın hukuka aykırı olup olmadığı, CA (Copyright Act) § 107'de düzenlenen ve eser sahibinin haklarına sınırlandırma getiren genel nitelikli bir düzenleme olan "dürüst kullanım-fair use" kapsamında tesbit edilmeye çalışılmıştır. Anılan paragrafta, üzerinde "copyright" sim-

karar verilmiştir. Mahkeme fotoğrafların bütünsel olarak çoğaltılmış olmasına rağmen, çoğaltılmış görsellerin küçük boyutta, düşük çözünürlükte olduğunu ve eserlerin aslına (orijinal eser) kıyasla tamamen farklı bir amaca hizmet ettiğini göz önünde bulundurmuştur.

Eser sahibinin fikri hakları rızası olmaksızın çoğaltılmış eser nüshalarının yayılması sonucu da ihlal edilebilir (CDPA md.18). Eser sahibinin yayma hakkı (distribution right) eser nüshalarının İngiltere'de veya başka yerde (Avrupa Ekonomik Topluluğuna ilişkin anlaşmanın tarafı olan bir başka ülkede) dağıtılması, piyasaya sürülmesine ilişkin yetkileri içerir (CDPA md.18/2)[395]. Usulüne uygun şekilde elde edilmiş nüshaların yetkisiz şekilde piyasaya sürülmesi halinde, örneğin lisans anlaşması sona ermiş olmasına rağmen eser nüshalarının piyasaya sürülmesinde olduğu gibi, yayma hakkı ihlal edilmiş olur[396].

İngiliz hukukunda eser sahibinin eser nüshalarını kiralama ve ödünç vermeye ilişkin münhasır hakkı ise farklı bir maddede ele alınmış olup, fotoğraflar dahil olmak üzere güzel sanat eserleri için de uygulama alanı bulacaktır (CDPA md.16/1 ve 18A).

İşaret, ses, görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (right of communications to the public) eser sahibinin mali haklarından bir diğeridir (CDPA md.20). Bu hakkın eser sahibinin rızası veya lisans sözleşmesi olmaksızın yetkisiz şekilde kullanımı da fikri hak ihlaline sebebiyet verir. Fotoğraflarla ilgili olarak, örneğin internet kullanımı, etkileşimli televizyon hizmet&servisleri, görüntülerin mobil telefonlara

---

gesi bulunan bir eserin, eleştiri, yorum, haber verme, çoğaltılmış kopyaların derslerde kullanımı da dahil olmak üzere öğretim, bilimsel ya da araştırma gibi amaçlarla dürüst kullanımının fikri hak ihlali oluşturmayacağı düzenlendikten sonra, dürüst kullanımın belirlenmesinde göz önüne alınacak faktörler dört bent halinde düzenlenmiştir: 1) Bu kullanımın ticari nitelikte mi yoksa kar amacı gütmeyen eğitim amacıyla mı olduğu da dahil olmak üzere, kullanımın amacı ve karakteri, 2) Kullanılan eserin niteliği, 3) Kullanılan parçanın kullanılan eserin bütününe oranla miktar ve önemi, 4) Kullanımın, kullanılan eserin potansiyel piyasasına veya değerine etkisi (**Michalos,** s.67, dpn.99); **Stokes** (View), s.600 vd; **Greenberg,** E./**Reznicki,** J.: Photographer's Survival Manual-A Legal Guide for Artists in the Digital Age, New York/London 2010, s.50.

[395] **Gendreau,** s.293; **Michalos,** Rdn.2-150, s.69.

[396] *Nelson v Rye* [1996], F.S.R. s.313-319 (**Michalos,** s.69, dpn.9).

indirilmesini sağlayan operatör servisleri gibi vasıtalarla görsellerin kamuya iletimi "umuma iletim hakkı" kapsamında değerlendirilebilir[397].

3. Eser Sahibinin Manevi Hakları

Manevi haklara ilişkin olarak 1988 CDPA önemli değişikliklere işaret etmiştir. O ana kadar İngiltere'de yasa koyucu manevi haklarla ilgili spesifik düzenlemeler getirme gereği duymamış[398]; Bern Anlaşması *6bis* (manevi haklarla ilgili hüküm) maddesinin gerektirdiği yükümlülükleri yerine getirmek için de esas olarak içtihat hukukundan faydalanma yoluna gitmişti[399]. Bununla birlikte 1862 Telif Hakları Kanunu'nda yer verilen ve 1988 CDPA 'ya kadar yasal düzenlemelerde muhafaza edilen[400] bir hükümde açıkça ifade edilmese de eser sahibinin manevi haklarını korumaya yönelik bir anlayışın benimsendiği görülmektedir. Bu ba-

---

[397] **Michalos,** Rdn.2-154, s.71.

[398] Eser sahibinin manevi hakları Kıta Avrupası hukuk sisteminde doğmuş; hukuk sistemleri arasındaki farklılıklardan ötürü bir süre uluslararası hukukta uyuşmazlık konusu olmuştur. Kıta Avrupası fikri hukukunda manevi haklar eser sahibinin kişiliğinin bir uzantısı olarak görüldüğünden mali haklar gibi önemi haizdir. Anglo-sakson hukuk sistemi anlayışında ise "copyright" terimi daha çok mali hakları ifade etmekte; hakların kullanılmasında ekonomik boyuta büyük önem atfedilirken, manevi hakların telif haklarının ekonomik açıdan değerlendirilmesinde engel teşkil edeceği düşüncesinin sonucu olarak bu haklar arka planda kalmıştır. (Hatta tarihsel süreçte Amerika Birleşik Devletleri'nin Bern Birliği'ne geç katılmasının temel nedenlerinden biri de manevi haklarla ilgili *6bis* hükmüdür; zira ABD manevi haklara uzun süre sıcak bakmamış, karşı çıkmıştır : **Michalos,** Rdn.4-002, s.163; **Dietz,** A.: The Artist's Right of Integrity under Copyright Law- A Comparative Approach, IIC 1994/2, V:25, s.179; **İnceoğlu,** M./**Tosun,** Y.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevi Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu ile İlişkisi, Batider 2012, C.XXVIII, S.3, s.76; Manevi hakların sağladığı güçle yapılabilecek haksız müdahalelerin serbest piyasanın işlerliğini bozacağı yönündeki görüşlere ilişkin **Bently-Sherman,** Intellectual Property Law (**Güneş,** s.15'den naklen).

[399] Konu hakkında bkz. **Marvin,** C.A.: The Author's Status in the United Kingdom and France: Common Law and The Moral Right Doctrine, International and Comparative Law Quarterly, 1971/20, s.675 vd.; **Dworkin,** G.: The Moral Right and English Copyright Law, International Review of Industrial Property and Copyright, 1981/12, s.476 vd.

[400] 1862 Telif Hakları Kanunu md.7, 1956 Telif Hakları Kanunu md.43.

kımdan fotoğraflarda manevi hakların İngiltere'de ilk bakışta görünenene nazaran kısmen daha uzun bir geçmişi olduğu söylenebilir[401].

1988 CDPA'da koruma altına alınan eser sahibinin manevi hakları eser sahibi olarak tanıtılmaya ilişkin hak (paternity right)[402], eserin bütünlüğünün korunmasına ilişkin hak (right of integrity) ve yanıltıcı adlandırmaya karşı korumadır (false attribution of authorship). Kanunda manevi hak olarak sınıflandırılan ancak esasen eser sahibinin eserle ilgili olarak kişiliğini koruduğu söylenemeyecek bir hak daha mevcuttur: fotoğraflarda/görüntülerde özel yaşamın gizliliğine ilişkin hak (right to privacy).

Eser sahibinin bu sıfatına, yani eser sahibi olarak tanıtılmaya ilişkin hakkının kullanımı İngiliz hukukunda önceden ileri sürme ve saklı tutma gibi şekli birtakım koşullara tabi tutulmuştur. Ayrıca pek çok istisna öngörülerek (örneğin, hizmet sözleşmesi çerçevesinde ortaya konan-işçi eserlerinde manevi hakların kullanılamaması) hakların etkisi ve kullanımı sınırlanmıştır[403]. Bu sınırlamalar manevi haklarla ilgili içtihat hukukunun yetersiz kalması sonucunu doğurmuş; bu yetersizlik benimsenen komşu ülke içtihatlarından yararlanılarak doldurulmaya çalışılmıştır. Anılan manevi hakka ilişkin kararlara örnek vermek gerekirse: Bir fotografik eseri taklit ederek ortaya konan çalışmada eser sahibininki yerine kendi ad ve simgesine yer veren üçüncü kişinin bu eylemi eser sahibinin tanıtılmaya ilişkin hakkının ihlalidir[404]. Alman Federal Temyiz Mahkemesi eserdeki eser sahipliği simge&ibaresinin kişiyi tanıtmaya elverişli olmasını yeterli görmüş; fazla büyük/göze çarpan ibarelerin gerekli olmadığını

---

401 **Gendreau,** s.296.

402 Doktrinde eser sahibi ile eser arasındaki bağın baba-evlat ilişkisine benzetildiği, eser sahibinin hakları için "babalık hakları" (droit de paternité-babanın çocuğu üzerindeki hakkı, velayet) tabirinin kullanıldığı görülmekte; bir kimsenin kendisine ait olmayan bir eserin yaratıcısı gibi gösterildiği hallerde, kendisini savunmak amacıyla yararlanacağı hükümler için ise "droit de non- paternité" ibaresi kullanılmaktadır: **Tekinalp,** §14, Nr.24/27, s.157-158; **Öztan,** s.306.

403 **Güneş,** s.15; ayrıntılı olarak bkz. **Michalos,** Rdn.4-009/4-019, s.166-171.

404 *Ateliers Tango Argentin Inc v. Festival d'Espagne & d'Amerique Latine Inc* (1997), 84 C.P.R.(3d) s.56 (**Michalos,** s.167, dpn.33).

dile getirmiştir[405]. Fransa'da bir mahkeme kararında da[406], eser sahipliği ibaresi ve eser sahibinin imzası eserin aslında okunaklı bir şekilde yer almışsa, çoğaltılmış nüshalarında da aynı şekilde yer alması gerektiği belirtilmiştir. Uyuşmazlık konusu bir diğer olayda[407], *Paris Match* dergisi için çekilen fotoğraflar bir filmin tanıtım fragmanlarında arka plan olarak kullanılmış; fotoğrafçılarla ilgili bilgilere ise yer verilmemiştir. Mahkeme, manevi haklarla ilgili doktrinin her fotoğrafçının adının/eser sahipliğinin somut fotoğrafıyla ilişkili şekilde belirtilmesi gerektiğini; fotoğraflara bitiştirilmiş şekilde bu tanıtılma yapılmamışsa, en azından ortaya konan fikri çalışmada listelenen eser sahipleri arasında fotoğraf sanatçılarına (hangi eserde hak sahibi olduğu belirtilerek) yer verilmesi gerektiğini karara bağlamıştır. Benzer başka bir kararda[408] ise, içinde çok sayıda fotoğrafına yer verilen bir kitapta, eser sahibinin kitapta her hangi bir yerde belirtilmesini yeterli görülmemiş; her bir fotografik eserin yanında eser sahibinin adının belirtilmesinin uygun olacağını belirtilmiştir. Yine yer verilen fotoğraflarla ilgili olarak eser sahibinin kimliğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiş bir çalışmada ise, metin ve içerikten izleyici/okuyucunun fotoğraflarda eser sahipliğini kesin olarak belirleyebileceği sonucuna varan mahkeme somut olayda manevi hak ihlali bulunmadığına hükmetmiştir[409].

Yanıltıcı adlandırmaya karşı koruma hakkı (CDPA md.84) ise eser sahibi olarak tanıtılmaya ilişkin manevi hakla yakın ilişkilidir. Nasıl ki kişi yarattığı eseri üzerindeki eser sahipliğinin toplumda bilinmesini arzu ediyorsa, gerçekte olmadığı halde bazı fikri ürünlerde eser sahibi olarak adının geçirilmesine karşı korunma hakkını da haizdir. Örneğin, bir fotoğraf sergisinin reklamına ilişkin yayınlanan broşürlerde, ilgisi olmadığı halde, başka bir fotoğrafçıya eser sahipliği sıfatı addedilmesi ve bu kişi-

---

[405] Bkz.**Michalos,** s.167, dpn.35'de yer alan kararlar.

[406] *Tribunal de Grande Instance de la Seine (*19.12.1961), R.I.D.A.1962/35, s.122.

[407] *Tribunal de Grande Instance de Paris,*13.12.1966, D.1969,702 (**Michalos,** s.168, dpn.38).

[408] *Tribunal de Grande Instance de Paris,* 9.07.1971, D.1972 Somm.84 (**Michalos,** s.168, dpn.39).

[409] *Arthus-Bétrand v. Sté Panorama du Médecin* TGI Paris *(*6.07.2001), R.I.D.A 2002/191, s.196-198.

nin eser sahibi olarak lanse edilmesi. Bu hak zararın varlığını ispat etmek gerekmeksizin kendiliğinden dava hakkı verir (actionable *per se* without proof of damage)[410].

Eser sahibinin temel manevi haklarından diğeri, eserin bütünlüğünün korunmasına ilişkin hakkıdır. Buna göre eser sahibi rızası olmaksızın eserinin bozulmasına veya herhangi bir şekilde zarar görmesine yol açan davranışları engelleme hakkına sahiptir. Bu hak eser üzerinde ekleme, kısaltma, oynama vb. değiştirmeler yoluyla esere zarar verici muamele (derogatory treatment) yani eserin nitelik ve hususiyetini bozan değiştirilmelerden ya da eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen değiştirilmelerden doğar (CDPA md.80/2,b). Fotoğraflar üzerinde yapılacak çoğu değişiklik bu kapsamda değerlendirilir. Uygulamada fotoğraflarla ilgili olarak en çok görsel boyutlarında küçültme (reduction in size), kırpma ve rötuş gibi işlemler (cropping/retouching/editing) yoluyla manevi hakların ihlali gündeme gelir. Örneğin, bir sanatçının broşür ve posterlerde kullanılmak üzere hazırladığı kolaj çalışmasının boyutunun küçültülerek "pul"da kullanılmak üzere çoğaltılmasında mahkeme eserin bütünlüğünün bozulduğuna hükmetmiştir[411]. Bir fotoğraf sanatçısının, sergilenen ve büyük ün kazanan genç bir kadın temalı fotoğrafının *"Total Photography"*adlı kitapta yer almasına rıza göstermesi; ancak kitap kapağında fotoğraftaki genç kadının sadece gözlerini içeren kısmının sanatçının rızası olmaksızın kullanılmış olmasını konu alan uyuşmazlıkta sanatçının manevi hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir[412]. Benzer şekilde, bir yarışmada rol alan hayvanları sahipleriyle birlikte görüntüleyen eser niteliğindeki fotoğrafların sadece hayvanları gösterir şekilde kırpılarak çoğaltılması fotoğrafçının eserinin bütünlüğünü ihlal etmiştir; zira fotoğrafçının sanatsal seçimi değiştirilmiş, baskı kalitesini etkileyecek

---

[410] **Michalos,** Rdn.4-040, s.182; **Gendreau,** s.298.

[411] *Echaurren Faranda v. Italian Post Office,* E.C.D.R.[2001] 14 Trib.(Rome) (**Michalos,** Rdn.4-026, s.174).

[412] *Petit Jacqueline* (fotoğraftan kesilip çıkartılma), BGH 5.03.1971, GRUR 1971, s.525. Bir eserin "içinden bir kısmını almak", "ölçülerine riayet etmeden" çoğaltmak o esere zarar vermenin klasik örnekleridir: **Öztan,** s.319.

şekilde arkaplan rengi değiştirilmiştir[413]. Bir diğer kararda[414], bazı fotoğrafların tersine çevrilip, çerçeve içine alınıp, kısmen de renklendirme uygulanarak bir dergide yayınlanmasının eser sahibinin eserinin bütünlüğünün korunmasına dair menfaatlerine zarar verdiği karara bağlanmıştır.

4. Eser Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar

Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalara CDPA'da "eserlerle ilgili izin verilen eylemler (acts permitted in relation to copyright works) olarak yer verilmiştir. Amerikan fikri hukukundaki gibi genel bir "dürüst kullanım (fair use)" ilkesine yer verilmemiş; onun yerine sınırlama olarak belirlenen özel durumlar ayrıntılı şekilde sayılmıştır. Bu sınırlandırmaların bir kısmı tüm eserler açısından uygulama alanı bulurken, bazıları belirli eserler ve hallere ilişkin uygulanır[415].

Araştırma, bireysel öğrenim, kritik/eleştiri amaçlı olarak eserin kullanılması halleri fikri hak ihlaline sebebiyet vermez (CDPA md.29/1, 30/1). Kullanımın güncel olaylarla ilgili haber yapma amacı taşıması sınırlandırmasına ilişkin olarak ise İngiliz yasa koyucusu fotoğrafları açık şekilde hariç tutmuştur (CDPA md.30/2)[416]. Yani güncel olaylara ilişkin haber vermede fotoğrafların kullanılması fikri hak ihlaline yol açabilecektir[417].

Fotoğrafların tamamen tesadüfi şekilde bir başka güzel sanat eserinde, filmde veya bir yayında yer alması (incidental inclusion of a photograph) fikri hak ihlali oluşturmaz (CDPA md.31/1). Bir fotoğrafçı-

---

[413] *Arthus-Bétrand v. Sté Panorama du Médecin,* TGI Paris, 6.07.2001, R.I.D.A. 2002/191, s.196-198.

[414] CA Paris, 23.01.2001, R.I.D.A. 2001/189, s.288.

[415] **Gendreau,** s.294. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Michalos,** Rdn.2-158 v, s.74 vd.

[416] CDPA md.30/2: "*Fair dealing with a work (other than a photograph) for the purpose of reporting current events does not infringe any copyright in the work...*".

[417] Gerekçesini anlayamadığımız, fotoğraflardan güncel olaylara ilişkin bilgilendirmede serbestçe yararlanmayı engelleyen bu düzenlemenin kural olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.maddesinde düzenlenen "İfade Özgürlüğü (Freedom of Expression)" ilkesiyle de bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür. Zira hükmün uygulama alanı yazılı medyayla sınırlı olmayıp, görseller ve televizyon yayınlarında (görsel medya) da uygulanır. Ayrıntılı olarak bkz. **Michalos,** Rdn.2-160 vd, s.76 vd.

nın portre çekimi sırasında arkaplandaki duvarda yer alan tablonun da rastlantısal olarak kadraja girmesi, ressamın fikri haklarına ihlal teşkil etmez. Benzer şekilde bir film çekiminde fotografik eserlerin asılı olduğu duvarlar arasında yürüyen müze müdürünün kamerayla takibinde bu fotoğrafların görüntülerde yer alması fotoğraflar üzerindeki fikri hakları ihlal etmez[418].

Eğitim-öğretim amacıyla kullanım, kütüphane ve arşivlerde kullanıma ilişkin sınırlandırmalar da fotoğraflarla ilgili olarak uygulama konusu olabilir (CDPA md.32-44).

Elektronik yayıncılığın gelişmesiyle birlikte önem kazanan bir diğer sınırlama CDPA md.56'da ele alınmıştır. Buna göre, satım sözleşmesi koşulları açık veya zımni olarak mümkün kıldığı sürece, bir eserin elektronik formda satışa sunulması bu amaçla eserin çoğaltılmasını caiz kılar[419].

Özel sınırlayıcı düzenlemelerden bir diğerine CDPA md.57'de yer verilmiştir: Eğer eserin kamunun yararlanmasına serbest hale geldiğinin (in public domain) varsayılması haklı ve makul olarak değerlendirilebiliyor ise, eser sahibinin belli olmadığı (makul bir araştırmayla eser sahibinin kimliği belirlenememişse) eserlerin kopyalanması caiz kabul edilmiştir. Yine eserin satışına yönelik reklam amacıyla yapılan kopyalama/çoğaltmalar ör:kataloglar), bu amaç çerçevesinde kalındığı müddetçe, eser sahibinin rızasını gerektirmez (CDPA md.63).

Bunun yanında CDPA'da, diğer yabancı hukuklardan farklı olarak, eser sahibinin temel manevi haklarının ihlali olarak değerlendirilemeye-

---

[418] **Michalos,** Rdn.2-168, s.80; **Gendreau,** s.294. Tesadüfi şekilde dahil edilmenin söz konusu olup olmadığını belirlemede ölçüt, A eserinin *neden* B eserine alındığı sorusudur. Bu, görüntüyü meydana getiren fotoğrafçının aklında ne olduğuna yanıt aranarak değil, somut olayın koşullarının objektif şekilde değerlendirilmesiyle belirlenir: **Michalos,** Rdn.2-168, s.80.

[419] *Gendreau* bu hükmün yoruma ve satım sözleşmelerindeki sınırlayıcı düzenlemelerin uygulanmasına açık olduğunu ifade etmiştir: **Gendreau,** s.295.

cek eylemler (sınırlandırmalar) de ayrı olarak ilgili manevi hakla ilgili yasal düzenleme kapsamında sayılmıştır[420].

5. Eser Sahibinin Haklarının İhlali ve Hukuksal Sonuçlar

İngiliz hukukunda fikri hak ihlallerinde gündeme gelebilecek koruma yolları genel olarak şöyledir[421]: Zararın giderilmesine ilişkin tazminat talep edilmesi, adalet ve hakkaniyetin gerektirdiği hallerde ortaya çıkan diğer zararların karşılanması- ek tazminat (additional damages)[422], elde edilen kazancın iadesi (account of profits), eserin izinsiz çoğaltılmış kopyalarının kendisine devredilmesi, ihtiyati tedbire başvurma, hükmün ilanı.

Davacı hak sahibi sorumlu kişiden zararın tazminini talep etme veya elde ettiği kazancın iadesini talep etme arasında bir seçim yapmak durumundadır; zira her iki talepte birden bulunamaz[423]. Elde edilen kazancın iadesinin temelinde yatan düşünce, hak sahibinin fikri haklarına tecavüz ederek kazanç sağlayan kimsenin (hak sahibinin menfaati için yapmamış olsa bile) hak sahibi yönünden vekaletsiz iş görmüş olmasıdır; bu sebeple yapılan işten doğan yararları/kârı hak sahibine devretmelidir. Fikri hak ihlalinden kaynaklanan tazminat isteminin amacı ise, haksız fiilden ötürü hak sahibinin uğradığı zararların giderilmesidir. İngiliz hukukunda zararın tazmininde hareket noktasının, hak sahibi ile ihlalden sorumlu kişiler arasında bir sözleşme yapılmış olsaydı (farazi sözleşme)

---

[420] CDPA md.79 ve md.81. 1988 Fikri Haklar, Tasarım ve Patent Kanunu'nda özellikle eser sahibinin haklarına getirilen sınırlamalara ilişkin olarak kazuistik bir anlayış (bkz. CDPA md.28-76) izlendiği görülmektedir.

[421] **Michalos,** Rdn.2-190, s.89.

[422] Davacının elde edilen kazancın iadesini talep etmesi durumunda, ayrıca ek tazminata hükmedilemez. Davacının zararının tazminine ilişkin talepte bulunmuş olması halinde somut olayın koşullarına göre ek tazminat gündeme gelebilir: **Michalos,** Rdn.2-195, s.91.Yine uyuşmazlık konusu birçok olayda, davalının kötüniyetli hareket etmesi (bad faith), kasıtlı davranışlarıyla fikri hak ihlaline neden olmasının ek tazminatın takdirinde rol oynadığı görülmüştür: **Michalos,** Rdn.2-198, s.93.

[423] Türk hukukunda da benzer şekilde, hak sahibinin sorumlu kişiden hem elde ettiği kazancın iadesini hem de uğradığı zararın tazmin edilmesini talep ettiğinde, bunlardan miktar olarak daha yüksek olanıyla yetinmesi gerektiği, zira elde edilen kazancın devriyle zarardan fazla bir miktar elde edilebiliyorsa, malvarlığında haksız eylem nedeniyle bir eksilme olmadığı kabul edilmektedir: **Ayiter,** s.253; **Kılıçoğlu,** s.403; yine bkz. **Tekinalp,** § 20, Nr.99, s.317. Ayrıca **Gormann/Ginsburg,** s.913.

talep edilebilecek olan telif ücreti (royalty fee) olduğu ifade edilmiştir[424]. Ancak belirlenen rayiç bedel somut olayda zararın karşılanmasına hizmet etmezse, mahkeme tazminat miktarını yükseltebilir. Fotoğraflarla ilgili olarak, bir fotoğrafın kullanımı için belirlenecek lisans ücretinin tesbitinde kullanımın niteliği, görselin boyutu vb. birçok etken rol oynar. Bu konuda İngiliz Resim/Görsel Kütüphane ve Ajanslar Birliği'nin (the British Association of Picture Libraries and Agencies-BAPLA) fotoğrafların farklı kullanımlarına ilişkin topladığı rayiç veriler yönlendirici olmaktadır[425].

Eser /hak sahibinin başvurabileceği bir diğer hukuksal yol ise, eserin izinsiz çoğaltılmış kopyalarının ve kopyalama araçlarının kendisine veya mahkemenin tayin edeceği bir üçüncü kişiye devrini talep etmektir (CDPA md.99/1).

Eser /hak sahibi yasal koşulları oluştuğu takdirde ihtiyati tedbir talebinde de bulunabilir. Özellikle fotoğrafların basında yayınlanmasına ilişkin hallerde bu uygulamanın hızı önem arz eder. Zira gazete ve dergiler baskıya ve arkasından dağıtım aşamasına geçtikten itibaren, geri çağırmanın davalıya maliyeti ve doğurduğu yüksek zarar ihtiyati tedbir kararı verilmesine engel teşkil edebilecektir[426].

C. Fotoğrafla İlgili Fikri Hukuk Sözleşmeleri

Eser niteliğindeki fikri ürünün bir üçüncü kişiye devri tek başına eserdeki fikri hakların da devredildiği anlamı taşımaz. Eserin fiziki görünümü (şekil) eser üzerindeki haklardan ayrıdır. Eser üzerinde mülkiyetin devrinin doğrudan fikri hakların devrini doğurmayacağının istisnası, hak sahibinin henüz umuma arz edilmemiş bir eseri vasiyetname yoluyla bir üçüncü kişiye devretmesi halidir (CDPA md.83).

---

[424] **Michalos,** Rdn.2-192, s.90.

[425] BAPLA için bkz. http://www.bapla.org.uk/index.php?option=com_content&task=-view&id=18&Itemid=70 (8.08.2011); **Michalos,** Rdn.12-040 vd, s.615 vd. İngiliz doktrininde *Michalos* fotoğrafın özel bir niteliği, haber değeri olması gibi hallerde (non-standard image), lisans ücretinin kalıplaşmış değerlendirmelere göre belirlenmesinden ziyade bilirkişi değerlendirmesinin daha isabetli olacağını ifade etmiştir: **Michalos,** Rdn.2-193, s.91 ve Rdn.12-041, s.615.

[426] **Michalos,** Rdn.2-205, s.96.

İngiliz yasa koyucusu fikri hakkın devri[427] ve lisansa (kullanım hakkının devri) ilişkin açık şekilde ayrım getirmiş olmakla birlikte[428], her iki devri de (hakkın devri, inhisari lisans) yazılı geçerlilik koşuluna bağlamıştır (CDPA md.90/3 ve md.92/1)[429] [430]. Zımni lisans olarak tabir edilen lisansların uygulamada sorunlara yol açtığından hareketle, inhisari olmayan lisans sözleşmelerinin (basit ruhsat) dahi yazılı şekilde yapılması gerekliliğine işaret edilmiştir[431]. Kanunda ayrıca hakkı devralan ile

---

[427] Manevi haklar köklerini medeni hukuk felsefesinden alan, eserin eser sahibinin kişiliğinin uzantısı olarak görüldüğü anlayış çerçevesinde eser sahibine tanınmış olan haklardır. İngiliz hukukunda bu haklar eser sahibi yaşadığı müddetçe devredilemez (CDPA md.94). Eser sahibinin ölümünden sonra ise bu mümkündür (CDPA md.95/1). Anılan bu haklar eğer ki vasiyet vb.ölüme bağlı tasarrufla herhangi bir kişi yetkili kılınmışsa bu kişiye geçer. Böyle bir belirleme yoksa, anılan haklar telif haklarının geçtiği kişiye geçer. Ne böyle bir ölüme bağlı tasarruf ne de telif haklarının terekenin bir parçası olarak intikali söz konusu ise, haklar eser sahibinin yasal temsilcileri tarafından kullanılacaktır: **Michalos,** Rdn.4-056 s.188.

[428] İngiliz doktrininde *Davies* eser sahibinin eser üzerindeki haklarını devretme yoluna gitmesi halinde, sözleşmede açık şekilde belirtmemişse, sonrasında kendi websitesinde fotoğraflarını kullanmasının dahi sıkıntı yaratabileceğini; hak devir bedelinin lisansa nazaran çok daha yüksek kararlaştırılması gerektiğini ifade etmiştir: **Davies,** s.84.

[429] **Gendreau,** s.300. Doktrinde *Michalos* ise lisans sözleşmelerinin yazılı şekle tabi olduğu konusunda Kanunda açık bir düzenleme bulunmadığını ifade etmiştir; buna göre lisans sözleşmeleri sözlü de akdedilebilecektir. Bununla birlikte yazar daha sonra, 1988 CDPA'nın inhisari lisans alana tanıdığı, başta fikri hak ihlallerinde kendi ad ve hesabına dava açabilme gibi özel hakları rahatlıkla kullanabilmesi açısından sözleşmenin yazılı olması gerekliliğine işaret etmiştir: **Michalos,** Rdn.2-209, s.98 (Yasa koyucunun iradesinin inhisari olmayan lisans sahiplerine ise böyle bir dava açma hakkı tanımak istemediği ve doktrinde konunun tartışmalı olduğu yönünde **Michalos,** Rdn.2-210, s.99, dpn.97). Nitekim CDPA md.92/1'de inhisari lisansa ilişkin tanıma yer verilmiş; buradaki ifadede geçen yazılı şekil kanımızca geçerlilik şekli olarak düzenlenmiştir.

[430] İngiltere fikri hukuk mevzuatı bu yönden Türk hukukuyla benzerlik göstermektedir. Hakkın devri ve lisans sözleşmelerinde şekil esası FSEK md.52 ile getirilmiştir. FSEK md.52 şekli bir sıhhat şartı olarak düzenlemiştir. Bu hükme göre, "mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır".

[431] Zımni lisanslar somut olayın koşulları çerçevesinde hukukun sonuç bağladığı, eserin kullanımıyla ilgili gayri resmi yetkilendirmelerdir. Örneğin, bir gazetenin organize ettiği yarışmaya fotoğraf gönderen fotoğrafçının, eserinin kazanan eserlerden biri

lisans alan (ruhsat sahibi) arasındaki ilişkiler de düzenlenmiş; devirden önce tanınan lisansların kural olarak yeni müktesiplere karşı da hüküm ifade edeceği belirtilmiştir (CDPA md.90/4 ve md.91/3).

İngiliz hukukunda ileride meydana getirilecek eserlere ilişkin de sözleşme yapılabileceği; bu sözleşmeler ile gerek hakkın gerekse kullanım hakkının (lisans) devrinin mümkün olduğu ifade edilmiştir (CDPA md.91).

D. Kişinin Görüntüsüne İlişkin Korunma Hakkı

İngiliz hukuku tarihsel açıdan haklardan ziyade özgürlüklere dayanan bir sistem geliştirmiştir[432]. Gerek yasal hükümlerde gerekse içtihat hukukunda kişinin özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkı/mahremiyet hakkı (person's right to privacy) ve kişinin ticarileştirilmeye elverişli kişilik değerlerinin başkaları tarafından kullanılmasını/sömürülmesini engelleme hakkının (publicity right)[433] korunması açısından somut bir yaptırım ve haksız fiil sorumluluğu düzenlenmiş değildir. Bu hak ve menfaatler daha ziyade esasen bu hakların korunması için düzenlenmiş olmayan ve başka hukuka aykırı fiiller için öngörülen genel hükümler çerçevesinde korunmaya çalışılmıştır (hakkın kötüye kullanılması, onur ve haysiyet kırıcı fiil vb)[434]. Fikri hukuk alanında da, sınırlı da olsa, bu hakların korunmasına hizmet eden bazı düzenlemelere yer verilmiştir[435].

---

olması halinde, eserin gazetede yayımlanması için gazeteye zımnen lisans vermiş olacağının kabulü: **Gendreau,** s.300.

[432] **Von Bassewitz,** K.: Hard Times for Paparazzi: Two Landmark Decisions Concerning Privacy Rights Stir Up The German and English Media, IIC 2004/6, V:35, s.648.

[433] Anılan bu hak genel bir ifadeyle, kişiyi adından, kimliğinden, görüntüsünden ve itibarından ticari açıdan yararlanıp yararlanmamak (ticarileştirmeye elverişli kişilik değerleri); yararlanacaksa bunun kapsamını ve sınırlarını belirlemek konusunda münhasıran yetkili kılar: **Biene,** D.: Celebrity Culture, Individuality and Right of Publicity as a European Legal Issue, IIC 2005/5, V:36, s.518; **Barnett,** S.R.: Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain, AJCL 1999, V:47, s.556 (Heinonline, 8.08.2011). Ayrıca bkz. **Bellican,** C.: Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme, Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, C.1, s.540, dpn.17.

[434] **Gendreau,** s.301; **von Bassewitz,** s.649.

[435] **Gendreau,** s.301.

1988 İngiliz Fikri Haklar, Tasarım ve Patent Kanunu'na kadar, kişiler siparişleri üzerine yaratılan fotografik eserlerde kendilerine fikri hak sahipliği tanıyan düzenlemeye dayanarak kişilik haklarını da koruma altına alma yoluna gidiyorlardı. Konuya ilişkin birçok yargı kararında, davanın dayandığı vakıalarda açıkça hak sahipliğiyle ilgili kuralın bu amaçla kullanıldığı görülmekteydi[436]. Ancak bu kuralın özel yaşamın gizliliğini veya ticarileştirilmeye elverişli kişilik değerlerinin başkaları tarafından sömürülmesini engellemeyi koruma altına alacak spesifik bir düzenlemenin temin edeceği hukuksal korumayı sağlaması şüphesiz düşünülemezdi.

1988 İngiliz Fikri Haklar, Tasarım ve Patent Kanunu ile bu hükmün yürürlükten kaldırılması sonrasında, İngiliz Parlamentosu "belirli fotoğraflar ve filmlerde mahremiyet/ gizlilik hakkı" (right to privacy of certain photographs and films) başlığı altında yeni bir düzenleme getirmiştir. Bu hak her ne kadar bir fotoğraf veya filmin yaratıcısını (creator of a photograph/film) korumasa da, eser sahibinin manevi hakları bünyesinde sınıflandırılmıştır. Bu hak belirli amaçlar çerçevesinde fotografik eser veya film yaratılması için sözleşme akdeden (eser siparişi/ısmarlama sözleşmesi) kişiye eser kopyalarının kamuya sunulmasını ve yayımlanmasını, temsil edilmek suretiyle gösterilmesi ve sergilenmesini engelleme yetkisi tanır (CDPA md.85/1). Hak manevi haklar çerçevesinde ele alındığından, manevi haklarla ilgili genel hükümler bu hak açısından da uygulama bulur. *Gendreau* öngörülen bu yeni düzenlemenin, daha önceki içtihatlarda korumaya dayanak sağlayan hukuksal yaptırımları tamamlayıcı bir işlev gördüğünü ifade etmiştir[437].

Günümüzde ise İngiltere'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olması ve sözleşme ilkelerini (özellikle md.8 ve md.10) iç hukukta etkin kılmak için yürürlüğe soktuğu 1998 İnsan Hakları Kanunu sadece

---

[436] Bkz. **Gendreau,** s.301, dpn.107'de anılan kararlar.

[437] *Gendreau* madde başlığında yer alan terminolojinin (a privacy right) çok yerinde olmadığını, çünkü hakkın fotoğrafın konusuyla ilgili olmadığını ileri sürmüştür: fotoğrafçı sözleşme ilişkisi çerçevesinde günbatımı fotoğrafı çekeceği gibi, sözleşme akdettiği kişinin fotoğraflarını da çekebilir. Yazar yine bu gelişigüzel terminolojinin, fotoğrafçıyla sözleşme akdeden kişi kendi fotoğraflarının iktisadi değerini (commercial value of his image) korumayı amaçlarsa, bu hakkın kişinin ticarileştirilmeye elverişli kişilik değerlerinin korunması hakkını ihtiva edecek kavramsal bir ikilik(ikili yapı) meydana getireceğini ifade etmiştir: **Gendreau,** s.302.

AİHM'in *Prenses Caroline von Hannover* kararının[438] İngiliz hukukunda etkili olacağı anlamına gelmez; ayrıca özel yaşama saygı gösterilmesi ve özel yaşamın korunmasıyla ilgili olarak İngiliz içtihat hukukunda da somut ve belirgin bir gelişmeye yol açmıştır. Lordlar Kamarasının vermiş olduğu, büyük ilgi gören *Naomi Campbell* kararı[439] da buna en somut örneklerden biridir[440]: Ünlü topmodel *Naomi Campbell,* almış olduğu uyuşturucu terapisiyle ilgili yaptıkları haberler ve özellikle bu haberlere eklenen, kendisini rehabilitasyon kliniğinden çıkarken gösteren fotoğraflarla ilgili olarak *Mirror* gazetesinin de bünyesinde bulunduğu yayın kuruluşuna dava açmıştır. İlk derece mahkemesinin model lehine olan kararı, Temyiz Mahkemesince modelin topluma mal olmuş bir kişi olması, mesleğini de etkileyecek bu durumu gizleyerek gerçek olmayan bir imaj çizmesi ve bunun yanında sokakta-kamuya açık alanda çekilen fotoğrafların mahrem/gizli bilgi taşımaması nedeniyle bozulmuştur[441]. Bu karar üzerine modelin Lordlar Kamarasına yapmış olduğu başvurunun sonucu, özel yaşamın gizliliğine basının müdahalesi konusu daha önce hiç en yüksek mahkeme önüne gelmediği için, medya hukukçuları ve basın tarafından büyük merakla beklenmiştir. Lordlar Kamarası model lehine karar vererek, Temyiz Mahkemesi kararını terapiyle ilgili detaylar ve fotoğraflarla ilgili olarak bozmuştur[442] [443].

---

[438] Kararın tam metni için bkz. *von Hannover v. Germany,* 24.06.2004-App.No:59320/00, IIC 2004/6, V:35, Decisions-s.672 vd.

[439] *Campbell v. Mirror Group Newspapers Ltd*, 6.05.2004, http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040506/campbe-1.htm (8.08.2011).

[440] **von Bassewitz,** s.648-649.

[441] **von Bassewitz,** s.650-651; **Michalos,** Rdn.7-022, s.348.

[442] Karşıoy yazılarıyla ilgili bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Campbell_v_Mirror_Group_Newspapers_Ltd (8.08.2011); **von Bassewitz,** s.651.

[443] Menfaatlerin dengelenmesi (İfade özgürlüğü-özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı) ile ilgili olarak birkaç noktaya dikkat çekilmelidir: Davacı modelin topluma mal olmuş bir kişi olmasına, yani medya ile ilişkisinin özel yaşamlarının çok daha az bölümünü ifşa eden diğer insanlardan farklı olmasına rağmen, kendisinin kamuya açık bir alanda (sokakta) fotoğrafını çekmek ve yayınlamak yine de özel yaşamına ilişkin menfaatlerini ihlal edebilir. Burada fotoğrafların kamuya açık bir alanda çekilmiş olmasından ziyade aktarılan bilginin kapsamı/sır sayılan bilgilerin açıklanması hususu (sağlığıyla ilgili detaylar) ağırlık kazanmaktadır: **von Bassewitz,** s.652;

Bununla birlikte ifade edilmek gerekir ki, İngiliz hukukunda doğrudan gizli bilginin ifşasını içermeyen hallerde özel yaşama tecavüz için getirilmiş ayrı bir haksız fiil sorumluluğu hükmü henüz yer almamaktadır. Ayrıca konumuzla ilgili olarak gerek kişilik haklarıyla ilgili genel ve kapsamlı, gerekse kişinin görüntüsü/resmi üzerindeki hakkına ilişkin özel bir koruma hükmüne (right to one's image) yer verilmediğinden[444], İngiliz hukukunda hala doldurulması gereken boşluklar vardır[445].

---

http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/22.html (8.08.2011); ayrıca bkz. **Michalos,** Rdn.7-026, s.349 vd.

[444] Paparazzi fotoğrafçılığına sınırlama getirmek ve özel yaşamın korunması için alınabilecek önlemler özellikle Prenses Diana'nın yaşamına mâl olan kaza sonrası tüm Avrupa'da yoğun şekilde tartışılmıştır. Fotoğraf çekmeyi ve yayınlamayı engelleyen yasal düzenlemeler olmayışı İngiltere'de uzun süre bireyleri tedbir almak konusunda sıkıntıya düşürmüştür. Zira belirttiğimiz üzere, İngiliz hukukunda gerek kişinin görüntüsü/resmi üzerindeki korunma hakkı gerekse kişiliğin veya özel yaşamın korunmasına ilişkin genel bir koruma hakkı açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak yukarıda değindiğimiz, verilen önemli kararlar (*Von Hannover, Naomi Campbell* kararları*)* başta ünlüler, topluma mal olmuş kişilerin bu konudaki pozisyonunu nispeten güçlendirmektedir: **von Bassewitz,** s.642.

[445] **von Bassewitz,** s.652-653.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA FOTOĞRAF

§ 4- TÜRK HUKUKUNDA ESER NİTELİĞİNDEKİ FOTOĞRAFLAR (FOTOGRAFİK ESERLER)

Genel anlamda fikri haklar, eser sahibine rızası olmaksızın eserinin kopyalanmasını, değiştirilmesini, dağıtılmasını veya çoğaltılmasını önleme, eserin izinsiz kullanımı halinde kişiye hukuksal yollara başvurma olanağı tanır. Eser olarak nitelendirilen birçok farklı fikri çalışma vardır. Bunların bir kısmı uzun süreye yayılmış zaman dilimleri çerçevesinde sonuçlandırılır. Örneğin, bir kitap genelde yıllar süren bir çalışmanın ürünüdür. Ressam bir tablo üzerinde aylarca çalışabilir. Müzisyenin bir bestesini tamamlaması günler sürebilir. Fotoğraf eserleri ise en azından eserin çekimi süresi itibarıyla saniyelik bir süreyi kapsamaktadır. Fotoğrafçılıkta fikri haklar, deklanşöre basılarak görüntünün filme yerleştirildiği an başlar ve başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden kazanılır.

Sanat eserlerinin hemen hemen hepsinde fikri hukuk koruması, mali yönüyle telif hakları koruması sıklıkla karşımıza çıkmakla birlikte fotoğrafçılıkta durum daha değişiktir. Zira müzik, edebiyat ve görsel sanatlar alanındaki pek çok fikri çalışmanın aksine fotoğraf, "konu"ya ilişkin daha objektif tanımlama içerir. Bir başka anlatımla fotoğrafçılıkta "konu" herkes tarafından görülebilir veya elde edilebilir; dolayısıyla fotoğrafta fikri hakların ve hususiyetin değerlendirilmesi diğer sanat dallarındaki çalışmalara kıyasla daha esnektir[1]. Bazı fotoğraflar belirli koşulları haiz

---

[1] http://www.fotografya.gen.tr/cnd/index.php?id=14 (8.08.2011); **Özcan,** M.: Fotoğrafların Telif Hakları Kapsamında Değerlendirilmesi, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 2006, Y:2, S:5, s.147; **Bilge/Bilge,** s.6.

olması halinde fikri hukukça korunurken, bazı fotoğraflar bu korumadan yararlanamaz. Fotoğrafçılığın kimilerince deklanşöre basmak kadar kolay bir eylem olarak algılanması fotoğraf sanatının toplumda hak ettiği değeri görmesine uzun zaman engel teşkil etmiştir.

I- ESER KAVRAMI ve FOTOĞRAF ESERLERİNİN FSEK'TEKİ YERİ

A. Eser

Bir yaratımın eser olarak kabul edilmesi, bu eserin FSEK'in sağladığı korumadan faydalanması sonucunu doğurur. Aranan koşullara uymadıkları için eser sayılmayan yaratımların hangi hukuksal yollarla korunacağı konusunda ise farklı çözümler düşünülebilir. Bu noktada fikri yaratımın niteliklerine göre ve gerekli koşulların gerçekleşmesi halinde TTK'nın haksız rekabet hükümleri ya da MK ve BK'nın kişiliğin korunmasına ilişkin hükümleri öncelikli olarak düşünülecektir[2].

Çıkış noktası düşünce olan fikri yaratımların fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamında korunmaları için eser olarak kabul edilmeleri gerekliliğinden dolayı eser tanımı önem kazanmaktadır. Gerçekten de, eser kavramının içeriğinin belirlenme şekli, fikir ve sanat eserleri kanunlarının sağlayacağı korumanın etkinliği açısından çok önem taşımaktadır. Farklı hukuk sistemlerine tâbi farklı kanunların yasa koyucuları, eser olarak koruma tanıyacakları yaratımların birtakım özelliklere sahip olmasını istemişler; bunun için de bazı ölçütler koymuşlardır.

---

[2] Ortada bir eser yoksa, fikri haktan ve bu alandaki yasaların uygulanmasından söz edilemez. Bununla birlikte, 5846 sayılı FSEK, eser niteliğinde olmadığı halde ya da olmasa bile bunlarla yakın bağlantısı olan bazı ürünler (83.maddede sözü edilen eserle ilgili ad ve alametler gibi) veya buna benzer ürünler (işaret, resim, sesleri bunları nakle yarayan aletler üzerine tesbit edilmesi, mektuplar, resim ve portreler gibi) ile ilgili özel hükümler getirmiştir. Ancak getirilen bu hükümler, anılan ürünlerin eser gibi 5846 sayılı Kanun'da yer alan korumalardan yararlanmasını öngörmemiş; aksine, bunların ya haksız rekabet ya da kişilik hakkının korunmasına ilişkin hükümlere yollama yaparak o hükümlere göre korunacağını hükme bağlamıştır: **Kılıçoğlu,** s.113-114.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1/B maddesinin a bendinde eser şu şekilde tanımlanmaktadır:

" Eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri"dir.

Bu tanıma dikkat edilecek olursa, iki önemli hususun öne çıkmakta olduğu görülebilir: Bir yaratımın/fikri çabanın eser sayılabilmesi ve FSEK'in sağladığı korumadan yararlanabilmesi için Kanunda sayılan ve sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu eser türlerinin içerisinde yer alması ilk koşul olarak belirir. Buna ek olarak, bu yaratımın/fikri çabanın, sahibinin yani onu yaratan kişinin hususiyetini de taşıyor olması gerekir.

Sayılan bu koşulların yanısıra bir çalışmanın eser sayılabilmesi için, fikir düzeyinde kalmayıp dış dünyaya yansıtılmış olması da gerekmektedir[3].

1. Sahibinin Hususiyetini Taşıma (Subjektif Unsur)

Hususiyet, fikir ve sanat eserleri hukukunun anahtar kelimesidir. Yasa koyucu, sahibinin hususiyetini taşıyan ve FSEK md.2-5 arasında sayılan kategoriler arasında yer alan fikir ve sanat ürünlerini "eser" olarak tanımlamaktadır. Hususiyetin ne olduğu[4], nasıl belirleneceği, eser için öngörülen korumayı nasıl belirlediği ve etkilediği konusu çeşitli bilimsel görüşler ve içtihatlar çerçevesinde somutlaşmaktadır[5].

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu eser sahipliğinden doğan hakların korunmasını öngörmekle birlikte, korunan özünde o eserdeki hususiyettir. Hususiyetin belirlenmesi fikir ve sanat eserlerine ilişkin uyuşmazlıklarda önemli bir yere sahiptir. Hususiyet, kısaca eser sahibinin kendi fi-

---

[3] **Arslanlı,** s.2-3; **Suluk/Orhan,** s.141-142.

[4] Doktrinde *Kılıçoğlu* eser sayılabilmenin unsurlarını objektif ve subjektif unsurlar olarak ele almıştır. Hususiyet unsurunun "subjektif unsur" olarak ifade edilmesi, eser sahibinin fikri çabasına ve yaratma yeteneğine ilişkin olmasındandır: **Kılıçoğlu,** s.114. *Erel* ise "hususiyet"i eser olmanın esasına ilişkin, "kanunda belirtilen eser kategorilerinden birine dahil olma"yı ise şekle ilişkin şart olarak değerlendirmiştir: **Erel,** s.52 vd.

[5] Hususiyet bugün birçok hukuk sisteminde içi farklı doldurulan bir kavram olsa da var olmaya devam etmektedir.

kir, düşünce, duygu ve his dünyasından ve fikri temele dayanan yeteneklerinden eserine kattığı özellikler olarak tanımlanabilir[6].

a) Hususiyet Kavramı

Bir fikri ürünün "eser" olarak korunmasının temel unsuru olmakla birlikte, hususiyet kavramı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'muzda tanımlanmış değildir. Bu durum somut olayın özelliklerine göre bir anlam esnekliğini de beraberinde getirdiğinden amaca uygundur.

aa) Doktrindeki Görüşler

Hususiyetin anlamına ilişkin doktrinde çeşitli görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir. Eser sahibinin hususiyetini taşıma durumunu açıklamak için doktrinde "herkes tarafından meydana getirilememe"[7], "başka eserlere nispeten bağımsız olma"[8], "daha önceki eserlerden faydalanılsa bile, var olandan başka bir eser meydana getirme"[9], "bilineni tekrar etmeme"[10], "eserin sahibinin kendi yaratıcı ruhunun mahsulü olması"[11]. gibi tanımlardan yararlanılmıştır.

---

6 **Bozgeyik,** s.170. Diğer birçok hukuk sisteminde karşılığı Türkçeye de geçmiş olan "orijinallik" kelimesiyle ifade edilen kavram FSEK'de "hususiyet" teriminde karşılığını bulmuştur.

7 *Hirsch* alelade nitelik taşıyan ve bu sebeple de herkes tarafından vücuda getirilebilen çalışmaları korumakta toplumun menfaatinin bulunmadığı bakış açısından hareketle, hususiyetin ancak herkes tarafından vücuda getirilemeyen çalışmalarda bulunabileceğini ileri sürmektedir: **Hirsch,** s.131; karş. **Öztrak,** s.16. Ancak bu görüş doğrultusunda hususiyetin sadece şaheser olarak nitelendirilebilecek eserlerde bulunabileceğinin kastedilmediği de açıktır. Bkz. **Suluk/Orhan,** s.144; **Tekinalp,** § 10 Nr.6, s.98.

8 *Arslanlı* hususiyeti bir eserin sahibine atfedilebilmesini ve onun eser sahibi olarak kabul edilebilmesini haklı kılan, kendinden öncekilerden *nisbi* bağımsız bir faaliyet olarak tanımlamıştır: **Arslanlı,** s.6 vd.

9 *Erel,* eserin ortaya çıkış sürecinde diğer eserlerden yararlanılsa bile bu faaliyet sırasında az çok bağımsız bir fikri emek sarf edilmesi gereğine işaret etmektedir. Esere yaratıcı gücün yansıması gereğinin eserde daha önce duyulmamış/görülmemiş mutlak bir orijinalite bulunması anlamına gelmeyeceği, bunun "var olandan başkasını meydana getirme" şeklinde anlaşılması gerektiğini kabul etmektedir: **Erel,** s.53.

10 *Kılıçoğlu* ise sahibinin hususiyetini taşıma unsurundan anlaşılması gerekenin bilinenin tekrar edilmemesi olduğunu ifade etmiştir. Bilineni tekrar eden, herkesçe yaratılması mümkün ve bir fikri çabanın sonucu olmayan yaratımlar eser değildir: **Kılıçoğlu,** s.115.

11 **Öztan,** s.92.

Tekinalp, hususiyetin kendisini anlatımda yani üslupta ortaya koyacağını ileri sürmektedir. Yazara göre, hususiyeti açıklarken sınai mülkiyet hukukunda yer alan ve özellikle patentlerin korunmasındaki temel şartlardan biri olan yenilik kavramından ziyade, anlatımdaki farklılıktan yararlanmak gereklidir[12]. Bu anlamıyla hususiyet sıradan olmamayı da gerekli kılar.

Ateş, hususiyetin yenilik olmadığını, üslupla yakın ilişkisi olduğunu, ölçütünün sıradan olmamak olduğunu ifade ettikten sonra, kanımızca da isabetli olarak, her eser türünün farklı bir hususiyet kavramıyla karşılanması gerektiğini ifade etmektedir[13].

Bozgeyik, esere yapılan fikri katkı değişik eserlerde farklı şekillerde ortaya çıktığından bütün eser türlerini kapsayacak şekilde hususiyetin tanımlanmasının zorluğuna değinmiştir. Yazara göre bir çalışmada hususiyetin bulunup bulunmadığı şu üç temel ölçüte göre belirlenebilir[14]:

i) Bağımsız fikri faaliyet: Fikri faaliyetin bağımsızlığı, sahibinin kişisel özelliklerini eserine daha sağlıklı ve yüksek oranda yansıtabilmesine olanak verir. Bu özellik azaldıkça, eserdeki hususiyet de azalır ve eser nihayetinde diğer eserlerin veya rutin olanın bir tekrarı konumuna geriler. İlk durumda bir ihlalden, ikinci durumda ise korunmayan bir çalışmadan söz edilir.

ii) Serbest biçimlendirme alanı: Hususiyet, eser sahibinin fikri faaliyetlerinin serbest biçimlendirme alanında şekillenmesi sonucunda ortaya çıkar. Hususiyet, bir eserin tamamı veya çeşitli öğelerinde görülebilir; bununla birlikte, bir eserde serbest biçimlendirmeyi kısıtlayan zorunlu

---

[12] *Tekinalp*'in bu görüşü doktrinde eleştirilmiştir. *Nal/Suluk*'a göre, içerik/anlatım/üslup taşıyan her fikri ürün korunacak demek değildir. Hususiyetin bundan fazlası olduğu düşünülmelidir. Zira hususiyetin belirlenmesinde anlatım/üslup ve nispeten bağımsızlığın yanında, şu üç unsurun büyük önemi bulunmaktadır: *i)* fikri ürünü yaratanın serbest biçimlendirme alanının (Gestaltungsspielraum) bulunup bulunmadığı, *ii)* fikri üründe genelin üstünde bir özelliğin bulunup bulunmadığı, *iii)* fikri üründe amaca uygun olanın üstünde bir özelliğin bulunup bulunmadığı (Bkz. **Karahan/Suluk/Saraç/Nal,** s.40 vd).

[13] **Ateş,** s.74 vd; aynı yönde **Öztan,** s.97.

[14] **Bozgeyik,** s.175 vd.

unsurlar koruma kapsamı dışındadır. Herkesin aynı şekilde yaptığı çalışmalar (örneğin, teknik zorunluluklar) hususiyet kapsamında değerlendirilemez; hususiyet bunların dışında aranır. Tabiatıyla farklı eserlerde biçimlendirme alanı farklı genişliktedir.

*iii)*Rutinden farklı olma: Alışılagelmişi tekrar eden bir çalışma fikir ve sanat eserleri hukukunda eser olarak korunamaz. Özellikle, alışılagelmiş, topluma mal olmuş veya anonim nitelik taşıyan çalışmalar veya bunların aynı nitelikteki münferit unsurları, bunların bütünlüğünde ve biraraya getirilmesinde şekle ilişkin ayrı bir hususiyet bulunmadığı sürece, bir eser oluşturmazlar ve hususiyet bağlamında korunmazlar. Her eser için eser sahibini sınırlayan birtakım özellikler var ise de, klasik veya rutin bu unsurlar eser sahibi tarafından kendi hususiyeti ile yorumlanabildiği ölçüde fikri hukuk tarafından da korunmayı hak eder[15].

Bunlardan başka doktrinde, hususiyeti eserin özgün veya orijinal olması[16] şeklinde değerlendiren görüşlerin savunulduğu da görülmektedir[17].

---

[15] Yazara göre, mevcut bir eserden farklılaştırmaya dönük çabalar, çoğunlukla o çalışmanın eser niteliği kazanmasına yeterli olmaz ve genellikle telif hakkı ihlalleri (ör: iktibas kurallarının ihlali) olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle, bir çalışmanın mevcut eserlerden farkının eftenpüften (trivial) olmaması, bir fikri faaliyetin ürünü olması gerekir (**Bozgeyik,** s.177). Bir kararda (*L.Batlin&Son v. Snyder,* 536 F.2d 486 (2d Cir.1976), telif hakkı kapsamında koruma için çok az düzeyde (miniscule) farklılaştırmaların yeterli görülmesi, kamuya mal olmuş eserleri (public domain works) kendilerine mal etmeleri ve kendi inhisarlarına almaları için haylaz (mischievous) kopyacıların ellerine taciz edici bir silah verilmesine benzetilmektedir (Bkz. **Bozgeyik,** s.177, dpn.34).

[16] Yasa koyucu Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer vermemekle birlikte, doktrin ve çeşitli yargı kararlarında yer aldığı şekli ile özgünlük veya orijinallik hususiyet ile eşanlamlı kelimelerdir. Bazı yazarlar seviyenin oldukça yükseleceği endişesiyle hususiyeti "özgünlük" ile tanımlamaktan kaçınmaktadır. *Bozgeyik*'e göre (s.174, dpn.24) oluşan tereddüt "orijinal" veya "özgün" kavramlarına yüklenen anlam ile ilgilidir. "Özgünlüğün" bazı yazarlarca ve pek çok yargı kararında kullanıldığı şekli ile hususiyeti ifade ettiği görülmektedir. Hususiyeti ifade etmek üzere "orijinallik", "kişiye özgü olma", "özgünlük" vb. kavramların kullanılması mümkündür. Zira kavramın doğasındaki kapsama ters düşülmediği müddetçe kullanılan terim önemli değildir.

[17] **Yarsuvat,** s.41-43; **Belgesay,** M.R.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 2001, s.13.

Görüldüğü üzere, eser sahibinin hususiyeti kavramından anlaşılması gereken konusunda Türk doktrininde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kanımızca FSEK'de yer alan "sahibinin hususiyetini taşıyan" kavramını değerlendirirken, sahibinin kişisel mührünü/izini yüksek derecede taşıyan eser anlaşılmamalı; sürekli artan teknolojik gelişmelerin eser tiplerinde yaptığı değişiklikler de dikkate alınmalıdır. Başka bir deyişle, eser sahibinin kişisel mührünü/izini eserde çok katı bir şekilde aramak yerine eser sahibiyle ilişkisi kurulabilen, çok yüksek seviyede olmasa da belirli bir düzeyde yaratıcılık taşıyan eserlere eser sahibinin hususiyetini tanımak yolunda öncelik verilmeli ve her eser tipinin niteliği de göz önüne alınarak karara varılmalıdır.

bb) Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay hususiyet kavramını incelerken belirli kriterler ortaya koymamıştır. Bu kavramın ya hiçbir açıklama getirilmeksizin tekrarlanmakta olduğu ya da "özellik"[18], "orijinallik"[19], "hiçbir kaynaktan kopya edilmemiş olma"[20], "yenilik"[21], "özgünlük"[22], "eserin yaratıcı özellik taşıması"[23] gibi ifadelerle tanımlanmaya çalışıldığı görülmektedir.

b) Hususiyetin Kaynağı

Eserler için özel bir koruma getiren fikir ve sanat eserleri hukuku, yalın fikir ve düşünceler için böyle bir koruma öngörmemektedir. Tek başına "düşünce" veya belli bir eser formatı içinde şekillenmemiş "fikir-

---

[18] 4.HD, 1.07.1977, E.1976/5913, K.1977/7617 (YKD 1978, C.IV, S.12, s.1959 vd); 11.HD, 21.12.2004, E.2004/2772, K.2004/12672 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

[19] 11.HD, 11.05.2000, E.2000/3250, K.2000/4072 (**Suluk/Orhan,** s.126).

[20] 11.HD, 11.05.2000, E.2000/3250, K.2000/4072 (**Suluk/Orhan,** s.126).

[21] Hususiyeti tanımlamak amacıyla başvurulan yenilik kavramının doktrinde ve yargı kararlarının hiçbirinde, fikri mülkiyet hukukunun diğer alanlarındaki "yenilik" ile aynı anlamda kullanılmadığı görülmektedir.

[22] 11.HD, 6.07.1998, E.1998/3202, K.1998/5147 (www.kazanci.com, 8.08.2011); 11.HD, 24.01.2002, E.2001/8414, K.2002/450 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

[23] " ...Bir fikir ürününün eser olarak kabul edilebilmesi için baskın görüşe göre, FSEK md.1/1'de sayılan eserler içinde yer alması (objektif koşul) ve sahibinin hususiyetini taşıması başka bir anlatımla "özgün olma", "yaratıcı özellik taşıması" (subjektif koşul)'un bulunması gerekmektedir...": HGK, 2.04.2003, E.2003/4-260, K.2003/271 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

ler" için bir koruma öngörülmediğinden, bir eserden ve dolayısıyla eserin bir özelliği olan hususiyetten de söz edilemez. Belli bir eser formatında ortaya çıkan fikir ve düşünceler o eserdeki hususiyeti oluşturduğunda korunur[24].

Şekillenme, eser sahibinin esere yansıyan hususiyetinin insan duyuları ile algılanabilir hale gelmesi, yani somutlaşmasıdır[25]. Korumanın devreye girebilmesi için eserin korunmaya layık unsurlarının belirginleşmiş olması yeterlidir[26]. Örneğin, bir fotoğrafçının özel bir doğa olayını sanatsal açıdan görüntülemeye ilişkin görüş ve düşünceleri ya da fotoğrafa ilişkin kafasındaki kompozisyon ve kurgu, ne kadar ona has, özgün ve orijinal olursa olsun, şekillenmediği sürece ortada bir "eser" söz konusu olmayacaktır.

Korunmayan fikirler ile korunması öngörülen eserler arasındaki çizgiyi belirleyen en önemli ölçüt eserin şekillenmesidir. Şekillenme eserin herhangi bir ifade ortamında somutlaşması, yani tespit edilmesiyle ortaya çıkar. Şekillenme ve tespit, eserdeki hususiyetin belirlenmesine ve hakkın ispat edilmesine imkan sağladığından korumanın doğal gereğidir[27]. Fikirler herhangi bir ifade ortamında şekillendiği ölçüde eserdeki hususiyet de belirginleşir. Hususiyetin bulunup bulunmadığı veya ihlale maruz kalıp kalmadığı ancak eserin somutlaştığı ifade(expression) ortamında(media) yapılacak bir araştırma ile saptanabilir[28].

Fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında bir eserin meydana getirilmesi sürecinde, fikri faaliyete ek olarak; emek, bedensel güç, fiziksel

---

[24] **Bozgeyik,** s.177; bkz. **Greenberg,/Reznicki,** s.23.

[25] Bununla birlikte somutlaşma, yani tespit olgusu Bern Anlaşması'nda da, FSEK'de de eser niteliği bakımından bir unsur olarak belirtilmemiştir. Bern Anlaşması ile ilgili olarak, bu durum doktrinde Anlaşmanın "tespit"i eserin bir unsuru olarak kabul edip etmeme bakımından üye ülkeleri serbest bıraktığı şeklinde yorumlanmaktadır (Bkz. **Ateş,** s.39). Bunun bir sonucu olarak ABD, İngiltere ve diğer *common law* ülkelerinde açıkça ifade edilmiş olan tespit (fixation) şartı Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yer almamaktadır: **Bozgeyik,** s.178.

[26] Tespit eserin tamamlanması, alenileşmesi veya bazı eser türleri açısından yayınlanması anlamına gelmemektedir: **Kılıçoğlu,** s.123.

[27] **Bozgeyik,** s.178.

[28] **Bozgeyik,** s.178-179.

faaliyet, masraf, zaman, malzeme ve yardımcı gibi unsurlara ihtiyaç duyulabilir. Bu faktörlerin basitliği, azlığı, sadeligi gibi, çokluğu, masraflı ve zahmetli oluşu da tek başına eser niteliğini tesis eden unsurlar değildir[29]. Aynı şekilde, eser niteliği ve bir eserin ederi, yani çeşitli ölçülerle ona biçilen değer birbirinden ayrı şeylerdir. Sanatçı kimliği ile bilinen bir kimsenin zahmetsiz, masrafsız ve belki de ciddi bir emek sarfetmeye ihtiyaç duymaksızın çektiği fotoğraflar veya yaptığı resimler hususiyete sahip güzel sanat eserleri olabilirken, bir başkasının aynı sonuca oldukça zor ve pahalı yollardan dahi ulaşamadığı görülebilmektedir. Yine bir görüntüyü yakalamak için saatlerce beklemek suretiyle zaman ve emek harcanmış olması; özellikle ünlülerin görüntülerinden ticari açıdan yararlanmak amacıyla rızaen verdikleri pozlar (ticarileştirmeye elverişli kişilik değerleri) veya rızaları olmaksızın çekilen fotoğrafları, bu fotoğrafların ortaya konulması için ciddi masraf yapılmış ve emek harcanmış olsa dahi, söz konusu çalışmaya "doğrudan" hususiyet katmaz ve eser niteliği vermez.

c) Hususiyetin Seviyesi

Hususiyet alanı insanın fikri faaliyeti ile eserler üretebilme yeteneği ve eser türü ölçüsünde değişkendir. Rutin olanı, yani alışılagelmişi tekrar eden bir çalışmanın eser olarak korunamayacağı kabul edilmektedir. Herkes tarafından yapılagelen[30] şeylerdeki sıradanlık, kişilerin bunlara

---

[29] Karş. 11.HD, 1.11.2004, E.2004/1463, K.2004/10641 (www.kazanci.com, 8.08.2011); ayrıca bkz. **Ateş,** s.87.

[30] Doktrinde *Ateş,* bir fikri ürünün eser sayılabilmesi için, ortalama bir zeka, bilgi, kabiliyet ve fiziki güce sahip her insanın ortaya koyabileceği fikri mahsulden daha ileri düzeyde olmasının şart olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre ortalama düzeydeki herkesin meydana getirebileceği nitelikteki fikri ürünlerde hususiyet yoktur, bundan dolayı da fikri hukuk kapsamında korunmazlar. Esasen bunların korunmasında toplum açısından bir yarar olmadığı gibi, çoğu zaman bunları korumak da imkan dışıdır: **Ateş,** s. 77-78 (benzer şekilde **Hirsch,** s.131; **Hirsch** (Fikri Say), s.12). *Bozgeyik* bu görüşü eleştirmiştir; zira yazarın kanımızca da isabetli olan görüşüne göre, birçok insan bu bakımdan orta seviyededir. Eser verebilmek için bir kimsenin mutlaka edebiyat, resim, müzik veya sinema gibi bir alanda kendisini diğerlerinden öne çıkaracak bir yeteneğe sahip olması beklenemez. Yazar, doktrindeki diğer görüşlerin de bu gerçeği göz ardı ettiklerinin düşünülemeyeceğinden hareketle, "herkes tarafından meydana getirilebilir olma"nın ölçüt olarak kabul edilmemesini; esas

kendilerinden birşey katmaksızın tekrar etmelerinden ötürü fikri hukuk korumasına layık değildir.

Bir kişinin kendisinden öncekiler tarafından aynen kullanılan özellikleri takip ederek ortaya koyduğu bir çalışmanın, bu kimsenin hususiyetini (kişisel mühür) taşıdığı söylenemez[31]. Bu çalışmanın ortaya konması ne kadar zahmetli, zor ve masraflı; çalışmanın kendisi malzeme ve materyal bakımından ne kadar kıymetli de olsa, sonuç aynıdır. Bununla birlikte geleneksel olanı, var olanı yeniden yorumlayarak buna kendisine has özellikler (hususiyet) katabilen bir kimse fikir ve sanat eserleri hukuku çerçevesinde korunan bir eser meydana getirmiş olur[32].

Doktrinde eserin taşıdığı özellik sebebiyle sahibinin derhal farkedilmesi[33] veya eser sahibinin kişisel mührü olarak ifade edilen hususiyet yoğunluğunu çeşitli eserlerde kolaylıkla algılamak ve görmek mümkündür. Bununla birlikte esere yansıyan hususiyetin her zaman için bu denli net ve belirgin olması beklenemez[34]. Hususiyet açısından bir alt sınır çizgisi veya asgari seviye belirlemek; bu sınırın üzerindeki çalışmaların hususiyete sahip, altındakilerin ise bundan yoksun olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira her eser türü için geçerli ve belirlenebilir bir sınır bulunmamaktadır.

---

alınması gerekenin "bir eserin başka kimseler tarafından meydana getirilmiş olup olmadığı" ölçütü olduğuna dikkat çekmektedir. Örneğin, *Yunus Emre* şiirleri herkes tarafından yalınlığı, basitliği, sadeliği ve kolay anlaşılabilirliği ile bilinmektedir. Görünüşte bu şiirlerin herkes veya pek çok kimse tarafından söylenip yazılabileceği düşünülebilir. Oysa "yazılmış mı?" sorusunun yanıtı önemlidir. Aynı durum birçok güzel sanat ve müzük eseri için de söz konusudur. Yazar bu çerçevede eski bir kavram olan *sehl-i mümteni*'nin (herkesin yapması mümkün olduğu halde, kimsenin yapmadığı kolay) bu durumu çok güzel ifade ettiğini belirtmiştir: **Bozgeyik,** s.181, dpn.50).

31 **Öztan,** s.100; **Bozgeyik,** s.181.

32 **Bozgeyik,** s.182.

33 Doktrinde *Erel* bazı fikir ve sanat eserlerinde eserin taşıdığı özellik sebebiyle sahibinin derhal farkedilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiş; bununla birlikte hukuksal himayenin yalnız bu eserlerle sınırlı tutulamayacağını, aksi halde kanunun uygulama alanının çok daraltılmış olacağını kanımızca da isabetli olarak vurgulamıştır: **Erel,** s.53; yine bkz. **Ayiter,** s.43.

34 Aynı yönde **Öztan,** s.96.

Hususiyetin belirlenmesinin güçlük arz ettiği eser türlerinden birinin fotoğraf eserleri olduğu söylenebilir[35]. Bir fotografik çalışmanın eser niteliğinde olup olmadığı somut olayın koşulları çerçevesinde, fotoğrafçının bağımsız yaratıcı gücünü serbest biçimlendirme alanında kullanabilmesi ve rutinden farklı bir fikri çalışma ortaya koyabilmesine ilişkin değerlendirmeyle belirlenebilir. Bunun yanısıra, uygulamada karşılaşılan, iki veya üç boyutlu bir güzel sanat eserinin[36] birebir -aslı gibi- fotoğraflanmasında fikri hukuk korumasının söz konusu olup olamayacağı yabancı hukuk doktrinlerinde yoğun şekilde tartışılmıştır. Burada söz konusu durum, eser malikinin mülkiyetinde bulunan güzel sanat eserini fotoğraflamak açısından engellenmesi ya da üçüncü kişilerin aynı davranışta bulunmasını engelleyebilmesi değil; fotoğrafçının güzel sanat eseriyle ilgili çektiği fotoğraflara ilişkin fikri hukuk bünyesinde bir korumayı haiz olup olamayacağıdır[37]. Alman hukukçularından *Schack*'ın görüşüne göre, bu halde fotoğrafçıdan ancak mümkün olduğunca iyi bir el becerisi göstermesi beklenebilir, sanatsal ifade gücünü (eigene künstlerische Aussage) ortaya koyması değil[38].

Asgari seviyede hususiyetin diğer bir deyişle yaratma seviyesinin (yaratma çizgisi, yaratıcılık derecesi/Gestaltungshöhe,Leistungshöhe) yeterli oluşundan hareket edilse bile, bu tür fotoğrafların kural olarak fotoğraf eseri olarak korunamayacağı ileri sürülmüştür[39].

---

35 **Kummer,** s.207.

36 Fikri hukukta güzel sanat eseri denildiğinde "estetik bir muhtevayı bir yüzey veya cisim olarak ortaya koyan ve insanın görme duyusuna hitap eden fikri ürünler anlaşılır. Diğer bir deyişle, insanın güzellik duygusuna hitap eden fikri ürünlere güzel sanat eserleri denilmektedir: **Eliri,** İ.: Güzel Sanat Eserlerinde Fikri Mülkiyet Hakları ve Uygulamaları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2010/23, s.66.

37 **Schack,** Rdn.863, s.433.

38 **Schack,** Rdn.863, s.433.

39 Bkz. **Lehment,** H.: Das Fotografieren von Kunstgegenständen, Göttingen 2008, s.37, 41; **Deazley,** s.179 vd; konuya ilişkin diğer görüş ve kararlara dair bkz. **Schack,** dpn.24, s.434. İngiltere'de sanat galeri ve müze topluluklarının tepki gösterdiği *Bridgemann* davasında, yargıç Kaplan tabloların fotoğraflarının telif hakkı kapsamında korunamayacağını, zira bu fotoğrafların "eser sahibinin-yaratıcılığın orijinal ve özgün fikri ürünleri olmadığını ifade etmiştir. Yargıcın görüşüne göre

Kanımızca da başta tablolar olmak üzere iki boyutlu güzel sanat eserlerinin fotoğraflarında fotoğrafçının kendi hususiyetini (özelliğini) yansıtabileceği bir yaratıcılık katması olanaklı değil ise de[40], üç boyutlu güzel sanat eserleri açısından bu durum mutlak olarak kabul edilmemeli, somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır. Zira üç boyutlu eşyalar ve diğer güzel sanat eserlerinin fotoğraflanmasında, ışığın kullanımı ve görüş/bakış açısı fotoğrafçıya konuya ilişkin tek tip değil, farklı görüntüler yakalama imkanı verebilir; yani fotoğrafçının yeterli yaratıcı biçimlendirme alanı (erforderliche minimale Gestaltungsspielraum) mevcut olabilir[41].

d) Hususiyette İradenin Rolü

Fikir ve sanat eserleri hukuku çerçevesinde korunan fikri ürün bir insan tarafından yaratılmış olmalıdır (menschliches Schaffen)[42]. Herhangi bir makine veya cihazın kendiliğinden bir eser yaratması mümkün

---

anılan fotoğraflar tabloları mükemmel biçimde çoğaltmayı amaçlayan tıpatıp kopyalarından (slavish copies) ibarettir: *Bridgemann Art Library Ltd. v Corel Corp.*, 36 F.Supp.2d 191-195 (**Wotherspoon,** s.37).

40 Aynı yönde **Schricker,** § 2 Rdn.179, s.126; *Beuys Fotografien,* OLG Düsseldorf , GRUR 1997, s.49-51.

41 Alman hukukunda fotoğraf eseri olarak UrhG §2 kapsamında (Lichtbildwerkschutz) bir korumadan söz edilemeyecek olsa dahi; UrhG § 72'de düzenlenen alelade fotoğraflara (Lichtbildschutz) ilişkin koruma hükmünün üç boyutlu eşyaların fotoğraflanmasında- korumanın koşulları mevcut ise- uygulanması gerektiği, zira fotoğrafçının bu halde serbest ve yaratıcı bir hareket/biçimlendirme alanı olabileceği dile getirilmiştir. Buna karşın iki boyutlu resimler ve çizimlerin fotoğraflarında böyle bir biçimlendirme alanının varlığı çoğunlukla reddedilmiştir (**Nordemann** (Lichtbildschutz), s.15-17). Ancak *Schack* bunun dar bir yorum olduğunu, fotokopi ve diğer otomatik çoğaltma usullerinden farklı olarak, bu son halde de fotoğrafçının fiili bir emeği olduğunu savunmuş; nasıl ki sıradan tatil fotoğrafları § 72 kapsamında korumadan yararlanabiliyorsa, bu fotoğrafların da aynı hüküm ile korunabileceğini savunmuştur. Yani bir müze fotoğrafçısı, tabloları ve diğer güzel sanat eserlerini fotoğrafladığında, bu fiili emeği sonucunda ortaya çıkan görüntüler bağlantılı hak (§ 72) kapsamında korunacak (**Gerstenberg** (FS), s.126; **Lehment,** s.27 vd; İngiliz hukukunda konuya ilişkin **Garnett,** s.236); kullanım haklarını iş sahibine sözleşme ile devretmesi mümkün olabilecektir: **Schack,** Rdn.864, s.434.

42 **Schricker,** § 2 Rdn.178, s.125.

değildir[43] [44]. Buna karşılık, bir makineden de yararlanarak (die technischen Hilfsmittel) bir eser yaratılması halinde bunun korunması doğaldır; zira bu gibi hallerde, sonuç makineye verilen uygun talimatlarla elde edilmektedir, bu talimat ise açıkça planlanmış ve tespit edilmiştir, dolayısıyla insan yaratıcılığının sonucudur[45]. Yani bir makine kendi başına hareket etmemiş, sadece tabiat kanunları (Naturgesetz) ve tesadüfler (Zufall) çerçevesinde işlememişse; aksine bir insan iradesinin ve onun yaratıcı gücünün verdiği kararlara göre hareket hali söz konusuysa, ortada insanın yarattığı bir eserin bulunduğunu kabul etmek gerekir[46].

Eser niteliğinin ortaya çıkması bir maddi fiil (realakt) olgusudur. Hususiyetin esere kişinin iradesiyle yansıması ve kişinin eser vermeye ilişkin iradesinin farkında olması doğal olmakla birlikte zorunlu değildir. Fikri ürünün bir kişinin elinde, yani onun tasarruf alanı içerisinde oluşması halinde karine olarak bunun bir eser olduğu kabul edilir. Eserin ortaya çıkmasının bir insanın fikri faaliyet bakımından doğrudan veya dolaylı, tamamen veya kısmen tasarruf alanında olduğu hallerde bundaki hususiyetin bu kişiye ait olduğunu kabul etmek gerekir; aksinin ispatı için delil elde etmek oldukça güçtür[47].

---

[43] **Ulmer,** s.127; **von Gamın** (Kommentar), § 2 Rdn.12, s.178; **Fromm,** F.K./**Nordemann,** W.: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 9.Aufl., Stuttgart 1998, § 2 Rdn.11, s.63; **Öztan,** s.83; aksi yönde bkz. **Fromm,** F.K.: Der Apparat als geistiger Schöpfer, GRUR 1964, s.304.

[44] Otomatik fotoğraf makinesinde çekilen bir fotoğrafın –koşulları oluşmuşsa- eser olarak korunması ve eser sahipliği haklarının kime ait olacağı hususu düşünülebilir. Örneğin, fotoğrafçı aynı zamanda kompozisyonda tasvir edilen kişi olarak görüntülenmek amacıyla zaman ayarlı, otomatik çekim düzenlemeleri yapabilir. Burada tasvir edilen kişiden başkası çekimin gerçekleşmesine etkili olmadığı sürece, eser sahibi olarak da yalnızca o düşünülebilir. Benzer şekilde **Öztan,** s.84.

[45] **Ulmer,** s.127-128; **Fromm/Nordemann,** § 2 Rdn.10, s.62-63; **Öztan,** s.83; ayrıca bkz. **Fabiani,** M.: Sind Apparate geistige Schöpfer?, GRUR Int 1965, s.422-424.

[46] **Fromm/Nordemann,** § 2 Rdn.10, s.62; **Fromm** (GRUR), s.304; **Öztan,** s.83. Fotoğraf makinesinin, eser sahibinin bilimsel veya sanatsal düşünce ve fikirlerini somutlaştırma ve gerçekleştirmede zaman ve el zanaatını kullanma yönünden tasarruf sağlayan bir araç olarak hizmet ettiği yönünde *Schlatter* (**Schricker,** § 2 Rdn.13, s.57'den naklen).

[47] **Bozgeyik,** s.186.

Fotoğrafın ortaya çıkmasında tesadüfün rol oynadığı, yani fotoğraftaki biçimlendirmenin tesadüfi unsurlarla belirlendiği hallerde fikri hukuk korumasının söz konusu olup olmayacağı tartışmalıdır. Alman doktrininde konuya ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür: *Hoeren/Nielen*[48] tesadüfün bir fotoğrafın ortaya çıkışında rol oynamasına ilişkin iki farklı durumun gündeme gelebileceğini ileri sürmüştür. İlk durumda, fotoğrafçının tam bir köprüyü fotoğrafladığı sırada bir taşıtın güvenlik barikatlarını aşıp köprüden aşağı düşmesi hali ele alınabilir. Bu halde tesadüfün yaratıcı biçimlendirmede rol oynadığı ve hedeflenen görüntüyü tamamladığından hareketle, fotoğrafçının emeğinin korunmasıyla bağlantılı olarak, bağlantılı hak korumasının (UrhG § 72) kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur[49]. Fotoğrafçının belki taşıtın köprüden düşme anını kompozisyonunda görüntülemek istemeyebileceği düşünülebilir. Bununla birlikte fotoğrafçı önceden kompozisyonu kurgulamış, çekime ilişkin hazırlık faaliyetlerinde bulunmuş ve asgari düzeyde bireysel fikri bir çaba ortaya koymuş ise, bu halde fotoğrafçıya anılan korumayı sağlamamak yerinde olmayacaktır. Ancak fotoğraf varlığını tümüyle bir tesadüfe borçlu ise bu durum farklı değerlendirilmelidir. Bu ikinci durumda, örneğin bir fotoğrafçıya omuz atıldığını, ittirildiğini ve o sırada istem dışı deklanşöre bastığı hal ele alınabilir. Burada *Heitland*'a göre[50] bir korumadan söz edilememelidir, çünkü fotoğrafçının fotoğraf çekmeye ilişkin iradesi mevcut olmayıp, herhangi bir hazırlık faaliyeti olmamıştır; bu yönde fikri veya fiili bir çabası da söz konusu değildir. *Gerstenberg*[51] ise yine de her şekilde alelade fotoğraflarla ilgili bağlantılı hak korumasının (Leistungsschutzrecht) söz konusu olacağını, zira bir fotoğrafın ortaya konmasında tesadüfün etkisinin pratik açıdan çoğunlukla belirlenebilir

---

48 **Hoeren/Nielen,** Rdn.135, s.99.

49 **Heitland,** s.79; **Hoeren/Nielen,** Rdn.135, s.99.

50 **Heitland,** s.79. *Loewenheim* ise tamamen tesadüfün etkisiyle meydana gelmiş bu tür fotoğraflarda biçimlendirme/şekillendirmenin ve fikri hukuk bünyesinde korumanın pratikte hemen hiç söz konusu olamayacağından hareketle bu konunun göz ardı edilebileceğini ileri sürmüştür: **Loewenheim,** § 9 Rdn.150, s.138.

51 **Gerstenberg** (FS), s.120 vd.

olmadığını savunmuştur. Bununla birlikte yazarın bu fotoğraflar açısından telif hakları kapsamında korumayı kabul etmediği görülmektedir[52].

Kanımızca somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirme yapmak ve eserin ortaya çıkışında tesadüfün ne ölçüde etkili olduğu sorusunun yanıtını araştırmak gereklidir. Tesadüflerin birçok eserin yaratılmasında rol oynamış olduğundan hareketle, eseri yaratan, bir tesadüfün eserine etkili olmasını uygun görmüşse, sırf bu duruma bakıp yaratıcı insan ruhunun faaliyetiyle ortaya çıkan bir hususun eser sayılmaması sonucuna varmak için haklı bir sebep yoktur. Seçme ve müdahale etme, etki yapma imkanları eseri yaratanda kalmış, ayrıca kendisinin yaratıcı yöndeki faaliyeti uygun bir şekillenme seviyesine (Gestaltungshöhe) de ulaşmış ise, makineler veya tesadüfler ancak "yardımcı vasıtalar" olarak kalır[53].

Eser sahipliği statüsü bir fikri ürünü kendi hususiyeti ile şekillendirip meydana getirenindir ve bunu ortaya çıkaran fikri katkı ölçüsündedir. Doktrinde *Bozgeyik*[54] de kişinin bir sanat eserini ortaya koyarken malzeme seçimi, ustalık vb. (fotoğrafta konu seçimi, kurgu, bakış açısı, teknik unsurların kullanımı vb.) kişisel faktörlerden başka örneğin, hava, güneş veya yağmur gibi insanın kontrolü dışındaki birtakım faktörlerden yararlanmasının da mümkün olduğunu; bu etkenlerin kullanılmasının eser niteliğine zarar vermeyeceğini ifade etmiştir.

e) Fotoğraf Eserlerinde Hususiyet

Fikri hukukta hakim anlayışa göre, hususiyetin belirlenmesi bakımından bütün eser türleri için geçerli ortak bir ölçüt bulunmamaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen dört eser kategorisinin

---

[52] Yazarın tesadüfün etkisiyle ortaya konan fotoğraflarda (mittels Zufall zustande kommen) daima sadece alelade fotoğraflara ilişkin bağlantılı hak koruması sağlanacağına ilişkin görüşü bazı yazarlarca belirsiz olduğu düşüncesiyle eleştirilmiştir. Zira bu yazarlara göre, tesadüf yaratıcı biçimlendirmenin bir unsuru olarak görülebilseydi, bu biçimlendirme sonucu ortaya çıkan fotoğrafın fotoğraf eseri (Lichtbildwerk) olarak korunması mümkün olabilirdi: **Platena,** s.107 vd; **Heitland,** s.79; yine bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.135, s.99.

[53] Bkz. **Öztan,** s.84, dpn.9'da yer alan yazarlar.

[54] **Bozgeyik,** s.187.

her biri için geçerli ortak noktalar[55] bulunsa da, hususiyetin her bir eser türü için somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerekir. Genellikle tüm fikir ve sanat ürünleri koruma düzeyleri ne ölçüde farklı olursa olsun, bir bütün halinde korunmaya layıktır. Bir eser, bir diğerinin kopyası/taklidi olmamak şartıyla, güçlü veya zayıf, sahibine özgü birtakım özellikler içerir. Eser için sağlanan koruma düzeyini ise eserde şekillenen hususiyetin yoğunluğu belirler.

Hususiyetin belirlenmesine genellikle eser sahipleri arasında ortaya çıkan çeşitli uyuşmazlıkların çözümlenmesi amacıyla başvurulur. Bir eserin tamamen veya kısmen izinsiz olarak üçüncü kişiler tarafından kullanılması (çoğaltılması, yayılması, işlenmesi), manevi hakların (eser sahipliğinin belirtilmesini isteme hakkı, değişiklikleri önleme hakkı) veya serbest yararlanma kurallarının ihlal edilmesi uygulamada sık karşılaşılan ihlal halleridir.

Fotoğraf eserleri, içerik olarak hususiyet verme imkanının diğer eser türlerine nazaran daha kısıtlı olduğu bir eser türüdür. Bununla birlikte fotoğrafların asgari yaratma seviyesinin aşılmış olması hali yeterli görülerek, eser sahibinin hususiyetini yansıtması halinde "eser" olarak fikri hukuk korumasından yararlanacağı ifade edilebilir[56]. Fotoğraf eserleri rutin ve sıradan olandan farklı olarak, fotoğrafı çekenin bireysel (ferdi) düşünüş biçimi ve bakış tarzını ya da sanatsal ifade gücünü yansıtır[57], dile getirir nitelikte olmalıdır. Bu örneğin, konunun seçimi, çekim tekniği, kompozisyonda alışılmadık bir perspektif kullanılması, ışık ve gölge-

---

[55] Örneğin, hususiyetin güzel sanat eserlerinde estetik nitelikte (FSEK md.4), ilim ve edebiyat eserlerinde ise ilmi veya teknik mahiyette (FSEK md.2) aranması gerektiği gibi.

[56] Fotoğraf eserlerinin (Lichtbildwerke) hususiyeti haiz olması ve asgari yaratma derecesinin/seviyesinin aşılmış olması (=kleine Münze-ufaklık/bozuk para) halinde fikri hukukta korunacağı yönünde **Schricker,** § 2 Rdn.179, s.125; **Loewenheim,** § 9 Rdn.147, s.136.

[57] Fotoğraf sanatçısı teknik açıdan yeterli olduğu halde, enerjisinin çoğunu "fikir üretme"ye ayırır. Buradaki asıl nokta sanatçının ne söylemek istediği ve bunu nasıl söylediğidir. Bir fikri çalışmanın özgünlüğü ister şiirde, ister fotoğrafta, ister resimde olsun anlatımın özgünlüğüne, onun nasıl anlatıldığına işaret eder: **Özdemir,** B.: Disiplinlerarası Bir Disiplin Olarak Fotoğraf, http://www.beyhanozdemir.com/-showarticle.asp?article=37 (5.10.2011).

leme düzenlemesi, ışığın ve renklerin etkili kullanımı, keskinlik, oranlama, kadraj vb. fotoğraf değerlendirme ölçütleri, kullanılan filmin türü, özellikle hareketli çekimlerde ve portrelerde doğru anın seçimi, bunun yanında daha sonra devreye girebilen rötuş, fotomontaj ve benzeri işlemlerin kullanım şekli ve değerlendirilmesinde kendini gösterebilecektir[58]. Fotoğraf eserlerinin genellikle sıradan bir tesbiti aşan bir ahenk yakalamaları, anlatılmak isteneni izleyici/kullanıcıya nüfuz eden bir ifade gücüyle sunmaları ve onu düşünmeye teşvik eden özellikleriyle ön plana çıktığı söylenebilir[59]. Her gün dünyanın dört bir yanında çekilen alelade günlük fotoğraflar, günlük yaşamın ihtiyaçları için çekilen portreler, amatörce çekilen kareler ve tatil fotoğrafları genel olarak eser sahibinin hususiyetini taşır nitelikte özgünlüğe sahip olmadıklarından, çoğunlukla fotoğraf eseri olarak kabul edilemez.

Portre fotoğraflarında, konudan (subject matter) yola çıkıldığında, belki fotoğrafçının bağımsız fikri faaliyet sergileyebileceği bir yaratıcı biçimlendirme/şekillendirme alanının olmadığı ya da çok dar olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte fotoğrafçının özelliğini katabileceği, özgünlük sağlayabileceği unsurların nispeten sınırlı olması portre fotoğraflarının eser niteliğinde olamayacağına ilişkin önyargılı bir yaklaşımı haklı kılmaz. Nitekim *Avrupa Birliği Adalet Divanı* da yeni tarihli bir ön kararında[60] (Viyana Ticaret Mahkeme'sinin başvurusu üzerine)[61] portre fo-

---

[58] *Hundertwasser-Haus,* BGH, GRUR 2003, s.1035-1037; *Wagner-Familienfotos,* OLG Hamburg, GRUR 1999, s.717; **Nordemann** (Fotografie), s.135 vd; **Heitland,** s.31, 70; **Jacobs** (Photographie), s.33-36; **Schricker,** § 2 Rdn.179, s.125-126; **Loewenheim,** § 9 Rdn.135 vd, s.135-136; **Özcan,** s.147; **Öztan,** s.141; **Kılıç,** B.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Eser Kavramı, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 2005, S:1, s.120.

[59] **Schricker,** § 2 Rdn.179, s.126.

[60] *Eva Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and others,* 1.12.2011, Judgment in Case C-145/10, kararın tam metni için bkz. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/-LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0145:EN:HTML (8.12.2011); **Roth,** Hans-Peter: Urheberrecht- Schutz von Portraitfotografien, EuZW 2012, s.182 vd.

[61] Avrupa Birliği hukukunu ulusal düzeyde uygulamakla görevli olan mahkemeler bu hukukun uygulanmasında tereddüde düşmeleri ya da yoruma ihtiyaç duymaları halinde Adalet Divanı ile iletişime geçerek yardım talebinde bulunabilirler. "Ön karar usulü" olarak adlandırılan bu dava çeşidine göre ulusal mahkemeler Adalet Divanı'ndan, Kurucu Anlaşmaların ve AB organlarınca çıkarılmış olan ikincil normların

toğraflarının eser sahibinin yaratıcı gücü ve yeteneklerinden kaynaklanan özelliğini/hususiyetini çalışmaya yansıtmış olması halinde, tıpkı diğer fotoğraf eserleri ve diğer eser türleri gibi fikir ve sanat eserleri hukukunda korunacağına karar vermiştir :

Dava konusu somut olayda daha çok çocuk fotoğrafları çeken fotoğrafçı *Painer* bunlardan Natascha K.'nın -arka planı belirleme, pozlama, tasvir edilenin yüz ifadesi, mimik ve duruşunda karar verici rol oynayarak- da bazı fotoğraflarını çekmiştir. Daha sonra gerçekleşen birtakım olaylar neticesinde bu fotoğrafların ve bu fotoğraflar esas alınarak kızın güncel görüntüsüne ilişkin bilgisayarda oluşturulan robot resmin, izni alınmaksızın ve adı belirtilmeksizin gazeteler ve bazı websitelerinde yayınlanması üzerine, fotoğrafçı fikri haklarının ihlal edildiği (çoğaltma, yayma mali haklarının ve eser sahipliğinin belirtilmesine ilişkin manevi hakkının) iddiasıyla saldırının durdurulması davası açmış; ayrıca telif tazminatı ve diğer zararlarının tazminini talep etmiştir. Viyana Ticaret Mahkemesi fotoğrafların gündelik hayattan görüntüleri yansıtır niteliği, sanatsal hareket alanı ve özgürlüğün sınırlı olduğu düşüncesiyle AB hukukunda portre fotoğraflarının telif hakları kapsamında korunması hususunun belirlenmesine ve daha sonra yeri geldikçe değineceğimiz diğer bazı hukuksal uyuşmazlıklara ilişkin olarak Adalet Divanına başvurmuştur.

Adalet Divanı konuya ilişkin ilk olarak fikri hukukun sadece eser sahibinin bireysel (ferdi) fikri yaratımı niteliği taşıyan orijinal/özgün anlatımları koruyacağını vurgulamıştır. Bu bağlamda eser sahibinin kişiliğini, hususiyetini yansıttığı takdirde (if it reflects the author's personality) bağımsız ve ferdi bir fikri yaratımdan söz edilebilecektir. Eser sahibi serbest ve yaratıcı seçimleriyle eserin ortaya konmasında yaratıcı beceri ve yeterliliğini ifade edebilmiş, yansıtabilmiş olmalıdır. Mahkeme bir portre fotoğrafında eser sahibinin serbest ve yaratıcı seçimlerini farklı şekillerde ve farklı noktalara ilişkin ortaya koyabileceğini

---

yorumu konusunda yardım talep edebilir veya ikincil normların geçerliliği konusunda inceleme yapılması talebinde bulunabilirler. Divan'ın görevi kendisine yöneltilen sorulara cevap vererek ulusal mahkemenin önündeki uyuşmazlığa AB Hukukunu uygulamasına yardımcı olmaktır.

belirtmiştir: Yani, hazırlık faaliyetleri sırasında arka plan, tasvir edilenin (suje) pozu ve ışığın kullanımına ilişkin seçimler yapabilir. Fotoğrafın çekimi sırasında kadraj ayarlaması yapabilir, çekim açısına karar verebilir. Çekimden sonra ise gelişmekte olan çeşitli dijital teknikler veya yazılımlar vasıtasıyla fotoğrafına müdahalede bulunabilir (dijital müdahaleler). Bu anılan ve benzeri çeşitli seçim olanaklarıyla fotoğrafçının portre fotoğrafına kendi özelliğini katması (created with his personal touch) mümkündür. Bu sebeple değinilen koşulların varlığı halinde portre fotoğrafları üzerindeki haklar da telif hakları çerçevesinde korunacaktır. Mahkeme bu korumanın diğer fotoğraf eserleri ve diğer tüm eserlerle aynı nitelikte olduğunun altını çizmiştir[62].

Yabancı hukuklarda çoğunlukla sanatsal nitelik taşıyan fotoğrafları eser olarak koruma yönünde bir anlayış mevcut olduğu, çoğu pozitif hukuk düzenlemesinde bilimsel fotoğraflara ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. Alman doktrininde *Schricker*[63] bilimsel veya teknik açıdan bir buluşu, bulunanı mümkün olduğunca birebir izleyiciye yansıtmayı amaçlayan fotoğraflarda yaratıcı bir çabanın bulunmadığını ifade etmiştir. Yazar aynı şekilde günlük olaylara ilişkin basın fotoğraflarının da çoğunlukla sanatsal bir yaratım niteliği taşıyamayacağını savunmuştur.

---

62 http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-12/cp110132en.pdf (8.12.2011); **Roth,** s.189.

63 **Schricker,** § 2 Rdn.179, s.126; karş. **Loewenheim,** § 9 Rdn.155, s.139: *Loewenheim* da benzer şekilde teknik veya bilimsel fotoğraflarda belirli bir buluş veya araştırma sonucunu olabildiğince aslına sadık kalarak yansıtma ve anlatma söz konusu olduğundan, bu tür fotoğrafların çoğunlukla bireysel ve eser sahibinin hususiyetini taşır nitelik arz edemeyeceğini, bu sebeple fotoğraf eseri olarak korunamayacağını ileri sürmüştür. Alman hukukunda bu tür fotoğraflar UrhG § 2 Abs.1 Nr.7 kapsamında değil, UrhG § 72 kapsamında (als einfache Lichtbilder) korunacaktır. Ancak yazar bunu mutlak kabul etmemiş; fotoğraflanan konu eğer ki yaratıcı bir şekilde gösterilmiş ise, eser korumasının pekala mümkün olabileceğini belirtmiştir. Diğer taraftan gerek fotoğraf, gerekse teknik ve bilimsel nitelikli grafik eserleri için yaratma seviyesi düşük kabul edildiğinden, ayrımın çok belirleyici olmadığı ifade edilmiştir. Yine bkz.http://www.widmerpartners-lawyers.ch /NR/rdonlyres/8CFD62B4-F36A-4C71-97BA-45D1BC5EDAE9/0/GutachtenWebcamURG.pdf (8.12.2011).

Fotoğraf eserleri için Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda çoğu yabancı hukuk düzenlemesine kıyasla daha açık ve geniş kapsamlı bir koruma getirildiğini ifade etmek mümkündür. Yasa koyucu güzel sanat eseri niteliğindeki fotoğrafları FSEK md.4'de koruma altına alırken, estetik değeri bulunmayan teknik ve ilmi nitelikte fotoğrafları da FSEK md.2 kapsamında korumuştur. Hususiyetin belirlenmesi bakımından bütün eser türleri için geçerli ortak bir ölçüt bulunmadığını, bununla birlikte her eser kategorisi için geçerli ortak noktalar bulunduğunu ifade etmiştik. İşte fotoğraflarda hususiyetin de, güzel sanat eserleriyle ilgili FSEK md.4'de yer verilen "fotoğrafik eserler ve slaytlar" ile ilim ve edebiyat eserleriyle ilgili FSEK md.2'de sayılan "bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleri" açısından ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

2. FSEK'te Öngörülen Eser Türlerinden Birine Dahil Olma (Objektif Unsur)

Bir fikir ve sanat ürününün eser sayılabilmesi için şekle ilişkin şart (objektif unsur), onun 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda belirtilen eser kategorilerinden birine dahil olmasıdır.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1/B,(a) maddesinde "sahibinin hususiyetini taşıması" unsurundan başka, fikri ürünün kanunda dört ana kategori halinde belirtilen eser formlarından biriyle ifade edilmiş olmasını da şart koşmaktadır.

Kanunda gösterilen eser kategorileri şunlardır:

I.İlim ve Edebiyat Eserleri (md.2)

II.Musiki Eserleri (md.3)

III.Güzel Sanat Eserleri (md.4)

IV.Sinema Eserleri (md.5)

Bu ana eser kategorileri veya formları kanun tarafından sınırlandırılmıştır. Böylece bir fikir ve sanat ürününü bu kategorilerden birine sokmak mümkün değilse, onu kanuna göre eser saymak ve korumak da mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, kanunun her kategori içinde ayrıca

belirttiği eser türleri sadece örnek kabilinden sayılmıştır ve o kategorinin ayırıcı niteliklerini taşıyan yeni bir eser türünün bunlara ilavesi her zaman mümkündür[64].

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda iki ayrı eser kategorisinde düzenlenen (Güzel sanat eserleri-İlim ve edebiyat eserleri) fotoğrafların telif hakları kapsamında korunmasına ilişkin bir hüküm Hakkı Telif Kanunu'nda mevcut değildi. Kanun yalnız yürürlüğe girdiği zamandaki çoğaltma ve sürüm tekniği seviyesine nazaran önemli sayılan eser türlerini göz önünde tutmuş bulunmaktadır. Bunun bir sonucu olarak o dönemlerde ülkemizde önemli görülmeyen fotoğrafik ve sinematoğrafik eserler dikkate alınmamıştır[65]. *Hirsch* o dönemde yasa koyucunun muhtemelen fotoğrafı sadece bir çoğaltma vasıtası olarak gördüğünü, zira anılan kanunun 29.maddesi gereğince "harita ve resim levhaları ve her nevi hututu "fotoğraf" veya sair vesait ile istinsah eylemek" fiilinin yaptırımı gerektiren bir taklit olarak görüldüğünü belirtmiştir[66]. Buna göre, dış dünyadaki bir durumun ancak alelade bir kopyası olması itibarıyla fotoğrafın kural olarak telif hakkı korumasına layık, hususi nitelikleri haiz bir fikir ürünü olmadığı sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte yazar gazetelerde, dergilerde ve kitaplarda çıkan fotoğrafa dayanan illüstrasyonların hukuksal korumadan yararlanıp yararlanamayacağı hususuna da değinmiştir. Bu gibi fotoğraflar günlük haber ve

---

[64] **Arslanlı,** s.11-12; **Ayiter,** s.45; **Öztrak,** s.15; **Erel,** s.55. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na esas teşkil eden tasarıyı hazırlayan komisyonun başkanı *Ord.Prof.Dr.E.Hirsch* Öntasarıda evvela fikir ve sanat eserlerinin genel bir tanımı yapıldığını ve bu tanım kapsamına giren eser gruplarının isimlendirildiğini, sonra da her grubun çerçevesi içine giren eserlerin tahdidi şekilde değil, örnek kabilinden sayıldığını ifade etmiştir. Yazar bu metodun faydasının açık olduğunu; zira böylelikle bir taraftan "fikri eser" tabirinden nelerin anlaşılması gerektiği, marka, patent, faydalı model gibi mahsullerin Hakkı Telif Kanunu'na tabi olmadığının derhal belli olduğunu, diğer taraftan kanunda yazılı örneklerin, şüphe ve tereddüt halinde, yargıç için bir çeşit direktif vazifesi görmekte olduğunu dile getirmiştir: **Hirsch,** s.141.

[65] **Hirsch,** s.142.

[66] **Hirsch,** s.152; **Hirsch** (Fikri Say), s.48.

olayları aksettiriyorsa, herhangi bir telif hakkı koruması gündeme gelmez. Ancak iktibas edildikleri takdirde kaynak gösterilmesi zorunludur[67].

O dönemde fotoğrafların bizzat eser olarak korunmasına ilişkin yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, fotoğraflar telif hakkı ihlallerinde çoğaltma vasıtası olarak ele alınmıştır. Şöyle ki, fotoğraflar, Hakkı Telif Kanunu tarafından korunan tersimatı, resimleri, planları, haritaları ve benzer fikri ürünleri naklediyorsa, bunların ayrıca başkaları tarafından basılması veya başka şekilde çoğaltılması, -orijinal eseri meydana getirenin izni olmadıkça-fotoğrafla aksettirilen orijinal eser üzerindeki telif haklarının ihlalidir. Bu fotoğraflar, telif hukukunca korunmayan tersimatı, resimleri, planları, haritaları ve benzer fikri ürünleri naklediyorsa, ancak haksız rekabet çerçevesinde bir koruma söz konusu olabilecektir[68]. Anlaşıldığı üzere bahsedilen telif hakkı koruması fotoğraflar değil, fotoğraflanan/fotoğrafa konu olan orijinal eser açısından ele alınmıştır.

Fotografik ürünlerin de fikri eser olarak dikkate alınması Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na ilişkin hazırlık çalışmaları ve projeler sırasında gerçekleşmiştir[69]. *Hirsch* başkanlığında hazırlanan Öntasarıya göre, "bedii" vasfı haiz olan fotoğrafik eserler "artistik eser"; bu vasıftan mahrum her nevi ilmi ve teknik mahiyette fotoğrafik eserler ise "ilmi ve edebi eser" sıfatıyla korunacaktır. Bu nitelikleri taşımayan fotoğraflar fikri eser olarak kabul edilmemiş ise de, kişiliği korumak ve haksız rekabeti önlemek amacıyla Öntasarıda "eser" niteliğinde olmayan fotoğraflarla ilgili de hükümlere yer verilmiştir. Görülmektedir ki, Öntasarıdaki bu düzenlemeler FSEK.imizde aynen yer almak suretiyle muhafaza edilmiştir.

---

[67] **Hirsch,** s.152-153; **Hirsch** (Fikri Say), s.48.

[68] **Hirsch,** s.153; **Hirsch** (Fikri Say), s.49.

[69] Bu çerçevede fotoğraflar hakkında *F.H.Demirelli'*nin kanun taslağında ve *Birinci Türk Neşriyat Kongresi'*nin teklifinde yer verilen hususlara ilişkin ayrıntılı olarak bkz. **Hirsch** (Fikri Say), s.49.

B. Fotoğraf Eserleri (Fotografik Eserler)

1. Güzel Sanat Eseri Olarak Fotoğraf: "Fotoğrafik Eserler ve Slaytlar"

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 4.maddede fotoğraf eserleri güzel sanat eserleri arasında sayılmıştır. Buna göre, estetik değere sahip olan fotoğrafik eserler ve slaytların güzel sanat eseri olarak korunacağı kabul edilmiştir (FSEK md.4/5).

Hususiyetin belirlenmesinin eser türleri açısından farklılık gösterdiğine değinmiş idik. Bir fotoğraf üzerinde onun güzel sanat eseri olduğuna dayanan iddialar karşısında hususiyetin güzel sanat eserleri açısından belirlenmesi gerekir[70]. Böyle bir durumda fotoğrafta estetik değerin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Bu nedenle, hususiyete dair incelemenin eserin hangi kategori içinde yer aldığının belirlenmesinden sonra gerçekleştirilmesi gerekir[71].

a) Güzel Sanat Eseri Kavramı

Fikri hukukta güzel sanat eseri denildiğinde "estetik bir muhtevayı bir yüzey veya cisim olarak ortaya koyan ve insanın görme duyusuna hitabeden fikri ürünler" anlaşılır. Başka bir deyişle, insanın güzellik duygusuna hitap eden fikri ürünlere güzel sanat eserleri denilmektedir. İlim ve edebiyat ile müzik eserlerinden farklı olarak güzel sanat eserlerinde kural olarak ne dil, ne yazı, ne de ses bir ifade aracı olabilir. Çünkü güzel sanat eserlerinde fikri ürünün ifadesinde kullanılan vasıta iki veya üç boyutlu varlıklardır. Estetik içerik bunlarda kendisini maddi bir vasıtada somutlaşmış olarak göstermektedir.

---

[70] "...5846 s. FSEK'nun 4.maddesinin 5.fıkrasına göre, fotoğrafın güzel sanat eseri sayılabilmesi için bedii vasfı haiz olması gerekir. Bu itibarla bir fotoğraf üzerinde FSEK'na göre hak iddia edilmesi halinde öncelikle o fotoğrafın bedii vasfı haiz olup olmadığının tesbiti gerekir....Bu durumda mahkemece yapılacak iş, Davacının hak iddia ettiği dava konusu iki fotoğrafın bedii vasfı haiz olup olmadığı, binnetice güzel sanat eseri sayılıp sayılmayacağının tesbiti yolunda bu işlerden anlayanlar arasından seçilecek 3 kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınarak, sonucuna göre bir karara varmaktan ibarettir.": 11.HD, 21.3.1989, E.1988/4668, K.989/1821 (**Suluk/Orhan,** s.206-207).

[71] Bununla birlikte yargı kararları incelendiğinde bu noktaya yeterince dikkat edilmediği gözlenmektedir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında güzel sanat eserleri[72] statik bir yapıya ve ancak bir yüzey veya üç boyutlu madde üzerinde tecessüm ettirilmek suretiyle açıklanabilme özelliğine sahiptir. Resimler, fotoğraflar, çeşitli boyama veya çizim teknikleriyle yapılan ürünler yüzey yani iki boyutlu eserlere örnek oluştururken; heykeller, binalar, el işi ve küçük sanat eserleri ise cisim yani üç boyutlu eserlere örnek teşkil eder. Bir fikri ürünün hukuken güzel sanat eseri olarak korunabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıyan fikri mesainin maddi bir varlık üzerinde iki ya da üç boyutlu olarak tespit edilmiş olması gerekir[73]. Bu sebeple, bir fotoğrafın, resim veya heykelin sözlü veya yazılı tasviri ne kadar mükemmel olursa olsun, böyle bir tasvir güzel sanat eseri olarak nitelendirilemez. Zira güzel sanat eseri olarak korunan ürün, böyle bir tasvirin sadece fotoğraf, resim veya heykel formunda fiziki olarak somutlaşmış halidir.

b) Güzel Sanat Eserinin Unsurları

Bir fikri ürünün güzel sanat eseri olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle bir eserde bulunması aranan "objektif" ve "subjektif" unsurları haiz olması gerekir. Ancak bir eserin güzel sanat eseri sayılabilmesi için, bu unsurlara ilaveten iki unsurun daha bulunması gerekmektedir: "tespit edilmiş olma" ve "estetik değere sahip olma".

aa) Tespit Edilmiş Olması

Bir güzel sanat eserinden söz edebilmek için fikri ürünün somut bir vasıtada tezahür ederek sabitleşmesi gerekir. Sabitleşme, eserin maddi bir vasıtaya tespit edilerek somutlaşmasıdır. Tespit koşulu güzel sanat eserle-

---

[72] *Öztan* yasa koyucunun bu maddede "sanat" kavramını toplayıcı bir kavram (Sammelbegriff) olarak kullandığını ifade etmiştir. Yazara göre, geniş anlamda ele alınan "sanat" kavramı (Kunst), dar ve gerçek anlamda sanatı (bildende Kunst), mimari sanatı (Baukunst), saf anlamıyla sanat yanında yer alan ve kullanıma yönelik eşyaya güzellik ve estetik katmaya yönelik sanatı (angewandte Kunst) ve pek de isabetli sayılmayacak şekilde fotoğraf sanatını (Lichtbildwerke) kapsamaktadır. *Öztan* maddenin beşinci bendinde yer verilen fotoğraf eserleri ve slaytların, yapıları yönünden maddede sayılan diğer eserlerden çok farklı olduğundan hareketle başka bir maddede ele alınmış olmalarının daha yerinde olacağını belirtmiştir: **Öztan,** s.133.

[73] **Arslanlı,** s.23; **Erel,** s.70; **Eliri,** s.66; **Kılıçoğlu,** s.132; **Yarsuvat,** s.63.

ri açısından Kanunun açıkça öngörmüş bulunduğu bir ön koşul değildir. Ancak güzel sanat eserlerinin somut bir madde ile bütünleşmesi işin doğasından kaynaklanan bir zorunluluktur. Başka bir ifadeyle, güzel sanat eseri sayılabilecek bir fikri ürün ancak maddi bir cisim üzerinde açıklanabilir veya şekillenebilir ve böylece varlık kazanabilir.

Güzel sanat eserinin dış dünyaya açıklanmasına vasıta olarak kullanılan (eserin tecessüm ettiği) materyalin özel bir önemi yoktur. Bununla birlikte bu vasıtanın az çok kalıcı nitelik taşıması gerekir[74]. Teknolojik gelişmelerin sunduğu olanaklarla sanal ortamda ortaya konan veya somutlaşan fikri ürünlerde bu durum nasıl değerlendirilecektir? Örneğin, bilgisayar programları yardımıyla meydana getirilen çizimler, resimler, grafikler ile dijital kameralarla çekilen çok üstün kalitedeki fotoğraflar maddi bir cisim üzerine sabitleştirilmeksizin yalnızca bilgisayarın sabit diskinde, CD veya VCD gibi sanal ortamlarda saklanabilmekte ve istenildiğinde insanın görme duyusunun idrakine sunulabilir niteliktedir. Söz konusu fikri ürünler, sadece bilgisayarın veya benzer bir dijital cihazın açık olduğu zamanlarda gözle görülebilir hale geliyor ve cihaz kapandığında kayboluyorlarsa da, bu sanal ortamdaki ürünlerin mutlak anlamda yok olmaları anlamına gelmemektedir. Zira bunlar istenildiğinde tekrar görülebilme ve gösterilebilme özelliğine sahip fikri ürünlerdir. Bu nedenle, sanal ortamlardaki resim, grafik, çizim ve fotoğraflardan estetik değere sahip olanlar güzel sanat eseri olarak korunacaktır[75].

bb) Estetik Değere Sahip Olması

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4.maddesine göre güzel sanat eseri olarak nitelendirilebilecek bir fikri ürünün sahibinin hususiyetini taşımasının yanısıra, estetik değere de (bedii bir vasfa)[76] sahip olması

---

[74] Fikri ürünün tespit edildiği vasıta korunmayı hak edecek kadar kalıcılığa sahip değilse, güzel sanat eseri olarak korunması mümkün olamayacaktır.

[75] Sanal ortamlardaki resim, çizim ve fotoğraflardan estetik değere sahip olmayanlar ise, koşulları var ise, ilim ve edebiyat eseri olarak FSEK md.2/2 çerçevesinde korunabilecektir: **Ateş,** s.218-219.

[76] Batı dillerinde "estetik" anlamına gelen "bedii" kavramının, örneği olmayan, latif, güzel, nadide, güzellik ölçülerine uyan, gözü gönlü okşayan, beğenilen gibi anlam-

gerekir. Türk Dil Kurumu'nun online Büyük Türkçe Sözlüğünde "estetik" kavramı için verilen bazı karşılıklar şunlardır: 1. Sanatsal yaratının genel yasalarıyla sanatta ve hayatta güzelliğin kuramsal bilimi, güzel duyu, bedii, bediiyat, 2.Güzellik duygusu ile ilgili olan, 3. Güzellik duygusuna uygun olan, 4. Güzelliği ve güzelliğin insan belleğindeki ve duygularındaki etkilerini konu olarak ele alan felsefe kolu, güzel duyu, bedii.

Güzel sanat eserleriyle ilgili FSEK'in 4.maddesinde ifadesini bulan "estetik değer", eserin eşyanın yaratılışında var olan soyut güzellik ve mükemmellik ölçülerine uygun olmasını gerektirmez. Bu nitelik somut güzellik ölçülerine dayanır ve eşyanın insanın somut görme duyu organı olan göz ile algılanabilir özelliklerinde yer alır. Somut güzellik algısı ise göreceli olup, kişiden kişiye değişir. Bu değerin herkes tarafından anlaşılması ve aynı şekilde algılanması beklenemez[77]. Hakim görüşe göre[78], eserde yer alan hususiyetin herkes tarafından beğenilen ve değer verilen bir anlam taşıması veya buna bağlı olarak eserin maddi kıymetinin yüksek olması da gerekli değildir. Sahibinin kendi somut güzellik ölçülerine göre hususiyetini yansıtarak şekillendirdiği bir eser hukuksal anlamda "güzel sanat eseri"dir. Bir eserin estetik değere sahip olup olmadığı[79] ve bu bağlamda hukuksal korumanın somut ve objektif ölçülere göre belirlenmesi gerekir. Aksi halde, gerçekte korumayı hak eden bir ürünün ko-

---

larda kullanıldığı görülmektedir: **Arseven,** C.E.: Sanat Ansiklopedisi, İstanbul 1943, s.202 (**Tekinalp,** §10 Nr.53, s.118'den naklen).

77 **Bozgeyik,** s.208; *Ateş* de benzer yönde güzelliğin özünde subjektif bir kavram olduğunu, neyin güzel neyin çirkin olduğu konusunun kişiden kişiye farklılık gösterebileceğini; bu nedenle bir eserin bedii vasfa sahip olup olmadığının objektif ölçütlere göre tayin edilmesi gerektiğini dile getirmiştir: **Ateş,** s.219 ve s.89.

78 "...Mesela, bir hakime göre "değerli" olan aynı vasıftaki bir eser başka biri tarafından "değersiz" görülerek hukuki himayeden yararlandırılmayabilecektir. Bu sebeple, fikir ve sanat hukukunda neyin korunacağı, neyin korunmayacağı tespit edilirken subjektif değerlendirilmelere meyletmekten olabildiğince kaçınmak gerekir"...: **Ateş,** s.89; aynı yönde **Bozgeyik,** s.208; yine bkz. **Karahan/Suluk/Saraç/Nal,** s.63; **Tekinalp,** § 10 Nr.9, s.101.

79 Fotoğrafta estetik niteliğin, konunun çıplak gözle görülenden başka türlü yansıtılması halinde mevcut kabul edilebileceğini ifade edilmiştir: **Erel,** s.71; **Ayiter,** s.59-60; **Öztrak,** s.24; **Özcan,** s.147; **Kılıç,** s.120; **Gökyayla,** K.E.:Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, 2.Bası, Ankara 2001, s.99.

runmaması ve tersine korunmaması gereken bir ürünün de korunması gibi haksız sonuçlarla karşılaşılması kaçınılmaz olur.

Nitekim ülkemiz uygulamasında aslında güzel sanat eseri olarak korunmaması gereken pek çok ürünün fikri hukuk kapsamında korunduğu veya tersi durumların sıklıkla yaşandığını söylemek mümkündür. Bu duruma özellikle fotoğraf eserleri, resimler ve mimari eserler alanında rastlanmaktadır. Örneğin, bazı mahkemelerin estetik değere sahip olup olmadıklarına bakmaksızın, herhangi bir fotoğrafın izinsiz olarak yayımlanmasını veya reklam vb. ticari faaliyetlerde kullanılmasını FSEK'in eserlerin korunmasına dair hükümleri çerçevesinde değerlendirerek ilgililerin tazminat taleplerini kabul ettikleri görülmektedir[80]. Bu ve benzeri kararlara bakıldığı zaman akla şu sorular gelmektedir: Acaba bu eser güzel sanat eseri niteliğinde olduğu için mi, yoksa FSEK md.2 anlamında ilmi ve teknik nitelikte fotoğraf eseri olduğu için mi tazminat talebi kabul edilmiştir? Gerçekten bu fotoğraflar FSEK kapsamında korunmaya değer birer eser miydi, yoksa haksız rekabet kapsamında korunabilecek birer alelade fotoğraf mıydı? Bu gibi tereddütlerin giderilmesi bakımından mahkemelerimizin bu tür olaylarda verdiği kararların gerekçelerinin açık ve net olarak karar metninde yer alması gerekmektedir.

Bir fotoğrafın güzel sanat eseri niteliği taşıyıp taşımadığı her bir güzel sanat eseri türüne özgü olabilecek objektif ölçütlere göre belirlenmelidir. Her sanat eserinin farklı araç, yöntem veya teknikler kullanılarak meydana getirildiği düşünülürse, bu değerlendirmenin herkes tarafından yapılamayacağı açıktır. Yargıtay pek çok kararında, fikri ürünün eser niteliğinde olup olmadığı hususunun mahkemece re'sen dikkate alınması

---

[80] Örneğin, davacı vekilinin müvekkillerince çekilen fotoğrafın, davalılarca iktibas yeri belirtilmeksizin yayınlandığı iddiasıyla açılan davada yerel mahkemece verilen tazmin hükmünün onaylandığı Yargıtay kararında, bu fotoğrafların eser niteliğine ilişkin hiçbir açıklamaya yer verilmemiştir: 11.HD, 20.2.2003, E.2002/8675, K.2003/1323; benzer şekilde 11.HD, 20.2.1995, E.1995/161, K.1995/1412 (**Suluk/Orhan,** s.207-208).

ve bu hususun işin uzmanı bilirkişilerden istenecek rapora göre açıklığa kavuşturulması gerektiğini ifade etmektedir[81].

Bir fotoğrafın güzel sanat eseri olarak nitelendirilebilmesi için yalnızca sanat eseri olarak, yani bu maksatla meydana getirilmiş olması aranmaz. Başka bir ifadeyle, fotoğraf çekerken münhasıran güzel sanat eseri yaratmak gibi bir amaç güdülmüş olması, eserde estetik niteliğin ön planda bulunması veya sırf sanat duygularını tatmine yönelik olması şart değildir. Hangi amaçla meydana getirilmiş olursa olsun, sanat alanında geçerli kurallara göre objektif olarak estetik duygulara hitap eden ve eser sahibinin hususiyetini taşıyan tüm fotoğrafları güzel sanat eseri olarak nitelendirmek mümkündür. Bunun gibi estetik değere sahip fotoğraf eserinin tahsis edildiği gayenin de önemi yoktur. Bir fotoğraf sırf estetik zevki tatmin amacıyla çekilebileceği gibi, pratik bir ihtiyacı karşılamak için de meydana getirilebilir[82].

c) Fotografik Eserler ve Slaytlar

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda fotoğraf eserinin tanımı yapılmamıştır. Daha önce değindiğimiz üzere ikili bir ayrım getirilmiş; bunlardan güzel sanat eseri olma koşullarını haiz fotoğraflar Kanunun 4.maddesinin 5.bendinde "Fotoğrafik eserler ve slaytlar" olarak sayılmak suretiyle korunmuştur.

---

[81] "...Mahkemece bilirkişi görüşü alınmadan, karar gerekçesinde belirtilen değerlendirmelerle, dava konusu fotoğrafların eser sayılacağı kabul edilmiştir. Oysa bu konunun, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün değildir ve bilirkişinin oy ve görüşünün alınması zorunludur...Bu durum karşısında mahkemece, konusunda uzman bir fotoğraf sanatçısı bilirkişi görüşü alınmadan, eksik incelemeyle karar verilmesi doğru olmamıştır.": HGK, 14.5.2008, E.2008/11-392, K.2008/377 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

[82] Nitekim Yargıtay, bir firmanın muhtelif ilaçların tanıtımı ve reklamı amacıyla çektirip hazırlattığı fotoğrafları eser niteliğinde görmüş, bunların davalı tarafça kullanılmasını telif haklarının ihlali olarak değerlendirmiştir: 11.HD, 2.2.1995, E.1994/7104, K.1995/767 (**Suluk/Orhan,** s.212).

aa) Fotografik Eserler

Fotografik eser, fotoğrafçılık sanatının araç ve yöntemleri kullanılarak meydana getirilen eserdir[83]. Halk arasında fotoğrafçılıkla ilgili yerleşmiş yanlış bir kanaat vardır. İnsanlar uzun yıllar çoğunlukla fotoğrafçılığı zaten var olanın kopyasını çıkarmaktan, fotoğraf makine ve teçhizatını da çoğaltma aracından ibaret algılamışlardır. Fotoğrafların sanat eseri niteliğinin, eser sayılmasının yerinde olup olmadığının uzun yıllar tartışılmasında bu anlayış rol oynamıştır. Oysa işin aslı öyle değildir. Fotoğrafçılık sanatı sanılanın aksine işin kolayına kaçmak ve mevcut olan bir şeyin güzelliğini kendi yaratmış gibi sunmak olmayıp, deyim yerinde ise bir varlığın dış görünümünü ölümsüzleştirmek, belki farklı bir bakış açısıyla sunmak için kullanılır. Esasen bunu yapabilmek kolay değildir. Zira güzel sanat eseri niteliğini taşıyan bir görüntüyü yakalayabilmek ve onu kalıcı hale getirebilmek fotoğrafçının kendisine has bir estetik algı ve beceriye sahip olmasını gerektirir. Yani fotoğrafların estetik değere sahip olması ve dolayısıyla güzel sanat eseri olarak kabul edilmesi fotoğrafçının sanat yeteneği, estetik algısı ve becerisi ile ilgilidir. Bu anlamda olmak üzere fotoğrafın çekilmesindeki hazırlık çalışmaları ve fotoğrafçının onun üzerine yansıttığı sanat yeteneği esas alınacaktır[84].

Fotoğrafların güzel sanat eseri olarak değerlendirilmesi ve buna ilişkin hukuksal sonuçlar yönünden, fotoğrafa içerik olarak hususiyet katma imkanının son derece sınırlı oluşu, bir fotoğrafın kim tarafından çekildiğini tespit ve ispatın çoğu esere nazaran daha zor olması gibi güçlükler ortaya çıkmaktadır.

Fotoğraf eserlerinin güzel sanat eseri olarak değerlendirilmesi, uygulamada mimari eserlerde de karşılaşılan, bazı güçlükler arz etmektedir. Fotoğraf açısından bu güçlük esasen fotoğrafın son tahlilde bir nesnenin görüntüsünün belli bir cisim üzerine yansıtılmasından ibaret olması, bundan dolayı fotoğrafa içerik olarak hususiyet verme imkanının son derece sınırlı olmasından kaynaklanmaktadır. Fotoğrafçılıkta tespit işinin son

---

[83] **Byrne,** S./**Bettink,** C.: Photography and The Law of Copyright, IIC, 1989, 20/1, 37-53 (**Ateş,** s.236'dan naklen).

[84] **Ateş,** s.236; **Kılıçoğlu,** s.132-133.

adımda teknolojik bir cihaz, makine tarafından yapılıyor olması da, resim yapan bir ressam ya da heykeltraştan farklı olarak, çoğu zaman bir fotoğrafın kim tarafından çekildiğini anlamayı zorlaştırabilmektedir. *Kummer*'in ifadesiyle[85] "*Picasso* ve *Buffet* aynı horozun resmini yapsalar, meydana gelen eser "*Picasso*" ve "*Buffet*" olur; buna karşılık, *Ylla* ve *Klages* aynı horozun fotoğrafını çekseler, horoz horoz olarak kalır, hususiyetten sanatçıyı teşhis ise belki mümkün olur, fakat çok defa olmaz". Bu zorluk dolayısıyla fotoğraf eserlerinde eser sahibinin hususiyeti (özelliği) konu seçiminde ve fotoğraf tekniğinde, estetik değer ise içeriğin çıplak gözle görülebilecek olandan başka bir şekilde yansıtılabilirliğinde ya da içeriği farklı bir bakış açısıyla sunabilmesinde aranmalıdır[86]. *Troller*[87] de bu yönde "Eğer fotoğraf bize şahısları ve eşyaları bizim gördüğümüz şekilden başka bir şekilde gösterebiliyorsa, onda hususiyet bulunduğunu teslim etmeliyiz" demektedir.

Uygulamada estetik değer taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın fotoğrafların genel olarak telif hakları kapsamında korunması gibi bir eğilim olduğu söylenebilir. Oysa güzel sanat eseri olarak fotografik eserler, fotoğrafçılık sanatı ve tekniğine göre meydana getirilmiş estetik değeri

---

[85] "Malen *Picasso* und *Buffet* den gleichen Hahn, dann ensteht ein "*Picasso*" und ein "*Buffet*"; fotografieren *Ylla* und *Klages,* wird der Hahn Hahn bleiben und eine Individualisierung des Künstlers nur vielleicht, meist aber nicht erlauben": **Kummer,** s.207. *Kummer* (s.207) fotoğrafa hususiyet verme imkanının diğer sanat eserlerine nazaran daha güç olduğunu belirtmiştir.

[86] **Erel,** s.71; **Öztrak,** s.27; **Ateş,** s.237. *Ayiter* her halde estetik orijinal fotoğraflar bulunduğu inkar edilemezse de, hukuksal himaye bakımından fotoğrafları böyle ayırmanın, fotoğraftaki sanatkârane unsuru bulup çıkarmanın hukuk uygulayıcısına çözemeyeceği bir ödev yüklemek anlamına geleceğini ileri sürmüştür. Yazar o dönemdeki bazı yabancı hukuk düzenlemelerine değinerek, uygulamada ayrıma ilişkin ortaya çıkan bu güçlük nedeniyle fotoğraf eserleri için hususiyet kavramının genişletildiğini ifade etmiştir: **Ayiter,** s.55. Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun da güzel sanat eseri niteliğindeki fotoğraflar ile diğer fotoğrafları farklı hükümlerde koruyan bir anlayış benimsediği görülmekteyse de, fotoğraflar arasında sınır çizmenin yarattığı güçlük nedeniyle hukuksal himaye bakımından koruma süresi dışında aralarında fark gözetilmediğini söylemek mümkündür.

[87] **Ayiter,** s.55'den naklen.

bulunan fikri ürünlerden oluşur[88]. Ancak bu nitelikteki fotoğraflar FSEK md.4 kapsamında koruma konusu olabilir.

Estetik değeri olmayan, güzel sanat eseri olarak nitelendirilemeyen fotoğraflar ise, koşulları varsa, FSEK md.2/3 hükmüne göre ilim ve edebiyat eseri olarak korunur. FSEK anlamında eser tanımına girmeyen, eser olarak değerlendirilemeyen fotoğraflar ise haksız rekabet hükümlerine göre korunabilir. Nitekim Yargıtay bir kişiye ait fotoğraf ve diaların (slaytların) bir üçüncü kişi tarafından kamping tanıtımıyla ilgili bir broşürde kullanılması ve dağıtımı eyleminin FSEK md.84'de atıfta bulunulan haksız rekabet hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir[89].

bb) Slaytlar

"Slayt" saydam bir yüzey üzerine alınmış, projeksiyonda kullanılmaya özgü pozitif görüntüdür. Başka bir deyişle, saydam tabaka üzerine çekilen fotoğraflara slayt denilmektedir. Slaytlar "projeksiyon filmi", "diyapozitif" veya sadece "dia" olarak da adlandırılmaktadır. FSEK md.4'ün 5.bendine sonradan eklenen "slaytlar" ibaresi fotoğraf slaytlarının, yani bunlarla aynı şey olan projeksiyon diyapozitiflerinin de güzel sanat eseri sayılacağını belirtmektedir. Ancak Kanunun sinema eserleriyle ilgili 5.maddesinde yer verilmiş olan ve aynı anlama gelen "bedii mahiyette olan projeksiyon diyapozitifleri" yanında, güzel sanat eserleriyle ilgili 4.maddenin 5.bendinde "slayt" terimine yer verilmiş olması doktrinde haklı eleştirilerle karşılanmıştır[90]. Nitekim bunun üzerine, FSEK'in 5.maddesi 4630 sayılı Kanunla değiştirilerek bu karışıklık giderilmiş, projeksiyon diyapozitiflerinin sinema eseri olarak mükerreren korunmasına son verilmiştir. Böylelikle slaytlar ile aynı nitelikte olan projeksiyon diyapozitiflerinin farklı eser kategorileri altında düzenlenmiş olmasından

---

[88] "FSEK'in 4.maddesinin 5inci fıkrasına göre, fotoğrafın güzel sanat eseri sayılabilmesi için bedii vasfı haiz olması gerekir. Bu itibarla bir fotoğraf üzerinde FSEK'e göre hak iddia edilebilmesi halinde öncelikle o fotoğrafın bedii vasfını haiz olup olmadığının tespiti gerekir": 11.HD, 21.3.1989, E.1998/4668, K.1989/1821 (**Suluk/Orhan,** s.206-207).

[89] 11.HD, 26.4.1983, E.833/2205, K.83/2172 (YKD Ags.1983, 1189-1191).

[90] Bkz. **Erel,** s.72; **Ateş,** s.238.

kaynaklanan sakıncalar ortadan kalkmıştır. Bu gelişme olumlu niteliktedir, zira slaytlar veya diğer adıyla diyapozitifler gerek meydana getirilmeleri gerekse nitelikleri açısından fotografik eserlerdir. Bu nedenle fotoğraflar gibi FSEK md.4/5 kapsamında koruma getirilmesi yerinde olmuştur.

2. İlim ve Edebiyat Eseri Olarak Fotoğraf: "Bedîi Vasfı Bulunmayan Her Nevi Teknik Ve İlmî Mahiyette Fotoğraf Eserleri"

a) İlim ve Edebiyat Eseri Kavramı

İlim ve edebiyat eserleri[91], FSEK'de ilk sırada yer almakta ve kapsam olarak en geniş eser kategorisini oluşturmaktadır. Bu kategoriye giren eserler Kanunun 2.maddesinde üç bent halinde düzenlenmiştir[92]. Bu bentlerden ilkinde "dil ve yazı ile ifade olunan eserler" ve "bilgisayar programları", ikincisinde "sözlü olmayan sahne eserleri", konumuzla ilgili üçüncüsünde ise "bedii vasfı bulunmayan bilimsel ve teknik resim, fotoğraf eserleri, haritalar, kroki vb.eserler" yer almıştır.

Doktrinde de dile getirildiği üzere, Kanunun 2.maddesinin kapsamı, madde başlığının sözlük anlamını aşacak kadar geniş tutulmuştur[93]. Zira bu kategori içerisinde sayılan eserler arasında ortak noktalar bulmak

---

[91] Tarihi seyri içinde bakılacak olursa ilim ve edebiyat eseri kavramı, eski deyimiyle "kalem mahsulü" olan yazılı şekildeki fikir ve sanat eserleri için kullanılmıştır. Daha sonra ise, sadece yazıyla değil, sözlü olarak ifade edilen eserler de ilim ve edebiyat eseri kavramı kapsamında ele alınmaya başlanmıştır. Bugün pek çok ülke hukukunda bizdeki ilim ve edebiyat eseri kavramını karşılamak üzere "literary works" deyimi kullanılmaktadır. Bu deyim ister yazılı ister sözlü şekilde olsun, ifade aracı olarak dilin kullanılması suretiyle meydana getirilen tüm eserleri kapsar.

[92] FSEK md.2/I "İlim ve Edebiyat Eserleri"- İlim ve edebiyat eserleri şunlardır: 1) Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları, 2) Her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri, 3) Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri.

[93] **Ayiter,** s.44; **Erel,** s.57.

ve aralarında bir bağ oluşturmak son derece zordur[94]. Kanımızca sadece ilim ve edebiyat eserleri değil, diğer eser kategorilerini düzenleyen hükümlerin gözden geçirilmesi suretiyle uluslararası hukuk ve diğer ülkelerin modern düzenlemelerine paralel bir şekilde yeniden ele alınması yerinde olacaktır.

b) Görsel Olarak İfade Olunan İlim ve Edebiyat Eseri ve Unsurları

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 2.maddesinde yazı ve konuşma diliyle ifade olunan eserler ile beden diliyle ifade olunan eserlerden başka, ifade aracı olarak çizgi, resim, fotoğraf ve benzeri teknikler kullanılması suretiyle iki veya üç boyutlu cisimler üzerinde meydana getirilen eserlerden bir kısmı, ilim ve edebiyat eserleri kategorisinin üçüncü bir alt grubu olarak düzenlenmiştir.

Anılan maddenin 3.bendinde "Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri" ilim ve edebiyat eseri sayılmıştır (FSEK md.2/3)[95].

---

[94] Kanunun ilim ve edebiyat eserlerini düzenleme tekniği modern telakkilere uymamaktadır. Nitekim *Ayiter* de FSEK'in 2.maddesinin Almanya'nın eski kanunundan hukukumuza geçtiğini belirtmektedir (s.44). Oysa ki, Alman hukukunda eski tasnif tarzı 1965 tarihli yeni Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun kabulüyle birlikte değişmiştir: Alman UrhG § 2'de fikir ve sanat eserleri: 1) Yazılı eserler ve konuşmalar gibi edebi eserler ile veri işleme programları, 2) Musikî eserler, 3) Koreografik çalışmalar dahil pandomim eserler, 4) Mimari eserler, uygulamalı sanat eserleri, planlar ve bu gibi eserlerin taslakları dahil artistik eserler, 5) Fotoğraf eserleri ve fotoğrafçılık usullerinden yararlanılarak meydana getirilen diğer benzeri eserler, 6) Sinema eserleri ve sinemacılık tekniği kullanılarak üretilen diğer eserler, 7) Bilimsel ve teknik nitelikteki resimler, çizimler, planlar, haritalar, taslaklar, tablolar ve üç boyutlu tasvirler, şeklinde gruplandırılmıştır.

[95] Bu gruptaki eserler Bern Anlaşması'nın 1886 yılında kabul edilen ilk metniyle birlikte Anlaşmaya dahil edilmiştir (**Ricketson** (Convention), s.282-284). Diğer ülkelerin çoğunda bu tür eserlerin dil veya beden diliyle ifade olunan eserlerden bağımsız ve başlı başına bir veya iki ayrı eser grubu oluşturacak şekilde düzenlendiği görülmektedir. Örneğin, Almanya UrhG § 2/1 son bendinde bunlar müstakil bir eser gru-

Bu alt grupta yer alan eserler, fotoğraflar hariç olmak üzere, ilk kez Hakkı Telif Kanunu'nda düzenleme konusu olmuştur[96]. Şimdiki yasamızda ise konu 1901 tarihli Alman Kanunu'ndan esinlenerek düzenlenmiştir[97]. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na esas teşkil eden Öntasarıyı hazırlayan *Hirsch*'in eserlerine bakıldığında, yazarın Hakkı Telif Kanunu'nda adı geçen diğer eserler sayılmışken fotoğrafa yer verilmemiş olmasını dikkat çekici bulduğu; bu durumun, o dönemin şartlarında fotoğrafa önem verilmemesi ve Hakkı Telif Kanunu'nu hazırlayan yasa koyucunun fotoğrafı bir çoğaltma vasıtası olarak görmesinden kaynaklandığını düşündüğünü ifade ettiği görülmektedir. Ancak *Hirsch* 'in fotoğrafların da belli koşulları haiz olması halinde hukuksal korumayı haiz olmasına yönelik düşüncesi, Alman Kanunu'nda mevcut düzenlemelere paralel yönde, hazırladığı Öntasarıda ve sonrasında FSEK'de varlık kazanmıştır.

Bu gruba giren ilim ve edebiyat eserlerinin de bir eserde var olması gereken ve daha önce ele alınmış olan objektif ve subjektif unsurları taşımaları bir zorunluluktur. Bu gruba giren eserlerin korunabilmeleri için, herhangi bir eserde bulunması gereken bu genel özellikler yanında, "tespit olgusunun bulunması"[98], "estetik niteliğe sahip olmama" ve "ilmi ve teknik bir konuyu öğretme, açıklama" gibi ek unsurlar aranacaktır.

Bu eserler ilmi ve teknik niteliği haiz olmakla birlikte estetik niteliği bulunmayan eserlerdir ki; bu özellik onları Kanunda ayrı bir eser sınıfı

---

bu olarak yer almış; İsviçre (md.2/1-d) ve Fransa (md.2/11,12) Kanunlarında ise iki ayrı grup altında düzenlenmiştir.

96 Hakkı Telif Kanunu'nun 2.ve 7.maddelerinde bu tür eserlerden söz edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hirsch,** s.148 vd.

97 **Arslanlı,** s.19.

98 İlim ve edebiyat eserleri kategorisinde yer alan diğer eser türleri için kural olarak tespit zorunluluğu yoktur. Eser sahibinin hususiyetini taşımak koşuluyla, kağıda yazılı bir hikaye kadar, herhangi bir ortama tespit edilmemiş olup, sözlü olarak anlatılan bir hikaye de korunur. Keza, raks, koreografi, pandomimalar maddi bir ortama tespit edilmemiş olsa da korunur. Çünkü dil ile ifade olunan eserlerde önemli olan tespit edilmiş olmak değil, "tespit edilebilir" bir niteliğe sahip olmaktır. Buna karşın, bir fotoğrafı, haritayı, krokiyi, planı veya maketi sözlü şekilde ifade etmek mümkün değildir. Beden diliyle de bu nitelikte bir eser vücuda getirilemez. O nedenle, bu alt gruba giren ilim ve edebiyat eserleri bakımından tespit edilebilir olmak yeterli değildir, bunların aynı zamanda herhangi bir ortama tespit edilmiş olması gerekmektedir: Bkz. **Ateş,** s.185.

olarak düzenlenen güzel sanat eserlerinden ayırır. Bununla birlikte bu tür eserler de, güzel sanat eserlerinde olduğu gibi, kural olarak insanın görme duyusuna hitap ederler, yani görsel *(visual)* fikri ürünlerdir. Yasa koyucu, güzel sanat eserleri ile FSEK md.2/3'de yer verilen iki ve üç boyutlu görsel eserleri, müşterek özelliklere sahip olmalarına rağmen, pratik gerekçelerle farklı hükümlere tâbi kılmıştır. Bu ayrımda kullanılan temel kıstas bedii vasfı/estetik değeri haiz olup olmamaktır. "Bedii vasıf" ya da diğer deyişle "estetik değer/nitelik" insanın güzellik duygusunu tatmine hizmet eden bir özelliktir. Dolayısıyla, güzel sanat eserlerinde asli amaç insandaki güzellik duygusunu tatmin etmektir.

İşte, FSEK md.2/3'de yer verilen eserler, bu amaca matuf olarak üretilmemiş ya da nitelikleri gereği de bu amacı gerçekleştirecek düzeyi taşımayan eserlerdir. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu eserler estetik bir değere de sahip olabilir. Örneğin, *Leonardo da Vinci*'nin anatomi üzerine yaptığı resim ve krokiler bilimsel bir muhtevayı açıkladıkları gibi, aynı zamanda birer sanat şaheseri olarak kabul edilmektedir. Bu ve benzer hallerde, bu eserler hem ilim ve edebiyat eserlerine (FSEK md.2/3), hem de güzel sanat eserlerine ilişkin hükümler çerçevesinde korunur[99]. Yani bu eserlerden bir kısmı saf ilmi ve teknik niteliği haiz olup doğaları gereği estetik nitelik taşımazken; bir kısmı bir yönden ilmi ve teknik amaçlara hizmet ederken bir yönden de estetik unsurları barındırabilir.

Bu eserlerde üçüncü temel unsur kendisini eserin tahsis edildiği gayede gösterir. Hükümde yer alan "her nevi ilmi ve teknik mahiyette" şeklindeki ifade ilk bakışta bu tür eserlerin bilimsel veya teknik bir konuyu içermesi gerektiği gibi bir sonuca götürebilir. Bununla birlikte doktrinde işaret edildiği üzere, bu hüküm Kanuna Alman hukukundan geçmiş ve "ilmi ve teknik" kavramı (wissenschaftlicher oder technischer Art) Almanya'da esas itibarıyla "eserin konusu" değil, "tahsis edildiği gaye" olarak yorumlanmıştır. Bu sebepten ötürü, "her nevi ilmi ve teknik mahiyette eser" ifadesinin, Türk hukuk uygulamasında da "ilmi ve teknik sahada öğretime tahsis edilmiş ürünler" olarak anlaşılması yerinde olacak-

[99] **Ayiter,** s.46; **Ateş,** s.186; **Öztrak,** s.22.

tır[100]. Buradan hareketle, FSEK md.2/3 hükmünün konuluş gayesini, estetik değeri bulunmayan ve fakat belirli bir bilimsel veya teknik konuyu yüzey ya da cisim halinde açıklamak ve öğretmek amacıyla meydana getirilen fikri ürünleri korumak şeklinde algılamak mümkündür. Eğer, fotoğraf, resim, maket, harita, plan, proje veya tasarım gibi bir fikri ürün öğretici, açıklayıcı ve uygulamayı sağlayıcı[101] bir içeriğe sahip ise, FSEK md.2/3 kapsamına giren bir eserden söz edilebilir. Örneğin, bir ören yerinin yeniden yapılandırılmasını gösteren çizgi ve resimler[102], estetik değere sahip olmasalar dahi, açıklayıcı bir içeriğe sahip oldukları için bilimsel eser niteliğindedir. Bir cilt hastalığının vücutta açtığı yarayı gösteren fotoğraf[103], özgün örgü teknikleri ve elbise örneklerini gösteren fotoğraf ve resimler, turistik yerlere dair haritalar gibi pek çok ürünü açıklayıcı içeriğe sahip ilmi ve teknik eserlere örnek olarak göstermek mümkündür.

Doktrinde *Bozgeyik*[104] de, FSEK md.2/3 kapsamındaki eserlerde hususiyetin eğitici, öğretici ve açıklayıcı nitelikte görüldüğüne işaret etmiştir. Bununla birlikte, yazara göre herkes tarafından tekrar edilen ve anonim nitelik taşıyan çalışmalarda, bunların sunumunda bir orijinallik olmadığı sürece hususiyetten söz edilemez.

Reklam afişleri, vakit geçirmek amacıyla hazırlanan bulmaca ve bilmece ile ilgili çizim, şekil ve resimler, ticari tanıtım amacıyla hazırlanan katalog ve fiyat listelerine konulan fotoğraf, resim ve çizimler ile benzeri ürünler FSEK md.2/3 kapsamında korunamaz[105]. Zira bu tür ürünlerde genellikle ilmi ve teknik bir muhtevayı öğretme, açıklama veya uygulamayı sağlama gibi nitelikler bulunmaz. Bunlardan estetik değere sahip olanlar FSEK md.4, bu niteliğe sahip olmayanlar koşulları varsa

---

[100] **Arslanlı,** s.19-20; **Ayiter,** s.46 vd; **Ateş,** s.187; **Erel,** s.61; **Tekinalp,** § 10 Nr.42, s.115; karş. **Hirsch,** s.149.

[101] Uygulamayı sağlayıcı içeriğe sahip bilimsel eserlere daha çok planlar, projeler, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri ile endüstri, çevre ve sahne tasarım projeleri örnek verilebilir: **Ateş,** s.187.

[102] **Tekinalp,** § 10 Nr.41, s.114-115.

[103] **Ateş,** s.187.

[104] **Bozgeyik,** s.200.

[105] **Arslanlı,** s.19; **Ateş,** s.189; **Öztrak,** s.19; **Yarsuvat,** s.60; **Erel,** s.61-62; **Kılıç,** s.116.

haksız rekabet hükümleri ve sınai resim ve modellerin korunmasına dair hükümler çerçevesinde korunabilirler.

c) Teknik ve Bilimsel Nitelikte Fotoğraf Eserleri

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md.2/3 anlamında fotoğraf ve resimler, estetik niteliğe sahip olmayan fotoğraf ve resimlerdir. Bu hüküm kapsamında koruma konusu olan fotoğraf ve resimler, estetik niteliği bulunmasa ve sıradan bir ürün olsa da, teknik ve ilmi bir amaç için meydana getirilmiştir. Başka bir deyişle, bu anlamda fotoğraf veya resim bir konuyu öğretici, açıklayıcı veya uygulamayı sağlayıcı bir içeriğe sahiptir. Bu sebeple, bir bilimsel eserde bulunan ve belli konuların açıklanması ve öğretilmesi amacına hizmet eden resim ve fotoğraflar bu kapsamda korunur. FSEK md.2/3 kapsamındaki eserlerde hususiyet, eğitici, öğretici ve açıklayıcı niteliklerinde görülür[106].

Tıp alanında bilimsel nitelik taşıyan fotoğraf eserlerinde hususiyet, bunların içerdiği mesleki bilgiyi yansıtmalarında görülür. Ameliyat veya hastalıklara ilişkin fotoğraflar buna örnek verilebilir. Geliştirilen bir ame-

---

[106] Alman hukukunda *Platena* fotografik çalışmaların özellikle fen/doğa bilimlerinde vazgeçilmez olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte bu alandaki fotoğraflar ancak eser olmanın koşullarını haiz ise UrhG § 2 kapsamında koruma bulacaktır. Dolayısıyla, örneğin uydu görüntülerinde (bei Satellitenaufnahmen) olabildiğince doğrudan, objektif bir görüntülemenin söz konusu olduğu, böylece biçimlendirme alanının (Gestaltungsspielraum) varlığından söz etmenin güçlüğü dikkate alındığında; yaratıcı, biçimlendirici bir beceri ve yetenek unsurunun şüpheyle karşılanması doğaldır. Aynı durum eser sahibinin ferdiyetini, özelliğini yansıtan hususiyet unsuru açısından da geçerlidir. Yazar buna rağmen, bilimsel alanda fotoğrafların şahsi fikri yaratımlar olarak ele alınmasına kapının kapatılamayacağını, somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirme yapılması (Frage des Einzelfalls) gerektiğini savunmaktadır: **Platena,** s.247. *Loewenheim* ise teknik veya bilimsel nitelikteki fotoğraflarda çoğunlukla belirli bir araştırma sonucunu olabildiğince gerçeğe uygun, teknik olarak mükemmel şekilde yansıtma, iletme amacı olduğundan, bu tür fotoğrafların genelde ferdi niteliği haiz olmayacağından UrhG § 2 kapsamında eser korumasından ziyade, UrhG § 72 kapsamında emsalde fotoğraf olarak korunacağına işaret etmiştir. Yine bu yazar da fotoğraflanan konunun yaratıcı bir şekilde tasvir edilebilmiş olması, örneğin arka planın kullanımında veya bakış açısında bir özellik/hususiyet olması halinde, eser korumasının gündeme geleceğini dile getirmiştir: **Loewenheim,** § 9 Rdn.155, s.139. İsviçre hukukunda *Arnet* ise bilimsel fotoğrafların telif haklarıyla korunamayacağını, ancak tamamlayıcı haksız rekabet hükümleriyle koruma sağlanabileceğini (UWG Art.5 lit.c) ileri sürmüştür: Bkz. **Arnet,** s.9.

liyat tekniğini açıklayan bilimsel çalışma veya sadece bu amaca yönelik fotoğraflar ilim ve edebiyat eseri (FSEK md.2) niteliği taşır. Bununla birlikte doktrinde *Bozgeyik*[107] tıp alanındaki bilimsel fotoğrafların mutlaka bir yöntem veya tekniği açıklama amacı taşımasının gerekli olmadığını savunmuştur. Buna göre, bir hastalığın tedavi sürecindeki seyri veya hastalığın incelenmesine, açıklanmasına ve anlatılmasına yarayan görüntülerde hususiyet mesleki bilginin şekillenmesidir. Örneğin, bir diş hekimi tarafından tedavi aşamasında görülen spesifik bir durumu açıklayan veya hastadan belirli zamanlarda alınmış fotoğraflar ile bunları içeren poster veya vaka çalışmalarındaki özgünlük, söz konusu materyaller kullanılarak ortaya konulan, elde edilen bilgidir. Bir bilimsel çalışmada yer verilen fotoğraf metnin bir parçasıdır ve metin kadar önemlidir. Yine yazar, bir üçüncü kişinin aynı fotoğraf üzerinden ürettiği, çıkarım yaptığı farklı bilgilerin ise önceki esere ilişkin fikri hakları ihlal etmeyeceğini ifade etmiştir[108]. Buna karşılık, doktrinde *Tekinalp*[109] bir ameliyatın yapılışı, yapanın ve dolayısıyla ameliyatın hususiyeti fotoğrafa yansımadan sadece görüntülenmişse, söz konusu fotoğrafların FSEK'in kapsamı dışında kalacağını ileri sürmüştür. Buna göre, eğer ki ameliyat yapanın hususiyetinin ürünü olan yöntem fotoğraflarla açıklanıyor ise, fotoğraflar FSEK'ce korunacaktır.

Bir bitki hastalığının çeşitli ağaçlarda görünüşü eser sahibi tarafından tespit edilip, görüntülenip bir yazı çerçevesinde ya da bağımsız olarak yayımlanmış ise veya bir aşının etkileri fotoğraflarla tespit edilmiş ise, fotoğraflar korunur. Bir hastalığın çeşitli şekillerdeki görünüşü, konuyu açıklayan eser sahibince fotoğraflarla tespit edilmiş ise, fotoğraflar kaynak göstermeden başkası tarafından alınamaz[110]. Yine insan gözüyle birebir algılanması güçlük arz eden doğa olaylarını konu alan bilimsel

---

[107] **Bozgeyik,** s.195.

[108] **Bozgeyik,** s.196.

[109] **Tekinalp,** § 10 Nr.28, s.109. Doktrinde *Öztan* ise konuya ilişkin olarak, bazen bir fotoğrafta yapılan, ilmi ve/veya teknik düşünceyi açığa çıkaracak özellikteki rötuşlarla da bir bilimadamının ilmi yeteneğinin günışığına çıkmasının sağlanabileceğini ifade etmiştir: **Öztan,** s.127.

[110] **Tekinalp,** § 10 Nr.28, s.109.

çalışmalarda, örneğin deniz canlılarının doğumunu konu alan ve açıklayan sualtı fotoğraf ve görüntüleri FSEK kapsamında korunacaktır.

Arkeolojiye dair bir kitaptaki kazı görüntüleri, kazıyı gerçekleştiren tarafından veya onun izni ile çekilmiş/çektirilmiş ise korunur. Doktrinde hiç kimsenin kendisine ait olmayan kazının görüntülerini kaynak göstermeksizin alamayacağı; izin alınmamış ise, kaynak gösterilse dahi, FSEK md.14'e aykırılık gündeme geleceği ifade edilmiştir[111]. Buna karşılık, bir ören yerinin görüntüsü veya görüntüleri toplum belleğine yerleşmiş kabul edilebiliyorsa (örneğin, Efes, Aspendos, Hasankeyf), bu görseller korunmaz. Ancak bilinen bir yerde yeni kazı varsa, bunların fotoğrafları izinsiz kullanılamaz[112].

---

[111] **Tekinalp,** § 10 Nr.28, s.109. Kanımızca bu halde kazıyı gerçekleştirene yasal bir lisans hakkı (Bkz. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu md.43-Yayım hakkı) tanınmış bulunduğunu kabul etmek gerekir. Zira fikir ve sanat eserleri hukukunun geleneksel ilkeleri çerçevesinde kazıyı gerçekleştiren yaratıcı faaliyetiyle bir eser ortaya koymamaktadır, bu anlamda eser sahibi değildir.

[112] **Tekinalp,** § 10 Nr.28, s.109. Davacının arkeolojik araştırması sonucu ortaya çıkardığı varlıklarla ilgili davalının eser yayımlaması halinde ortaya çıkan hukuksal uyuşmazlıklarda Yargıtay, davacının 5846 sayılı Yasa uyarınca kazılardan çıkarılan eserlerin sahibi olmadığının açık olduğunu; bununla birlikte, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 43.maddesi uyarınca kazı, sondaj ve araştırmalarda meydana çıkacak olan varlıkların görüntülenmesi ve yayım hakkının davacıya ait olduğunun sabit olduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkeme uyuşmazlığa hangi hukuksal hükümlerin uygulanacağına dair olarak ise şöyle bir tespitte bulunmuştur:.. " Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'nun konusu eser sahibinin korunması iken, haksız rekabet hukukunun konusu dürüstlük ilkesine aykırı yöntem ve uygulamalara karşı emek ilkesi uyarınca emeğin korunmasıdır. Burada haksız rekabet hükümleri ikincil değil, doğrudan doğruya uygulanabilir hükümler olarak gözönünde bulundurulur ve uygulanır. Davacı yukarıda açıklanan kazılardan elde edilen tabletlerin eser sahibi değildir. Ancak yaptığı kazılardan elde ettiği buluşlara dayanarak yayın yaparak bir eser yaratmayı düşünmüştür...": HGK, 1.05.2002, E.2002/4-350, K.2002/354 (www.kazanci.com, 8.08.2011). Yine bkz. 4.HD, 1.7.1977, E.1976/5913, K.1977/7617 (www.kazanci.com, 8.08.2011). Anılan bu kararlara ilişkin doktrinde *Odman Boztosun* değerlendirmede bulunmuştur. Her iki kararda da dikkat çeken husus, özel bir düzenleme ile yayın hakkı kazı sahibine tanınmış olmasına rağmen haksız rekabet hükümlerine başvurulmuş olmasıdır. Her iki kararda da izin alarak kazı yürüten davacıların eserlerin sahibi olmadıkları ve eser sahipliği hakkından yararlanamayacakları vurgulanmıştır. Halbuki söz konusu özel düzenlemelerle, kazı sahiplerine ortaya çıkardıkları eserler konusunda münhasır yayın hakkı tanınmaktadır. Bu hak, kazı sırasında ortaya çıkacak olan varlıkların üze-

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md.2/3 kapsamına giren eserlerin korunması bakımından "estetik değer" e sahip olmasının gerekmediğini ifade etmiştik. Estetik nitelik esasen FSEK.md.4 kapsamındaki eserler için söz konusudur. Görsel nitelik taşıyan bir eserin her zaman estetik değere sahip olduğu söylenemez. Keza, doğal olarak bütün fotoğraf eserleri göze hitap eder. Fakat güzel sanat eseri olan fotoğraflar (FSEK md.4/5) doğrudan doğruya insanın sanat duyusuna hitap ederken, ilim ve edebiyat eseri olarak değerlendirilen fotoğraflar genellikle bu nitelikte değildir. Bunun gibi doktrinde *stock photography* adı verilen iş kapsamında üretilip pazarlanan fotoğrafların da kural olarak fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında güzel sanat eseri olmayacağı ifade edilmiştir[113]. İlk bakışta böyle düşünülebilirse de, stok fotoğraf sitelerinde yer verilen tüm fotoğrafların eser niteliğinde olamayacağı şeklinde mutlak katı bir tutum izlemek yerine, somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirme yapmanın daha yerinde olacağı kanısındayız.

Yine doktrinde *Bozgeyik*[114] bir gazete veya dergide yayınlanan basın fotoğraflarında hususiyetin haber değerinin varlığında aranacağına işaret etmiş; bu fotoğrafların FSEK md.2 kapsamında korunabileceğini belirtmiştir. Bu görüşe katılmaktayız, ancak kanımızca her gün yazılı ve görsel basında sayılamayacak kadar çok yer verilen basın fotoğrafları genel olarak "eser" korumasını haiz olamamalıdır; aksi takdirde korumanın kapsamı çok genişler. Zira bu fotoğraflar çoğunlukla toplumu aydın-

---

rindeki eser sahipliği hakkından tamamen farklıdır ve özel hükmün yaptığı yollama dolayısıyla FSEK hükümleri uyarınca korunmalıdır. Yayın hakkının ihlal edildiğinin sabit olması halinde davanın kabulü için herhangi bir ek koşul aranmasına gerek yok iken, haksız rekabet hükümlerine dayanılması durumunda olayda haksız rekabetin koşullarının gerçekleştiğinin tespiti gerekecektir: Bkz. **Odman Boztosun,** A.: Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Aralık 2005, C.XXI, s.206 vd.

[113] **Bozgeyik,** s.208-209. Büyük stok fotoğraf ajanslarından biri olan *Gettyimages* bünyesindeki fotoğraflara ilişkin uyuşmazlıkları konu alan bazı yargı kararlarında, fotoğrafların eser niteliğine ilişkin verilere ve değerlendirmeye yer verilmediği görülmekte; fotoğrafların izinsiz kullanılması nedeniyle tazminat hesaplanırken nasıl bir yöntem izlendiği anlaşılamamaktadır: Bkz. **Suluk/Orhan,** s.213-214.

[114] **Bozgeyik,** s.202.

latma, merak giderme veya ispat gibi amaçlarla tespit edilmiş, eser olma koşullarını haiz olmayan görsellerdir. Basın fotoğraflarının genellikle basın muhabirlerinin olayları anında yakalamaya ve görüntülemeye yönelik el çabukluğu ürünü ya da magazinel nitelikte olduğu dikkate alınırsa, güzel sanat eseri olarak değerlendirilmesindeki güçlük açıktır. Ancak ilim ve edebiyat eseri olarak korunmanın değindiğimiz koşullarını haiz olması durumunda, FSEK md.2 kapsamında korumanın sağlanmasının mümkün ve de gerekli olduğu kanısındayız.

İstanbul 3.Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin yakın tarihte vermiş olduğu bir karara konu olan uyuşmazlıkta; fotoğrafçı N.K., Hrant Dink cinayetinin protesto edildiği bir yürüyüşte çekmiş olduğu fotoğrafın NTV Almanağında izinsiz kullanılması nedeniyle dava açmış; sonucunda davacı lehine maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir. Yerel Mahkemenin dayanak aldığı bilirkişi raporunda, fotoğrafların basın fotoğrafı niteliğinde olduğu ve görsel anlatım aracı olarak bağlı oldukları manşet ve haber metni ile birlikte anlam kazandığı, estetik bir değer taşımaması sebebiyle sadece gerçek bir olayı görselleştirmesi bakımından haberin gerçekliğini ve geçerliliğini gösterdiği, sanatsal değil bilgilendirici bir işlev üstlendiği, eser niteliğinde olmadığı ve görsel materyal olarak telif bedeli ödenmesinin uygun olacağı yönünde görüş belirtilmiştir. Kanımızca, Yerel Mahkemenin burada "eser niteliğinde olmadığını" ifade ettiği bir fotoğrafa "telif bedeli" ödenmesine hükmetmesi, yarattığı çelişkiden ötürü, fikir ve sanat eserleri hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmaz. Yine, anılan kararda gözden kaçırıldığını düşündüğümüz önemli bir nokta vardır: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yasa koyucu, yalnızca estetik değere haiz fotoğrafları güzel sanat eserleri kapsamında korumakla yetinmemiş; bu değere sahip olmasa da, teknik ve bilimsel nitelikteki fotoğrafları da (FSEK md.2/3) koruma altına almıştır. Kanımızca, somut olayda uyuşmazlığa konu fotoğrafın FSEK md.2 kapsamında "eser" olma koşullarını haiz bir fikri çalışma olmasından ötürü korunması gerekmesine rağmen; gerek bilirkişi raporunda gerekse karar metninde

bu hususa hiç yer verilmediği, korumanın anlaşılır ve gerekçeli bir şekilde temellendirilemediği görülmektedir[115].

Fotoğraf eserlerinden bir kısmı salt ilmi ve teknik mahiyeti haiz olup, doğaları gereği estetik nitelik taşımayabilir. Ör: Adli tıp vaka incelemelerindeki görüntüler gibi. Bir kısmı ise bir yönden ilmi ve teknik amaçlara hizmet ederken, diğer yönden estetik unsurlar da barındırabilir. Örneğin, bir yöredeki bitki türlerini (flora) konu alan çalışmada yer alan fotoğraflarda, bilimsel öğelerin yanısıra estetik unsurlar da görülebilir. Kar tanelerindeki farklı geometrik şekilleri gösteren fotoğraflar bilimsel veya teknik bir nitelik taşısa da, sıradan şeylerdeki ayrıntıları ve güzelliği vurgulamak gibi sanatsal amaçlar da taşıyabilir[116]. Yine sualtı dünyasını keşfe yönelik fotoğraflarda da çoğu zaman bilimsel öğeler ile estetik unsurlar içiçe geçebilir. Bir fotoğrafın bu şekilde ikili özellik göstermesinin korumayı nasıl etkilediği açık değildir. Doktrinde bir görüş[117], böyle bir durumda eserin aynı zamanda güzel sanat eseri olarak da korunacağını, yani hem FSEK md.2 hem de FSEK md.4 kapsamında korunabileceğini kabul ederken; diğer bir görüş[118] ise, eserin artık bir güzel sanat eseri olarak korunacağı kanısındadır.

---

[115] İstanbul 3.Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 8.05.2012, E.2011/83, K.2012/97 (yayımlanmamış). Yargıtay'ın bir kararında ise, bir haberi aydınlatıcı nitelikteki fotoğrafın FSEK anlamında eser olmadığına ve olaya Basın Kanunu'nun uygulanması gerektiğinden bahisle fotoğrafın ancak izinle kullanılabileceğine hükmettiği görülmektedir: Bkz.11.HD, 24.06.1996, E.1996/3784, K.1996/4686 (**Suluk/Orhan,** s.552-553). Yüksek Mahkemenin somut olayda dava konusu fotoğrafların FSEK anlamında eser niteliği taşımadığına ilişkin tespiti doktrinde *Bozgeyik* tarafından hatalı bulunmuştur (s.202, dpn.115). Benzer uyuşmazlıklarda yüksek mahkemenin FSEK md.36'da düzenlenen serbestinin uygulanacağını öngörmesi de (Bkz. **Suluk/Orhan,** s.553 vd.da yer alan kararlar), FSEK md.36'daki serbestinin bu Kanun kapsamında korunan eserler için öngörüldüğünden hareket edildiğinde, belirsizliğe yol açmaktadır. Kanımızca yargı kararlarında fotoğrafların eser niteliği ve buna bağlı hukuksal sonuçlar yönünden, başvurulan bilirkişi raporları verilerine ve mevcut kanıya ilişkin daha doyurucu ve gerekçeli bir değerlendirmeye yer verilmelidir.

[116] **Bozgeyik,** s.201.

[117] **Arslanlı,** s.20; **Ayiter,** s.46; **Erel,** s.62-63.

[118] **Kaya,** s.324, dpn.12.

3. Değerlendirme

Kanımızca Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 2.maddesi 3.bentte sayılan eserlerin mutlak anlamda bedii (estetik) niteliğinin bulunmaması gerekmez. Yasa koyucunun bu hükümde amaçladığı estetik niteliğin aranmamasıdır, yoksa mutlak şekilde bulunmaması gerekliliği değil. Bununla birlikte, fotoğrafta tasvir edilen şeyin estetik niteliği olması ile fotoğrafın estetik nitelik taşımasının aynı anlama gelmediği de gözden kaçırılmamalıdır.

Bu hususa ilişkin değerlendirmeler uygulama açısından önem taşımaktadır. Fikri hak ihlali iddiaları karşısında bir fotoğrafın, FSEK md.2 ya da FSEK md.4 kapsamında mı yer aldığının önemi en çok mali hak bedelinin ve tazminat miktarının belirlenmesinde karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay bir kararında[119], farklı coğrafyalarda yaşayan Türklerin toplumsal hayatlarına dair fotoğrafların, aynı temadaki bir dergide izinsiz yayınlanması üzerine açılan davada, söz konusu fotoğrafları güzel sanat eseri kabul eden ve rayiç bedeli de güzel sanat eserleri sahiplerinin üyesi olduğu meslek birliğinin (GESAM) görüşüne göre belirleyerek hükme esas alan ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Buna karşılık, doktrinde *Bozgeyik*[120], sosyolojik bir eserde yer alan ve toplumların yaşayış şekillerini açıklayan günlük hayattan alınmış sıradan karelerin FSEK md.2 kapsamında korunabileceğine, zira bunlarda estetik niteliğin olmadığına işaret etmiştir. Buna göre, bu eserlerin izinsiz kullanılması halinde olası telif bedelleri belirlenirken, uzman olarak fotoğraf sanatçılarından değil, benzer çalışmaları yapan araştırmacı veya akademisyenlerden görüş alınmalıdır.

---

[119] 11.HD, 11.05.2004, E.2004/4528, K.2004/5302 (www.kazanci.com, 8.08.2011). Benzer uyuşmazlıklarda da tazminata hükmedildiği görülmekte, ancak tazminatın hangi yolla ve neye göre belirlendiği anlaşılamamaktadır. Böyle bir diğer kararda, birtakım fotoğrafların kaynak belirtilmeksizin/nereden iktibas edildiği belirtilmeden kullanıldığından bahisle tazminata hükmeden mahkeme kararı onanmıştır: Bkz. 11.HD, 20.02.2003, E.2002/8675, K.2002/1323 (**Suluk/Orhan,** s.207). Aynı şekilde bkz. 11.HD, 18.02.2003, E.2002/8817, K.2003/1262 (**Suluk/Orhan,** s.209). Karş. 11.HD, E.2005/7450, K.2005/6622 (**Özcan,** s.149).

[120] **Bozgeyik,** s.202.

Bir eserin hangi kategori içerisinde yer aldığının belirlenmesi çoğu zaman sorun teşkil etmez. Ancak uygulamada fotoğraf eserleri açısından ortaya çıkan çeşitli uyuşmazlıkların özellik arz ettiği gözlenmektedir. Bu konuda genellikle düşülen ikilem, benzer nitelikteki eserlerden hangilerinin ilim ve edebiyat eseri, hangilerinin ise güzel sanat eseri olarak korunacağına ilişkindir. Yine burada belirtmek gerekir ki, ihlalin kapsamı tecavüz oluşturan kullanımın niteliğine göre değil, ihlale maruz kalan hakkın niteliğine göre belirlenmelidir. Örneğin, bir harita veya plan (FSEK md.2/3) bir mühendislik bürosunun duvarını süslemek amacıyla kullanıldığında tazminat miktarı ihlale maruz kalan eser kapsamında FSEK md.68'de öngörülen ölçütlere göre belirlenir. Bu kullanım o plan görselini bir güzel sanat eseri haline getirmez. Bir biyoloji kitabında incelenen ilginç bir bitkiye ait fotoğraf, bir müzik CD'sinin kapağını süslediğinde de durum farksızdır. Aksi takdirde fotoğrafı her halükarda güzel sanat eseri kabul edip, tazminat miktarını ve diğer talepleri bu çerçevede belirlemek haksız sonuçlara yol açabilir[121].

Uygulamaya bakıldığında teknik inceleme ve görüşlerin çoğunlukla yeterli olmadığı; başta güzel sanat erbabı olmak üzere teknik bilirkişilerin kendi alanlarıyla ilgili fikri ürünlerde "eser" niteliğini peşinen kabul etme yönünde eğilimli oldukları; emeğin korunması ve eser sahibinin eserden mutlak yararlanma hakkı bakış açısıyla eserin hukuksal niteliğini yeterince değerlendirmeden görüş oluşturduklarını ifade etmek mümkündür. Ancak söz konusu görüşlerin fikir ve sanat eserleri hukukunun dayandığı temel kavramlar göz önüne alınarak yapılacak kapsamlı bir inceleme etrafında şekillenmesinin daha yerinde olacağı ve daha isabetli sonuçlara götüreceği açıktır[122]. Zira fikir ve sanat eserleri hukukunda asli amaç, bir

---

[121] **Bozgeyik,** s.214.

[122] **Bozgeyik,** s.214. Örneğin, Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin bir kararında, davacı tarafından açılan bir başka davada aynı fotoğrafa yaptırılmış bilirkişi incelemesinin detaylarına yer verilerek, yeniden bilirkişi incelemesine gerek olmadığına karar verilmiş; dava konusu kedi fotoğrafının güzel sanat eseri olduğunun nasıl tespit edildiğine ilişkin hususlara yer verilmiştir: "...Bilirkişi raporunda; davacıya ait kedi konulu fotoğrafların estetik değerinin bulunduğunu, hayal gücü ve yaratıcılık kullanılmak ve özel çaba sarfedilmek suretiyle fotoğraf çekimi yapıldığı, kedinin fotoğrafta sabitlenen ifadesi ile dekor ve ışık ayarının fotoğrafçının hayal

çalışmadaki fiili emeği değil, öncelikle fikri emeği korumaktır. Bir meslek mensubunun ürettiği her ürün onun fiili emeğinin (alın terinin, bilek gücünün) sonucu olsa da, fikri çaba ve aklının yani "akıl terinin"[123] ürünü olmayabilir. Bununla birlikte bu tür, fikri hukuk bünyesinde korunmaya layık kabul edilmeyen çalışmaların hukuksal korumadan bütünüyle mahrum olduğu da düşünülemez. Çalışmayı üreten, ortaya koyan kişinin genel hükümlere başvurma hakkı her zaman için söz konusudur[124].

Teknik bilirkişi görüşlerinde gündeme gelebilen bu tür problemlerin bir adım ötesi ve daha tehlikelisi, Yargıtay uygulamasının da etkisi ile mahkeme kararlarında söz konusu görüşlerin hükme doğrudan esas alınmakta olmasıdır. Yargıtay'ın geçmişte verdiği pek çok kararda dava konusu çalışmanın fikir ve sanat eserleri hukuku bağlamında eser olup olmadığını tartışmaksızın, çalışmanın türünü (fotoğraf, kitap, harita vb) dikkate alarak, doğrudan bunları "eser", çalışmayı üreteni de "eser sahibi" kabul ettiği ve doğrudan sonuca gittiği, örneğin FSEK md.68/2 veya md.70/3 uyarınca tazminata hükmettiği görülmektedir[125]. Örneğin, Yargı-

---

gücü ve yaratıcılığının bir ürünü olduğu, dolayısıyla davaya konu olan kedi fotoğraflarının güzel sanat eseri niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bilirkişi aynı zamanda davacının eser sahibi olduğunu da tespit etmiştir. Bu nedenle davalıların, davacıya ait kedi konulu fotoğrafları dergilerinde izinsiz kullanmak suretiyle FSEK'nun 4,15,21,22.maddelerinde belirtilen haklarının ihlal edildiği ve 68.madde uyarınca maddi tazminat olarak fotoğraf başına 75.00 YTL telif tazminatının istenmesi gerektiğini mütalaa etmiştir...": Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 13.04.2005, E.2004/1087, K.2005/219 (**Özcan,** s.149). 11.HD. de bir kararında, İstanbul'da görülen bir davada üç ayrı bilirkişi heyetinden alınan teknik raporlar arasındaki görüş ayrılıkları nedeniyle "fikri hukuk uzmanı öğretim üyesi ve uyuşmazlığa konu projelerin ilişkin olduğu alanlarda özel deneyimi ve formasyonu olan ODTÜ öğretim üyelerinden iki bilirkişiden oluşacak yeni bir kurulun görevlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesine hükmetmiştir: 11.HD, 21.03.2002, E.2001/10697, K.2002/2574 (**Suluk/Orhan,** s.173).

[123] **Tekinalp,** § 10 Nr.9, s.101.

[124] ...Davacı tarafa ait yazımın FSEK anlamında korunmaya layık bir eser niteliğinde olup olmadığı, eser olmasa bile davacının kağıda aktarılan düşüncelerinin gerek bu yasa, gerekse hukukun genel hükümleri uyarınca içerik bakımından davacı haklarına bir tecavüz oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi gerekir. ": 11.HD, 8.12.1998, E.1998/3330, K. 1998/8694 (**Suluk/Orhan,** s.158).

[125] **Bozgeyik,** s.215; aynı yönde **Ateş,** s.219 vd.

tay bir kararında[126] "...fotoğraf sanatçısı olan davacı ile davalı arasındaki sözleşme uyarınca, davacı tarafından çekimi yapılan *özgün tasarımlı cam bardak* fotoğraflarının fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında eser olduğunu kabul etmektedir. Ancak karar incelendiğinde; fotoğrafların değil ama fotoğraflara konu bardakların özgün niteliğinin vurgulandığı, bizzat uyuşmazlığa konu fotoğrafların kendilerinin "eser" niteliğine ilişkin olarak ve özellikle hususiyeti belirlemeye yönelik bir incelemenin yapılmadığı görülmektedir. İlaçların reklamı için çekilen fotoğrafların uyuşmazlık konusu olduğu bir diğer kararda[127] ise yine fotoğrafların eser niteliği ve hususiyete ilişkin hiçbir hukuksal tespite yer vermeyen, dava konusu fotoğraf film ve baskılarının gerçekten Çankaya Eczacılık deposunun imajı haline gelebilecek nitelikte olduğundan hareketle telif hakkına tecavüz olduğunu kabul eden yerel mahkemenin bu kararı Yargıtayca onaylanmıştır.

Yargıya taşınan uyuşmazlıklarda kimi zaman mahkemece bilirkişi görüşü alınmadan, karar gerekçesinde belirtilen değerlendirmelerle dava konusu fotoğrafların eser sayılacağı kabul edilmiştir. Oysa ki, bu konunun hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün değildir ve HMK md.266 uyarınca çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınması zorunludur[128]. Uyuşmazlık konusu fikri ürünün "eser" niteliği ve hususiyetin belirlenmesi gibi hususlar genelde irdelenmeksizin hukuksal sonuçlara bağlanan yukarıda değindiğimiz diğer kararlarda ise, yeterli değerlendirme içermeyen teknik bilirkişi görüşlerinin etkin olduğu düşünülebilir. Yargıtay'ın son yıllarda verdiği bazı kararlarda ise bu usulün yerinde olmadığı isabetli olarak belirtilmekte[129] ve bilirkişilerden gerek eser nite-

---

[126] 11.HD, 31.10.2005, E.2004/11266, K.2005/10524 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

[127] 11.HD, 2.2.1995, E.1994/7104, K.1995/767 (**Suluk/Orhan,** s.212).

[128] HGK, 14.5.2008, E.2008/11-392, K.2008/377 (www.kazanci.com, 8.08.2011). Kanımızca fotoğraf eserlerinin hukuksal niteliğine ilişkin değerlendirme yapacak bilirkişi heyetinin fotoğrafın niteliğine göre fotoğraf sanatçısı veya bilimsel alanda benzer çalışma ve araştırma yapan kişiler ile fikri hukuk alanında uzmanlaşmış hukukçulardan oluşması yerinde olacaktır.

[129] "...Kendi içerisinde çelişkiler içeren, hüküm kurmaya elverişli bulunmayan bilirkişi raporuna itibar edilerek karar verilemez. O halde, davalılar vekilinin rapora yönelik

liği, gerekse hususiyetin gerekçelerini, eserler arasındaki benzer ve farklı yönleri irdeleyen bir değerlendirme ortaya koymaları gerektiğine işaret edilmektedir. Eser/eser sahipliği sıfatına dayanan talepler içeren davalarda, taleplerin fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında bir esere/eser sahipliğine dayanıp dayanmadığı; eserde sahibinin hususiyetinin bulunup bulunmadığı ve hususiyeti teşkil eden unsurların ne olduğu hususlarında somut ve objektif ölçütlere dayanan bir inceleme yapılması gereğine işaret edildiği, bu anlayışın da günümüzde yerleşmekte olduğu görülmektedir.

Buna göre, uyuşmazlık karşısında mahkemenin bilirkişiden isteyeceği rapor özellikle:

Davacıya ait fikri ürünün hangi eser kategorisi içinde yer aldığı, eser niteliği ve bu kapsamda sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı, taşıyor ise bu hususiyetin eserin hangi özelliklerinde görüldüğü, ihlal niteliği taşıdığı iddia edilen eserin davacının eserine hangi açılardan benzer olduğu gibi konuları kapsamalıdır[130]. Hususiyete ilişkin böyle bir analiz, bir eserin hangi özellikler bakımından korunmaya layık olduğunu belirlemek açısından önemlidir. Böylelikle bir eserdeki korunmayan öğeler ayırt edilerek, fikir ve sanat eserleri hukukunun temel amaçlarından biri olan bilimin, edebiyatın, sanatın, müziğin veya sinemanın gelişmesine katkıda bulunulması mümkün olur. Zira bir ayrıma tabi tutmadan, her fikir ürününü içerdiği bütün unsurlar bakımından korumak da söz ettiğimiz gelişmeyi önemli ölçüde frenleyecek, gerçek anlamda eser niteliğindeki yaratımları hak ettiği değerden mahrum bırakabilecektir.

---

ciddi itirazları da dikkate alınıp, gerektiğinde davacı fotoğrafının diasının da dosyaya sunulmasının sağlanarak uzman bilirkişi veya bilirkişi kurulu vasıtasıyla inceleme yaptırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde yetersiz ve kendi içinde çelişkili rapora itibar edilerek hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir": 11.HD, 01.11.2004, E.2004/1463, K.2004/10641 (**Suluk/Orhan,** s.211).

[130] Bilirkişi raporlarında genellikle ihlalin nelerden ibaret olduğu ve buna bağlı olarak tazminat istemleri konusunda da görüş ve hesaplamalara yer verilmektedir. İhlalin kapsamının belirlenmesi, tazminat miktarını da doğrudan etkiler nitelikte olduğundan önem arz etmektedir.

II. ESER SAHİPLİĞİ, FOTOĞRAF ESERİ SAHİBİNİN HAKLARI ve BU HAKLARA GETİRİLEN SINIRLANDIRMALAR

A. Eser Sahipliği

1. Genel Olarak

Eser sahibinin kim olduğu FSEK'in hem tanımlar kısmında hem de yasa koyucunun "Eser sahibi"ni düzenlediği 8.madde ile başlayan ikinci bölümde belirlenmiştir. Tanımlarla ilgili 1/B maddesi 2001 yılında 4630 sayılı yasa ile kabul edilmiştir. Maddenin b bendinde eser sahibi "eseri meydana getiren kişi" olarak tanımlanmıştır. Eser sahibini tanımlayan 8.maddede de "Bir eserin sahibi onu meydana getirendir" hükmüne yer verilmiştir[131].

Bu hükümlere göre, yasa koyucunun eser sahipliğinde "meydana getirme" yani eseri yaratma ölçüsünün esas aldığı görülmektedir[132]. Nitekim Alman UrhG § 7'de "eser sahibi eseri yaratandır" (Urheber ist der Schöpfer des Werkes); İsviçre URG Art.6'da "bir eserin sahibi onu meydana getiren gerçek kişidir" (Urheber oder Urheberin ist die natürliche Person, die das Werk geschaffen hat) hükümleri yer almıştır.

Yaratma ilkesi (Schöpferprinzip) eser sahipliği ile eser sahipliğinden doğan hakları kullanma yetkisini birbirinden ayırt etmemize yarar. Eseri yaratan kişi eser sahibi olup, eser sahipliğinden doğan hakları kullanma yetkisine sahiptir. Eser sahipliğinden doğan haklar, eser sahibi tarafından bir hukuksal işlemle devredilebileceği gibi, yasadan dolayı (miras yoluyla, cebri icra sonucu satışla, kamuya mal etme) da başkasına geçebilir. Eser sahipliğinden doğan hakların eser sahibi tarafından başkasına geçirilmesi aradaki bir hukuksal işlemden ya da işin niteliğinden

---

[131] 4630 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce bu madde "Bir eserin sahibi, onu vücuda getirendir" şeklindeydi.

[132] *Erel* her türlü fikir ürünü değil, sadece sahibinin özelliğini taşıyanlar eser sayılacağından; eser sahibini *"yaratıcı gücünün özelliğini meydana getirdiği fikir ürününe yansıtan şahıs"* olarak tanımlamıştır: **Erel,** s.86; aynı yönde BGE 74 II 112 (**Barrelet/Eglof,** Art.6 Rdn.2, s.32).

(md.18) kaynaklanabileceği gibi, taraflar arasındaki bir sözleşmeden de kaynaklanabilir.

Eser sahipliğinden doğan hakların bir başkasına devredilmesi, ister hukuksal işleme ister yasaya dayansın, eser sahipliğini değiştirmez; devir alan kişiyi eser sahibi haline getirmez. Devir alan kişi eser sahipliğini değil, ona ait yetkileri kullanım hakkını elde edebilir. Sonuç olarak, eser sahipliğinden doğan hakların başkasına geçmesi " eseri yaratan kişinin yani eser sahibinin değişmesi" sonucunu doğurmaz.

Eser sahipliğinde yaratma ilkesi, fikri bir çabanın eser sayılabilmesinde aranan "sahibinin hususiyetini taşıma" (subjektif unsur) unsuruyla yakından ilgili bir kavramdır. Zira eseri yaratan kişi, ona hususiyetini veren, yansıtan kişidir. Buradan çıkan önemli sonuçlardan birisi, eseri ancak gerçek kişilerin yaratabileceği, eser sahibinin gerçek kişiler olabilmesidir[133]. Tüzel kişiler sipariş üzerine veya organları tarafından yaratılan eserlerde eser sahibi olmayıp, eser sahipliğinden doğan yetkileri kullanabilen kişilerdir. Bu husus FSEK md.18/2'de de açıkça ortaya konulmuştur. Buna göre, sipariş üzerine veya görevleri gereği yaratılan eserlerde eser sahibinin değişmediği, sipariş verenlerin veya çalıştıranların ancak eser sahipliğinden doğan yetkileri kullanan kişiler olduğu kabul edilmiştir. Anılan fıkranın ikinci cümlesinde "Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır" hükmüne yer vermek suretiyle, tüzel kişilerin eser sahibi değil, ancak eser sahiplerine ait yetkileri kullanan kişiler olabileceği hükme bağlanmıştır[134].

Bir fotoğraf eserine ilişkin olarak eser sahibi, bir fotoğrafın tesbitinde yaratıcı unsurları bizzat ortaya koyan kişidir[135]. Bir başka deyişle, fotoğrafı ışık, gölge, renk, zamanlama, teknik vb. unsurları kullana-

---

[133] Tüzel kişilerin eser sahibi olamayacağı yönünde **Schricker,** § 7 Rdn.2, s.230-231; **Hoeren/Nielen,** Rdn.77, s.69; **Tekinalp,** § 12 Nr.2, s.134-135; **Beşiroğlu** (Düşünce Ürünleri), s.173.

[134] Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 27.maddesinin IV.fıkrası ise bu gerçekle bağdaşmayan bir düzenleme içermektedir: "İlk eser sahibi tüzel kişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır". Bu düzenlemeyi eser sahipliği ilkesi ve eser sahiplerinin ancak gerçek kişiler olabileceği gerçeği ile bağdaştırmak mümkün değildir.

[135] **Heitland,** s.122.

rak doğadaki bir varlığın görünümüne estetik bir boyut kazandırarak insanın görme idrakine sunma becerisini gösteren kişidir. Doktrinde *Loewenheim* fotoğraf eserlerinde kural olarak fotoğrafı çeken kişinin eser sahibi olacağını ifade etmiştir[136]. Fotoğraf eserlerinde eser sahibinin kim olduğu konusunda çıkacak uyuşmazlıklarda, eser sahipliğinin ispatı kişinin elinde fotoğrafın negatif veya diyapozitifinin bulunması, dijital fotoğraflardaysa iddia sahibinin fotoğraf makinesinden üretilmiş olduğunu gösteren dijital kod veya RAW formatlı dosyalara sahip olması yoluyla mümkün olur. Bir diğer ispat yolu ise, söz konusu fotoğrafın yer, zaman, ışık, çekim tekniği ve diğer özgün unsurlarını taşıyan diğer benzer fotoğraflara aynı kişi tarafından sahip olunmasıdır[137].

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuz eserin meydana gelmesiyle birlikte eser sahipliğine birtakım hukuksal sonuçlar bağlamakta; eser sahibine manevi ve mali haklar tanımakta, eser sahibini korumaktadır. Bu anlamda eser sahipliğinin doğru tesbiti önem taşımakla birlikte, uygulamada bu hususta kimi zaman gerekli değerlendirmeler yapılmadan uyuşmazlıkların sonuca bağlandığı görülebilmektedir. Örneğin gerek Yargıtay gerekse kararını onadığı yerel mahkeme bir kararda[138], hiç kim-

---

[136] **Loewenheim,** § 9 Rdn.156, s.139; yine **Duboff,** s.10; "Fotoğraf eserlerinin sahibi kural olarak fotoğrafı çeken kişidir. Negatifleri çoğaltan kişi eser sahibi olarak kabul edilmez": **Gökyayla,** s.99; aynı yönde **Bilge/Bilge,** s.11.

[137] **Bilge/Bilge,** s.11; **Kötz,** D./**Brüggemann,** J.: Fotografie und Recht-Die wichtigsten Rechtsfälle für die Fotopraxis, Heidelberg/München/Hamburg 2009, s.130; "...Davacının benzer tarzdaki diğer çalışmaları ile mukayese edildiğinde ve aynı fotoğraf makinesi ile peşpeşe çekilen ve seri numaraları birbirini takip eden fotoğrafları da tetkik edildiğinde dava konusu fotoğrafların sahibinin Davacı olduğu sonucuna varılmıştır..." (2010/228 sayılı Dosyaya ilişkin Ankara 3 No'lu Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'ne sunulmuş olan Bilirkişi Raporu-Haziran 2011).

[138] 11.HD, 17.06.2004, E.2003/10942, K.2004/6778 (http://www.turkhukuksitesi.com/-makale_882.htm, 8.08.2011). Anılan kararda mahkemenin, söz konusu fotoğrafların eser niteliğine sahip olup olmadığını, eğer öyle ise eser sahibinin kim olduğu sorularını sormadan ve bu sorulara yanıt bulmadan; sadece fotoğrafların kullanılmış olmasının mali hakların ihlali için yeterli sayılmış olduğu görülmektedir. Yine davacının (GS spor kulübü derneği) aynı konuda 2009'da açmış olduğu bir davada, Yargıtay bu sefer dava konusu fotoğrafların davalının çalışanları tarafından çekilmesi nedeniyle davacıya ait bir eserin söz konusu olmadığının altını çizmiş ve değerlendirmiş ise de, FSEK md.86'ya dayalı korumaya gidilmesi de somut olayın koşulları çerçe-

senin sahibi olmadığı veya kullanım hakkına sahip olmadığı, eser üzerindeki herhangi bir hakka dayanarak "FSEK uyarınca" davada taraf sıfatına sahip olamayacağı hususunu gözden kaçırmıştır. Somut olayda, davacı Galatasaray spor kulübü derneğince işletilen spor takımı ve oyuncuların fotoğraflarının bir yazı dizisinde izinsiz kullanılması sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıkta; yerel mahkeme sadece anılan fotoğrafların davacı tarafından işletilen bir spor kulübünün futbolcularının fotoğrafları olmasına dayanarak, davacının bu fotoğraflar üzerinde mali hakları bulunduğunu ve fikri hak ihlali olduğunu tespit etmiş; Yargıtay da kararı onamıştır. Ancak davacı spor kulübünün dava konusu yayında kullanılan fotoğraflar üzerinde FSEK tarafından korunan bir hakkı bulunmadığı (bu fotoğraflar üzerinde eser sahibi/hak sahibi olmadığı); bu fotoğrafların eser olduğu ve eserden kaynaklanan bir mali hak doğduğu kabul edilse bile, bu hakkın ancak eser sahibi ve/veya Kanunun 52.maddesi uyarınca usulüne uygun bir şekilde bu hakkı devralanlarca ileri sürülebileceği dikkate alınmamıştır.

Nitekim Yargıtay'ın, Galatasaray Spor kulübü derneğinin daha sonra, aynı konuda başka davalılara karşı açmış olduğu davalara ilişkin yakın tarihli kararlarında farklı bir tutum izlediği görülmektedir. Yakın tarihte Yüksek Mahkeme önüne gelen iki uyuşmazlıktan ilkinde[139], yerel mahkemenin, futbol takımının fotoğraflarının izin alınmadan ve sözleşme bedeli ödenmeden yayınlandığından mali hak ihlali olduğuna hükmettiği; ikincisinde[140] ise, yerel mahkemenin, spor kulübünün mali haklara sahip olduğu, izinsiz kullanımın tazminat sorumluluğu doğurduğu, fotoğraflar kulüp tarafından çekilmediğinden, izinsiz kullanım nedeniyle talep edilebilecek tazminatın haksız rekabet hükümlerine göre belirlenebileceğine hükmettiği görülmüştür. Yargıtay, bu uyuşmazlıklara ilişkin; dava konusu fotoğrafların davacı tarafça tespit edilip çoğaltıldığının (yahut davalı şirkete ait gazetenin çalışanları tarafından çekildiğine dair davalı savun-

---

vesinde isabetli değildir. Bkz 11.HD, 12.09.2011, E.2010/857, K. 2011/10232 (yayımlanmamış).

[139] Bkz. 11.HD, 24.02.2012, E.2010/8968, K.2012/2675 (Batider 2012, C. XXVIII, S.2, s.330 vd).

[140] Bkz. 11.HD, 30.01.2012, E.2010/8704, K.2012/992 (yayımlanmamış).

masının aksinin) ispatlanamadığını ve esasen somut yayınlarda haber amacı ve kamu yararının var olduğunu gözeterek, uyuşmazlıklarda haksız rekabetin koşullarının dahi gerçekleşmediğine karar vermiştir[141].

Eser sahipliğinde yaratma ilkesinden çıkan bir diğer önemli sonuç ise, sınai haklardan farklı olarak, bu hakkın bir yere tescil ve kayıt koşulu aranmaksızın kendiliğinden doğmasıdır[142]. Diğer eserlerde olduğu gibi, fotoğraf eserlerinde de eser üzerindeki hakların doğumu için bir yere tescil veya kayıt koşulu aranmamaktadır.

2. Eser Sahibi İle Çalıştıran veya İşveren İlişkisi

Aradaki bir sözleşme gereğince, sipariş üzerine yaratılan ya da eser sahibinin bulunduğu görev gereği yarattığı eserde eser sahipliği konusu önem taşımaktadır.

---

[141] "...Somut uyuşmazlıkta, davalı gazetenin arka sayfasında "Avrupa Aslanları" başlığı altında ve tam sayfa olarak Galatasaray Profesyonel Futbol Kulübü'nün oyuncularının fotoğrafı yayınlanmıştır. Söz konusu fotoğrafların değişik futbol karşılaşmalarında davalı gazete çalışanları tarafından çekildiği ve sonradan bir araya getirildiği anlaşıldığına göre, bu fotoğrafların futbol karşılaşmasının yapıldığı stadyuma girme hakkı bulunan basın mensubunca haber amaçlı olarak çekildiği ve davacının da bu çekime izin verdiğinin kabulü gerekir. Böyle bir durumda, davacının söz konusu fotoğrafın yayınlanması için de ayrıca kendileriyle sözleşme yapılması gerektiğine dair iddiasının dinlenilmesi olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca, davacının izni ile davalı tarafça çekilen fotoğrafların spor sayfasında da geniş olarak yer alması nedeniyle, davalı eyleminin bir bütün halinde değerlendirmesinde güncel nitelikteki haber ve yazılarla birlikte söz konusu fotoğrafın da tam sayfa poster olarak yayınlanmasında toplumsal ilginin varlığı ve kamu yararının bulunduğu da açıktır. Bu durumda, davalının eyleminde TTK hükümleri açısından bir haksız rekabetten söz edilemeyecektir. O halde; davanın reddine karar verilmesi gerekirken mahkeme kararında yazılı gerekçelerle davanın kabulü doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir...": 11.HD, 30.01.2012, E.2010/8704, K.2012/992 (yayımlanmamış).

[142] Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca 17.05.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan "*Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik*" in ilk maddesinde, "bu Yönetmeliğin amacı, fikir ve sanat eserlerini içeren yapımlar üzerinde hak ihdas etmek amacı taşımaksızın mali ve manevi hak sahiplerinin söz konusu haklarının ihlal edilmemesi, hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilebilmesi amacıyla eserlerin ve yapımların kayıt ve tescilinin yapılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemektir" denilerek hak sahipliğinin doğumu kendisine bağlanmayan bir tescil ve kayıt imkanının uygulandığı vurgulanmaktadır.

Temel ilke fotoğraf eseri sahibinin onu yaratan, ortaya koyan kişi olması ise de, çalışan-işveren ilişkisi olan bazı hallerde Kanun eseri bizzat üreten veya yaratandan başkasına da esere ilişkin sahiplik ölçüsünde olmasa da, bazı önemli haklar tanımaktadır. Bu hallerde eser sahipliği haklarını kullanan kişinin eserin yaratılması faaliyetine katkısı, özü oluşturan "özgün fikir ürününü meydana getirmek" değil, bu ürünün ortaya çıkışını sağlayan birtakım hukuksal ve ekonomik ilişkilerde bulunmasıdır.

Bu ekonomik ve hukuksal ilişkiler, işverenlerin veya sözleşmesel ilişki sahiplerinin eseri ve eserden kaynaklanan hakları eser sahibiymiş gibi kullanmasına yol açabilir. Aslında eser sahibi yine yaratıcıdır, ancak eser sahibinin eserden doğan bazı haklarının kullanımı farklı kişilere geçmiştir. Bu kullanım esasen mali hakların kullanılmasıyla ilgilidir; yoksa eser sahipliğinde ve manevi hakların eserin yaratıcısı tarafından kullanılabilmesi durumunda bir değişiklik yoktur.

Eser sahibinin mali hakları kullanamadığı bu haller, çalışanların işleri gereği meydana getirdiği eserlerde ortaya çıkmaktadır. FSEK md.18/2'de "Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır" hükmü düzenlenmiştir[143]. Bu düzenlemeye göre, bir kişinin yanında çalışan kişilerin üretip, ortaya koyduğu eserlerin mali haklarını kullanma yetkisi çalıştırana aittir[144]. Öyle aittir ki, artık eser sahibi bu hakları kul-

---

[143] 5846 sayılı FSEK'in 2001 yılında 4630 sayılı yasa ile bu yönde değiştirilmeden önceki 8.maddesi , bu konuda tereddütler yaratacak nitelikte idi. Eski 8.maddenin 2.fıkrası "Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin, işlerini görürken vücuda getirdikleri *eserlerin sahipleri* bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Bu kaide, tüzel kişilerin uzuvlarına da şamildir" şeklinde idi. Görüldüğü gibi bu düzenleme "yaratma ilkesi" ile bağdaşmaz nitelikte idi, zira sipariş üzerine ya da görevleri gereği bir eseri yaratan kişileri değil, siparişi veren ya da bunları çalıştıran kişileri eser sahibi saymaktaydı. Ayrıntılı olarak bkz. **Erel,** s.87-88.

[144] FSEK'in 18/2 hükmü hizmet münasebeti kapsamında meydana getirilen fikir ve sanat eserleri üzerindeki telif haklarının kullanımını düzenlemektedir. Buna karşın, istisna(eser) sözleşmesi ile kurulan işgörme münasebetleri kapsamında meydana ge-

lanamaz; sadece işveren/çalıştıran kullanır. Her ne kadar hükümde "haklar" ibaresine yer verilmişse de, bu ibareden anlaşılması gereken sadece mali haklardır. Manevi haklar yine eser sahibince kullanılmaya devam eder. Bir başka deyişle, istihdam edenler ve çalıştıranlar vb. sadece mali hakları kullanma yetkisini elde ederler, yasada sayılmış olan manevi hakları kullanma yetkisine sahip olamazlar[145].

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 18.maddesine göre, bir fotoğraf eserinin yaratımı, gerçek veya tüzel kişi olan işverenin memuru, işçisi veya hizmetlisi tarafından gerçekleştirilmiş olursa ve eserin üzerindeki (mali) hakların işçi veya hizmetli tarafından kullanılacağı özel olarak bir sözleşme ile düzenlenmemişse veya işin mahiyetinden "bu eserlerin mali hakları çalışanlarca/yaratıcısınca kullanılır" şeklinde bir sonuç çıkarılması mümkün değilse[146]; fotoğraf eserini meydana getiren kişi eser sahibi

---

tirilen eserin sahipliği ve eser üzerindeki telif haklarının kullanılması konusunda FSEK'de bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Borçlar Kanununda da istisna sözleşmesine dair hükümler arasında da, sözleşme konusu şeyin FSEK anlamında eser niteliği taşıması halinde hangi hükümlerin uygulanacağına dair özel bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Konuya hakların kullanılması ve devriyle ilgili açıklamalarımızda ayrıntılı olarak değineceğiz.

[145] Bkz. 11.HD, 4.06.2001, E.2001/2687, K.2001/5080: Kararda belirtildiği üzere, aralarındaki sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin, işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin mali hak sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Davacı şirket, davalı ve diğer çalışanlarla birlikte hazırlanan ve davacının işyerinden ayrıldıktan sonra, davalının bastırdığı davaya konu eserin mali hak sahibi olup, bu eserin manevi haklarının sahibi değildir. Bu nedenle, bu eserden dolayı davalıdan manevi tazminat isteyemez. (Doktrinde *Kılıçoğlu*'nun isabetli olarak belirttiği gibi; Yargıtay bu kararında memur, hizmetli ve işçilerin yarattıkları eserlerde, bunları çalıştıranların eser sahibine ait sadece mali hakları kullanma yetkisini elde ettiklerini, manevi hakları elde etmediklerini ortaya koymak istemiştir. Ancak bu sırada bir yanılgıya düşmüş; çalıştıranlara sadece mali hakların intikal ettiğini, mali hakların ise sadece maddi tazminat alacağına neden olduklarını; çalıştıranlara intikal etmeyen manevi hakların ise sadece manevi tazminat alacağına neden oldukları gibi yanlış bir kanıya kapılmıştır. Ayrıntılı olarak bkz. **Kılıçoğlu,** s.173, dpn.56).

[146] Çalışan ve işveren arasındaki özel bir sözleşmede veya işin mahiyeti açısından aksinin gösterilmesi hallerinde, mali hakların işverence kullanılması kuralı işlemeyecektir. İşin mahiyetinin aksini göstermesi çeşitli biçimlerde olabilir. Örneğin, bir fotoğraf sanatçısı, reklam kuruluşuna idareci veya danışman olarak girmiştir ve hizmet sözleşmesinde veya iş tanımında idarecilik görevi açıkça bellidir. Bu halde, fotoğraf sanatçısı idarecilik görevi tanımının dışında bir çalışma yaparak bir eser yaratmış

olmakla birlikte, eserden kaynaklanan mali hakları ve her türlü yararlanma, kullandırma ile devir haklarını işveren kullanır.

Fotoğrafçı serbest çalışıyor olabileceği gibi, bir reklam kuruluşu için veya sözleşmesel ilişki çerçevesinde bir gazete, dergi, yayınevi ve benzeri yerlerde çalışmakta da olabilir[147]. Bir işyerinde işverenin emrinde çalışan fotoğrafçı mevcut iş akdinin amacına uygun olarak, mali haklarını (yararlanma haklarını) işverene devrederken; serbest çalışan fotoğrafçı eserlerini pazarlayacak bir aracıya yönelir. Serbest çalışan fotoğrafçının eserlerini itimada dayanarak paraya çevirmesi için bir meslek kuruluşuna katılmış olması da mümkündür. Bununla birlikte görsellerin parasal yönden değerlendirilmesi genellikle ticari fotoğraf/resim ajanslarınca (kommerzielle Bildagentur) gerçekleştirilmektedir. Fotoğrafçı böyle bir teşebbüsle akdettiği sözleşme ile[148], belirli bir süre için fotoğraflarını, duruma göre diyapozitifleri, karşı tarafa inhisari şekilde yararlanma konusunda mutlak haklarıyla devreder[149]. Aracı kuruluş, daha sonra basit

---

ise, bu durumda FSEK md.18 bu esere uygulanmaz ve mali haklar eser sahibi yaratıcı (fotoğraf sanatçısı) tarafından kullanılır, işverence kullanılamaz.

147 Alman hukukunda fotoğrafın sanatsal veya ticari yönlerini baz alarak fotoğrafçılar ile akdedilen sözleşmelerde bir ayrıma gidilmek istenmişse de; fikri hukuk anlamında bu sınıflandırmanın bir anlam taşımayacağı, zira belirli bir fotoğrafın sanatsal içerikli olup § 2'ye göre ve yahut alelade fotoğraf olarak § 72'ye göre korunacağını belirlemenin her zaman kolay olmadığı ileri sürülmüştür. *Loewenheim* fotoğrafçılarla akdedilen sözleşmeler bakımından bu ayrımın esasen önemli olmadığını, § 72 çerçevesinde alelade fotoğrafların da kural olarak fotoğraf eserleri için geçerli hükümler çerçevesinde korunabilmekte olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla Alman hukukunda alelade fotoğraflar için de fikri hukuk sözleşmelerine dair hükümler uygulama bulabilecektir: **Loewenheim,** § 73 Rdn.2, s.1628.

148 Uygulamada "fotoğraf eseri sözleşmesi" olarak da adlandırılabilen fotoğraf ajansı sözleşmesi (Bildagenturvertrag), fotoğrafçılar ile fotoğraf ajansı arasındaki sözleşmesel hak ve yükümlülükleri düzenler. Hukuksal niteliği itibarıyla itimada dayalı/güven unsurunun ağır bastığı bir işgörme sözleşmesidir (BGB § 675, 611). Fotoğrafçının fotoğraf ajansının etkinliği ve faaliyetine olan mali bağımlılığı dolayısıyla, fotoğrafçının menfaatlerinin gözetilmesi bakımından fotoğraf ajansının bu özel güven sorumluluğu (spezielle Treuepflicht der Bildagentur) "asli yükümlülük" (Hauptpflict) olarak görülmelidir: **Loewenheim,** § 73 Rdn.5, s.1629.

149 **Nordemann** (Verwertung), s.495.

lisans sözleşmesi yaparak görseli değerlendirecek olan kullanıcılara (Verwerter) verir[150].

3. Birlikte Eser Sahipliği

Eseri meydana getiren tek kişi olabilir, bu durumda birlikte eser sahipliği gündeme gelmez. Eseri birden fazla kişi meydana getirmişse, birlikte eser sahipliği söz konusu olur. Birlikte eser sahipleri arasındaki ilişkiler, bunların karşılıklı hak ve yükümlülükleri birlikte eser sahipliğinin türüne göre tayin edilebilir[151].

Bazı hallerde eserin yaratılmasına yönelik çalışmalara birden fazla kişinin katıldığı görülür. Bir fotoğraf çekimine, yaratım sürecine de birden fazla kişinin dahil olmasının mümkün olduğu düşünülebilir; örneğin, çekimde fotoğrafçının asistanının da yer alması[152]. Bu durumda fotoğraf eserinin meydana getirilmesinde kimin belirleyici ve yaratıcı etkisinin (wer die gestalterischen Einfluss auf das Bild gehabt hat) olduğu tespit edilmelidir. Fotoğraf münhasıran fotoğrafçının direktif ve talimatları çerçevesinde meydana getirilmişse, fotoğrafçının tek başına eser sahipliği kabul edilmelidir. Bununla birlikte doktrinde fotoğrafçı asistanının yaratıcı katkısından (bei einer gestalterischen Mitwirkung eines Assistenten) söz edilebiliyorsa, birlikte eser sahipliğinin gündeme gelebileceği ileri sürülmüştür[153].

Uygulamada zaman zaman birlikte eser sahipliği iddiasına dayanan uyuşmazlıklar yaşandığı görülmektedir. Bazen bir kişi/firma denetimi

---

[150] **Öztan,** s.856.

[151] Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz.**Kılıçoğlu,** s.180 vd; **Öztan,** s.256 vd; **Erel,** s.89.

[152] **Hoeren/Nielen,** Rdn.79, s.69.

[153] **Loewenheim,** § 9 Rdn.156, s.139-140; **Hoeren/Nielen,** Rdn.79, s.70. *Heitland* da aynı şekilde, birlikte çalışan kişilerin yaratma faaliyetine kendi ferdi-yaratıcı katkılarını sunduğu hallerde, birlikte eser sahipliğinden (UrhG § 8) söz edilebileceğini belirtmiştir. Buna karşılık, faaliyette rol alan kişi sadece diğerinin direktif ve talimatlarını yerine getirmekte ise, sadece yardımcı kişi (Gehilfe) durumundadır: **Heitland,** s.122. "Birlikte yaratmak" kavramsal açıdan bir ortaklığı gerektirir (birlikte bir iş yapmak); yoksa, bir başka kişinin eser yaratma iradesine (Gestaltungswillen) tabi olarak ve kendi ruhunun ve zihninin yaratıcı yönünden kaynaklanan herhangi bir fikri gerçekleştirebilmek amacını taşımadan, sadece o kimsenin iradesi yönünde çalışmış olan bir kişi, iştirak halinde eser sahibi değil, sadece yardımcı kişi durumundadır (FSEK md.10/III): Bkz. **Öztan,** s.260 ve yine dpn.68'de anılan kararlar.

kendinde kalmak üzere bir konu çekimi için bir fotoğrafçıyla anlaşmaktadır. Genel olarak tarafların ilişkisi aralarındaki lisans anlaşmasına bağlı olarak yürütülse de; bazen karşı taraf fotoğrafta görüntülenen konuya yönelik takdir ve denetim yetkisine dayanarak fotoğraflar üzerinde doğrudan hak iddiasında bulunabilmektedir. Örneğin, *Natkin et al v. Winfrey et al.* davasında, davalı *Oprah Winfrey* davacı fotoğrafçı *Natkin* ile "*Oprah Show*"un ve konukların fotoğraf çekimleri için anlaşmıştır. Daha sonra *Winfrey*'in bu fotoğrafların on bir tanesini içeren bir kitap yayınlaması üzerine, fotoğrafçı telif haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle dava açmıştır. *Winfrey* ise konunun kendisine ait olduğunu, konukların kıyafet, ifade ve pozları ve gösteri üzerinde yönlendirmede bulunmuş olduğunu; fotoğrafçılarla birlikte hak sahibi olması gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme *Winfrey*'i savunmasında haklı görmemiş; bir fotoğraf üzerinde ortak eser sahipliğinin söz konusu olabilmesi için tarafların çalışmaya başlamadan önce veya çalışma esnasında ortak olduklarını beyan etmeleri (veya bunun açıkça anlaşılır olması) gerektiğini[154] ifade etmiştir. Ayrıca mahkeme fotoğrafların konusunun da telif hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bir unsur olmadığına işaret etmiştir[155].

Kanımızca fotoğraf eserlerinde birlikte eser sahipliği diğer ilim-edebiyat, müzik ve sinema eserlerinde olduğu gibi belirgin şekilde tespit edilebilmeye yatkın olmayıp, uygulamada pek sık rastlanan bir durum değildir[156]. Son tahlilde fotoğrafın çekilmesi deklanşöre basmak suretiyle gerçekleştiğinden, yaratıcı katkı ancak fotoğrafın tespiti öncesi hazırlık

---

[154] Birlikte eser sahipliği ya eseri meydana getirenler arasındaki bir anlaşmadan ya da yasadan kaynaklanabilir. Birden fazla eser sahibi, bir eserin tamamını kısımlara ayırmadan birlikte meydana getirme konusunda anlaştıklarında (kanımızca fotoğraf eserlerinde bu durum söz konusu olabilir), "eser sahipleri arasında birlik" yani elbirliği eser sahipliği söz konusu olur.

[155] Ayrıntılı olarak bkz. yuk. dpn.566.

[156] Fransız hukukunda da, fotoğrafçılık alanında birlikte eser sahipliğinin - fotoğrafçıların çoğunlukla yalnız başına veya nitelikli olmayan yardımcı kişilerle çalıştığı düşülürse- uygulamada pek gündeme gelmeyeceği ileri sürülmüştür. Paris Asliye Hukuk Mahkemesi bir kararında, fotoğrafçının verdiği talimatlar çerçevesinde hareket eden ve buna uygun olarak sadece deklanşöre basan kişinin birlikte eser sahibi olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir, TGI Paris, 6.Juli 1976, RIDA 90, 190, Okt.1976 (**Heitland,** s.193'den naklen).

çalışmalarında söz konusu olabilecektir; ancak bunun da ispatı güç bir mesele olduğu ve genelde yardımcı kişi kullanıldığı söylenebilir. Alman doktrininde *Platena* da fotoğraflarda birlikte eser sahipliğinden bahsetmenin diğer eser türlerine nazaran güç olduğunu dile getirmiştir[157]. Hak sahibi olunan görsellerin bir fotomontaj veya kolaj gibi başka bir çalışmada kullanılmasına rıza gösterildiği hallerde ise, *Riedel* birlikte eser sahipliğinin söz konusu olacağını ileri sürmüştür[158].

Birlikte eser sahipliğinin bir türü olarak müşterek eser sahipliği (paylı eser sahipliği) ise, fotoğraflarla ilgili olarak şu şekilde gündeme gelebilir: Örneğin, tıbbi veya teknik konuda yazılan bir kitaptaki fotoğraflar ya da içerisinde güzel sanat eseri niteliğinde fotoğrafların yer aldığı sanat albümleri ve kitaplar- bir yazılı eserde metin ve resim/fotoğrafların biraraya getirilmesi. Zira müstakil eserlerin birlikte değerlendirilebilmelerini sağlamak amacıyla biraraya getirilmesi, birbirleriyle bağlanması mümkündür (Werkverbindung). Böylelikle, söz konusu eserler arasında bir birlik meydana gelmekte; bu birlik sayesinde biraraya getirilen eserlerin, ayrı ayrı yapabileceklerinden daha etkili olmaları mümkün kılınmaktadır[159]. Eser sahiplerinin "birlikte yaratma" faaliyetinin sonucu olarak tek ve bütünlük arz eden bir eserin meydana getirildiği iştirak halinde eser sahipliğinin aksine, müşterek eserlerde her bir eser bağımsızlığını korur (FSEK md.9).

B. Fotoğraf Eseri Sahibinin Hakları

Fikir ve sanat eserleri konusunda her ülke kendi kültür ve hukuk anlayışı çerçevesinde eser sahiplerine bazı haklar tanımış ve bunları iç hukuk kuralları olarak belirlemiştir. Ancak fikir ve sanat eserlerinin ülkesel sınırları aşarak diğer ülkelerde yaşayan insanlar tarafından da sevilmesi, izlenmesi, yararlı bulunması ve kullanılması sebebiyle ülkesel düzenlemeler yeterli olmamış; eser sahiplerinin haklarının diğer ülkelerde de korunması gerekmiştir. Bu alanda yapılan çalışmalar revizyonlarla geliştirilen Bern Anlaşması'nı ortaya çıkarmıştır. Anlaşmayı imzalayan

---

[157] **Platena**, s.251.

[158] Birlikte eser sahipliğine ilişkin tartışmalar için bkz. **Riedel** (Fotorecht), s.62 vs.

[159] **Ulmer**, s.194 vd.

ülkeler Anlaşmadaki kuralları kendi ülkeleri için "asgari hukuksal koruma kuralları" olarak belirlemiş ve iç hukuklarına almıştır. Kültür ve hukuk düzeylerindeki farklılıklar sebebiyle bazı ülkeler bu asgari kurallar ile yetinmeyip, ülkelerinde eser sahiplerine Anlaşmada belirtilenlerden daha geniş haklar tanımıştır. Zaten Bern Anlaşması da bunu amaçlamıştır[160]. Sözleşmelerle sadece olmazsa olmaz asgari kurallar koyma amacı Bern Anlaşması'ndan sonra hazırlanan birçok uluslararası anlaşma metninde ve yine AB direktiflerinde sürdürülmektedir.

İşte Bern Anlaşması'na uygun hazırlanan Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'muz, daha sonra ortaya çıkan uluslararası hukuk anlaşma ve kurallarındaki gelişmeler paralelinde asgari koruma yanında, ayrıca ülkemizdeki fikir ve sanat eserleri üretimini teşvik etmek ve yaygın olan ihlalleri önlemek için daha geniş hukuksal koruma kurallarını ve haklarını eser ve diğer hak sahiplerine tanımıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu esasen belli bir eser bağlamında eser sahibinin mali ve manevi menfaatlerini korumaktadır. Bu ilke FSEK md.13'de yer almaktadır: "Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür". Buradan çıkan anlam şudur: Yasa koyucu eser üzerindeki hakları manevi ve mali haklar olarak ayırmış ve devamı maddelerinde bunları sınırlayıcı bir biçimde sayarak düzenlemiştir. Doktrinde bazı yazarlar[161] bu ayrımı yapay bulmaktadırlar ve aslında mali ve manevi hakların birbirlerine sıkı şekilde bağlı olduğunu savunmaktadırlar. Bu görüş "mali haklardan olan eseri yayma hakkının kullanılabilmesi, bir manevi hak olan eseri kamuya sunma (umuma arz) yetkisi bulunmadan mümkün değildir. Keza eserin kamuya sunulmasında eser sahibinin adının açıklanmaması veya eserin bozulup değiştirilmesi, eser sahibinin manevi olduğu kadar maddi çıkar-

---

[160] Bern Anlaşması'nın 19.maddesinde fikirsel ve sanatsal haklar açısından "Bu sözleşme hükümleri, Birlik ülkeleri mevzuatı ile tanınan daha geniş bir korumadan yararlanma isteğine engel oluşturmaz" ve 20.maddesinde "Birlik ülkelerinin hükümetleri, aralarında eser sahiplerine bu Sözleşme ile tanınan haklardan daha geniş haklar veren veya bu Sözleşmeye aykırı hükümler içermeyen özel anlaşmalar yapma hakkını saklı tutarlar" denilerek bu amaç açıkça ortaya koyulmuştur.

[161] **Erel,** s.135; **Arslanlı,** s.78; **Ayiter,** s.112-113.

larını da zedeler" şeklinde ifade edilmektedir[162]. Nitekim eser niteliğindeki fotoğrafların (fotografik eser) kural olarak eser sahibinin izni olmadan bir yayın organında yayınlanması, internette yayınlanması eser sahibinin hem kamuya sunma yetkisine (manevi hakkına), hem de eseri yayma ve umuma iletim haklarına (mali haklarına) saldırı oluşturmaktadır.

Manevi ve mali hakların gruplar halinde ve sınırlayıcı olarak sayılması bazı faydalar ve sakıncalar taşımaktadır. Bu usulün faydası, sayılan hakların nitelik ve kapsamının etraflıca düzenlenebilmesi ve bunlara yapılacak tecavüzlerin açık olarak tespiti imkanıdır. Sakıncası ise, teknik gelişmeler sonucu eserden yeni yararlanma olanakları doğması halinde, eser sahibinin bunlar üzerinde bir hak iddia edememesi ve başkalarının bu yoldan eserinden yararlanmalarına engel olamamasıdır[163]. Modern bazı kanunlar (örneğin, Fransız ve Alman Kanunları) eser üzerindeki yetkileri "sınırlayıcı biçimde saymak" yerine, eser sahibinin tek ve kapsamlı bir hakkı olduğunu kabul etmişlerdir. Bern Anlaşması da manevi ve mali haklar arasında bir ayrım yapmamakta ve 6.maddesiyle (Art.6bis) iki kategori arasındaki ilişkiyi "eser sahibi haiz olduğu mali haklardan müstakil olarak ve hatta bu hakların devrinden sonra dahi eserin kendi eseri olduğunu beyan etmek ve bu eserin kendi şeref ve şöhretine zarar verecek her türlü bozuluşuna, parçalanışına veya herhangi bir şekilde değişikliğe uğratılmasına muhalefet etmek hakkını bütün hayatı boyunca muhafaza eder" şeklinde ifade etmektedir.

Hukuk düzeni, eserin meydana gelmesiyle birlikte eser sahibine manevi ve mali haklar tanıyarak bunları korumaktadır. Eser üzerindeki her türlü manevi ve mali hakkın doğumu için sadece eserin yaratılmış olması yeterli olmaktadır.

Manevi hak, eser sahibinin eserle olan manevi bağlarına ilişkin haktır[164]. Bir başka deyişle, eser sahibinin kişiliği ve maneviyatıyla ilgili

---

[162] **Erel,** s.135.

[163] **Arslanlı,** s.79; **Erel,** s.135; **Öztan,** s.280; **Belen,** H.: Eser Sahibi ve Manevi Hakları, KÜHFD 1997, Y:1 S:1, s.228.

[164] **Corrodi,** s.17; **Kılıçoğlu,** s.218; **İnceoğlu/Tosun,** s.79. Manevi haklar FSEK'in kullandığı bir kavram olup, kökenini Fransız hukukundaki "droit moral"da bulmaktadır. İngiliz hukuku da artık manevi haklara "moral rights" başlığı altında yer ver-

olan boyutu yansıtan ve bunlarla ilgili hususların korunmasını hedefleyen hak türüdür. Bu doğrultuda manevi hak, eserin bütünlüğünü koruma yetkisi, değişiklik yapılmasını engelleme yetkisi, adını eserde belirtme yetkisi, eserin umuma ilk olarak ne zaman ve nasıl sunulacağını belirleme yetkisi gibi yetkileri bünyesinde barındırır. Eseri yaratan kişinin bu yaratma faaliyeti esnasında kendi kişiliği ile yarattığı eser arasında kurulan köprünün korunmasını hedefler. Eser sahibi yaşadığı sürece FSEK'in 14 vd. maddelerinde[165] düzenlenmiş olan manevi haklarını kullanır . Eser sahibi mali hakları devretmiş bile olsa manevi hakları kullanmaya devam eder ve bu haklara bir saldırı varsa dava açabilir. Bununla birlikte (mali hakların tersine) hakların ekonomik ve mali getirisi olmayan niteliğinden ötürü, eser sahibinin ölümü halinde bu hakların miras yoluyla intikali değil, ancak "kullanım yetkisinin devri"[166] gündeme gelir. FSEK manevi hakları şu şekilde düzenlemiştir (FSEK md.14 vd) : Eseri umuma arz (kamuya sunma) yetkisi (md.14), eser sahibi olarak tanıtılma (adın belirtilmesi) yetkisi (md.15), eserde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi

---

mekte, Alman ve İsviçre hukukları ise "eser sahibinin kişilik hakları" (Urheberpersönlichkeitsrechte) deyimini tercih etmekte ve sonuçta bu başlık altında ifade edilen hakların manevi haklar olduğu kabul olunmaktadır. Son iki ülkede anılan hakları kişilik haklarına dayandırma eğilimi mevcut ise de, manevi hakların kişilik haklarından farklı yönleri vardır. Çünkü kişilik hakları bir eserin varlığına bağlı olmadan mevcutken, manevi haklar, eser ile sahibi arasındaki bağ dolayısıyla oluşur: Bkz. **Tekinalp,** § 14 Nr.4, s.151; aynı yönde **Corrodi,** s.17; **Öztan,** 287, dpn.39'da anılan yazarlar. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aksu,** M.: Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme, Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s.124 vd.

[165] Fransız hukuku menşeli olan manevi hak kavramı Kıta Avrupası hukuk sisteminde çok daha önce benimsenmiş, Common Law hukuk sistemi temsilcileri tarafından ise uzun süre görmezden gelinmiş bir kavramdır. Bunun nedeni manevi hakkın eser sahibine devredilemeyen bir hak olarak özgülenmesi ve eserin mali boyutu gözetilmeksizin birçok noktada söz hakkının eser sahibine bırakılması gibi sonuçlar doğurmasıdır.

[166] **İnceoğlu/Tosun,** s.79. FSEK'in 19.maddesi bu hakların kullanım yetkisinin kimlere intikal edeceğini düzenlemiştir. Bu madde gereğince, eserle ilgili hak sahibi bu hakları kullanma yetkisine sahip olan kişileri bir ölüme bağlı tasarrufla da tayin edebilir. Konuya ilişkin ayrıca bkz. **Arslanlı,** s.88.

(md.16), eserin aslına ulaşabilme (eserin zilyet ve maliklerinden eserden yararlanmayı talep) yetkisi (md.17).

Mali hak ise, eserden ekonomik olarak yararlanma ve bunun şeklini belirleme olanağını münhasıran eser sahibine veren ve ona eserden üçüncü kişilerin izinsiz yararlanmalarına engel olma yetkisi tanıyan mutlak haktır. Eserden ekonomik yarar sağlanabilmesi için onun ekonomik yönden değerlendirilmesi gerekmektedir. FSEK mali hakları, eserden iktisaden her türlü yararlanmayı kapsayan külli bir hak değil, fakat sınırlı şekilde sayılmış beş hak kategorisi halinde düzenlemiştir[167]: İşleme hakkı (md.21), çoğaltma hakkı (md.22), yayma hakkı (md.23), temsil hakkı (md.24), yayımlama (işaret, ses ve görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim) hakkı (md.25), güzel sanat eserlerinin satış bedelinden pay alma (talep) hakkı (md.45).

Her ne kadar, FSEK md.20 mali hakları türleri itibarıyla sınırlandırmışsa da, bu hüküm mali hakların yararlanma şekli/biçimi bakımından bölünmesine engel değildir[168]. Bir mali hakkın konusunu teşkil eden yararlanma şekilleri teknik gelişmelere göre değişip genişleyebilir[169]. Örneğin, umuma iletim mali hakkı açısından bakıldığında, fotoğraf eserlerinin yazılı basında yayınlanarak umuma iletilmesi yararlanma biçiminin yanısıra gelişen teknolojiyle birlikte internette websitelerinde yayınlanma yararlanma biçimi ortaya çıkmıştır. Çoğaltma mali hakkı açısından bakıldığında, klasik çoğaltma usülleriyle kopyalanan fotoğraf eserleri artık

---

[167] FSEK md.20 vd.da sayılan bu haklara Kanunun başka bir faslında düzenlenmiş, ancak ülkemizde henüz uygulama alanı bulmamış olan pay ve takip hakkı da eklenmelidir: **Erel,** s.157.

[168] **Arslanlı,** s.172; **Erel,** s.158.

[169] *Erel* FSEK'in mali hakları sayı bakımından tahdit etmesinin fikri hukuktaki modern gelişmelere uymadığını; zira gelişen teknik imkanlara göre eserden yeni yararlanma yolları bulunabileceğini, bu sebeple eserden bu yollarla izinsiz yararlanan kişiler karşısında eser sahibini korumasız bırakmanın doğru olmayacağını ifade etmiştir: **Erel,** s.158. *Tekinalp* de aynı yönde, sınırlı sayı ilkesinin eskidiğini; hakların kapsamlarının teknik ilerlemeler sonucu genişleyebileceğini belirtmiştir. Bu husus, FSEK md.22/2'de çoğaltma şekilleri sıralanırken "bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi" biçiminde beyan olunmuştur. FSEK md.23/2'de de eserin ticaret konusu yapılması "herhangi bir biçimde" denilerek sınırsız bir tarzda hükme bağlanmıştır: **Tekinalp,** § 14 Nr.79, s.169-170.

bilgisayar veya bilgi işleme ve gönderme işlevine sahip cep telefonlarıyla çoğaltılmaktadır ve bu yeni bir yararlanma biçimidir.

Manevi hakların aksine mali haklar, eser sahibinin malvarlığından tamamen çıkacak şekilde tasarruf ve devir edilebilir. Ayrıca mali haklara ilişkin sadece kullanılması açısından yetki verilmesi de mümkündür; bu yetki verme FSEK md.48/I ve II'de açıklanan lisans sözleşmesi niteliğindeki ruhsat verme yoluyla olur[170]. Mali hakların devri ve lisans verilmesi konusuna ileride daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, eser sahibine tanınan mali ve manevi hakların olumlu (izin verme) ve olumsuz (yasaklama yetkisi) olmak üzere iki ayrı yönü bulunduğunu söylemek mümkündür. Olumlu yönü, kanunen eser sahibine verilen hakların ancak eser sahibi veya onun izin verdiği kimselerce kullanılabilmesidir. Örneğin, bir fotoğraf eserinin çoğaltılabilmesi için eser sahibinin izni gerekmektedir. Olumsuz yönü ise, eser sahibinin elindeki hak ve yetkilerle eserlerin izinsiz şekilde kullanılmasını engelleyebilmesidir[171]. Örneğin, bir fotoğraf sanatçısına ait fotoğraf eserlerinin izinsiz olarak gazetelerde yayımlanması, çoğaltılıp takvimlerde kullanılması gibi hallerde eser sahibi için fikri hukukun koruma olanakları devreye girecektir.

Eser sahibinin haklarına ilişkin bu kısa ön açıklamadan sonra, fotoğraf eserleriyle ilgili olarak, manevi ve mali hakları yargı kararları ışığında inceleyelim:

1. Fotoğraf Eseri Sahibinin Manevi Hakları

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuz manevi hakları dört kategoriye ayırarak incelemektedir. FSEK md.14,15,16 ve 17'de sınırlı sayı kuralı

---

[170] **Arslanlı,** s.172.

[171] Fotoğrafçı *Alberto Korda*, Maryland Institute College of Art tarafından Dünyanın en ünlü fotoğraflardan biri olarak nitelendirilen *Che Guevara* portresinin uzun yıllar kullanılmasına telif hakkı talep etmeksizin izin vermiş; ancak çekmiş olduğu bu fotoğrafın ilgisiz nesnelerle birlikte kullanılmasına ise karşı çıkarak 2000 yılında içki firması Smirnoff'a dava açmış ve kazandığı 50.000 dolar tazminatı Küba sağlık sistemine bağışlamıştır: http://www.frmtr.com/garip-olaylar/2515160-dunyanin-en-unlu-fotograflari-aciklamali.html (8.08.2011).

dahilinde düzenlenen bu haklar için yasa koyucu "salâhiyet" yani yetki kavramını kullanmıştır[172].

a) Eseri Umuma Arz Yetkisi

Fikir ve sanat eserlerinin kamuya sunulması/umuma arzı (Erstveröffentlichungsrecht) ya eserin yayımlanması ya da diğer bir yoldan aleniyete kavuşturulmasıyla olur[173]. Eserin eser sahibinin kişisel (gizlilik) alanından çıkarak fikir ve sanat dünyasına mâl olması ve fikri hukuk tarafından korunur hale gelmesi ancak bu hakkın kullanılmasıyla mümkündür.

FSEK md.14'e göre (UrhG §12, URG Art.9 Abs.2), eser sahibi eserinin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran kendi tayin edecektir[174]. Buna göre, bir fotoğraf eserinin ne zaman, nerede ve nasıl yayınlanacağını, gösterime sunulacağını fotoğraf sanatçısı (eser sahibi) kendisi belirleyecektir. Fotoğrafçılık alanında bu hakkın ihlali daha ziyade, henüz eser sahibi tarafından kamuya sunulmamış fotoğrafların izinsiz olarak yayımlanması halinde söz konusu

---

[172] *Tekinalp*'e göre bunun sebebi, manevi hakların herkese karşı ileri sürülebilecek ve uygulanabilecek mutlak ve inhisari yetkiler olmasıdır: **Tekinalp,** § 14 Nr.4, s.151.

[173] Aleniyet ve yayım kavramlarına ilişkin bkz. **Kılıçoğlu,** s.224; **Suluk/Orhan,** s.325. Bir eserin ilk kez "umuma arz edilmesi" o eserin alenileşmesi anlamına gelmektedir. Aleniyet, bir fikir ve sanat eserinin yaratıcısının kişisel gizlilik çevresinden çıkmasını ifade eder ve fiili bir durumdur. Bu nedenle, eser sahibinin iznine dayansın veya dayanmasın, bir kez kamuya sunulmuş eserler alenileşmiş sayılacaktır. Ancak FSEK'in cezai hükümleri eser sahibinin rızası olmaksızın bir eserin umuma arzını cezalandırmakta, FSEK md.67/I hükmü de eserin açıklanmasına ilişkin manevi hakkın ihlali halinde tecavüzün ref'i (kaldırılması) davasının açılabileceğini öngörmektedir.

[174] 11.HD, 20.2.2001, E.2000/10327, K.2001/1475 (**Suluk/Orhan,** s.386); ayrıca bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.112, s.85; **Platena,** s.179; **Heitland,** s.87. Eser sahibi eserini kamuya hakkını bizzat kullanabileceği gibi, bu hakkın kullanılmasını bir mali hakkı devrettiği şahsa da bırakabilir. Bu yetkiyi devralan mali hak sahipleri, yetkiyi eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde kullanamazlar. Özellikle eserin kamuya sunulma zamanı ve tarzı eser sahibinin şeref ve itibarını zedeliyorsa, eser sahibi önceden yazılı izin vermiş olsa bile, eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin kamuya sunulmasını ve yayımını men edebilir; bu haktan sözleşmeyle vazgeçmek ise hükümsüzdür (FSEK md.14/III).

olur[175] [176]. Bu hak eserin maddi açıdan değerlendirilmesiyle yakından ilişkili olması yönüyle, fotoğrafçılar için azımsanamayacak kadar önemlidir. Bazı fotoğraflar için, özellikle güncel bir konuya ilişkin önemleri veya az rastlanır/seyrek bir hususa ilişkin olarak değerleri (Aktualitäts- und Seltenheitswert) sebebiyle, ilk kamuya sunma ve bası için mutat telif ücretinin birkaç katının ödenebildiği görülmektedir[177].

b) Adın Belirtilmesi Yetkisi (Eser Sahibi Olarak Tanıtılma Yetkisi)

Bu yetki FSEK md.15'de hükme bağlanmıştır. Buna adın (eser sahibi olduğunun) belirtilmesi ya da eser sahibi olarak tanıtılma yetkisi denilmektedir[178]. Maddenin ilk fıkrasında genel bir açıklamaya yer verilmiş[179]; II.fıkrasında güzel sanat eserlerinden yapılan kopyalarda adın belirtilmesi yetkisi; III.fıkrada adın belirtilmesine ilişkin tesbit davası hakkı[180]; IV.fıkrada ise mimarlık eserlerinde adın yazılması hükme bağ-

---

[175] **Corrodi,** s.17; **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.184. Eser bir kez umuma arz edilmiş olmakla artık ne geri alınabilir, ne de görülmemiş kabul edilebilir. Gerek eserin mali açıdan değerlendirilmesi gerekse sanatsal açıdan izinsiz yayım sonucu eser sahibi ciddi zarara uğrayabilir: **Hoeren/Nielen,** Rdn.112, s.85.

[176] "...Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, dava konusu fotoğrafların FSEK'nun 4.ve 5.maddesi anlamında eser niteliğinde olduğu, davalı tarafından hiçbir bedel ödenmeden davacıya ait 20 adet fotoğrafın kullanıldığı, böylece FSEK'nun 14.maddesi uyarınca davacının kamuya arza karar vermeye ilişkin manevi hakkının da ihlal edildiği...": 11.HD, E.2008/12116, K.2010/7045, T.17.6.2010, www.kazanci.com, 8.08.2011).

[177] **Corrodi,** s.17.

[178] **Kılıçoğlu,** s.225; **Tekinalp,** § 14 Nr.24, s.157-158. *Öztan* isabetli olarak FSEK md.15'de yer alan "Adın belirtilmesi selâhiyeti" başlığının yerinde olmadığını, amacı ifadeye yeterli olmadığını; maddenin bütünsel incelenmesiyle adın belirtilmesi dışında başka hususları da kapsadığını belirtmiştir: **Öztan,** s.305.

[179] FSEK md.15/I ve 16/I hükümleri eser sahibinin ad belirtme hususundaki manevi hakkını düzenlemektedir. Bu hükümlere göre, "eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak umuma arz etmek veya yayımlama hususunda karar vermek selahiyeti münhasıran eser sahibine aittir", "Eser sahibinin izni olmadıkça...sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz".

[180] Eser sahipliği iki şekilde çekişmeli olabilir: İlk halde, başkasına ait bir eseri kendisine mal etmenin her türünü içermek üzere, bir kimse başkasına ait bir fotoğraf eserini kendi adıyla, kendi eseri olarak kamuoyuna sunabilir. İkinci olarak ise, başkasının ününden yararlanarak kazanç sağlama ya da tanınan ünlü bir kimsenin kamuoyunda kötülenmesi amaçlı, fotoğraf başkasının adı altında kamuoyuna sunulabilir. Her iki

lanmış bulunmaktadır[181]. Anılan bu yetki eser sahibinin adıyla ilgilidir; esere verilen ad yasada eser sahiplerine tanınmış bir hak olarak yer almamıştır. Esere verilen ad eser olmaması itibarıyla, koşulları mevcut ise FSEK md.83 kapsamında ancak haksız rekabet hükümlerine göre korunur.

Fotoğrafçılar açısından eserlerinde eser sahipliğine ilişkin işaret ve ibarelerin (gerçek ad/müstear ad) yer alması çok önemlidir; çünkü sadece eser sahibi olarak tanıtılma yoluyla tanınabilir ve itibar kazanabilirler. Objektifin arkasında kalan anonimlik, ilgi gören ve beğenilen eserlerinin getireceği ekonomik yararları da engelleyeceğinden çok tercih edilmez[182]. Eser sahibinin eserinden her türlü kullanma ve yararlanmada eser sahibi olarak tanıtılmasını isteme hakkı [183] [184]; bu hakkı ihlal edildiğinde

---

halde de eser sahipliği konulu çekişmeler tespit davalarıyla sonlanabilecektir. Çünkü m.15/III'de düzenlenen davanın konusu eser sahipliğinin belirlenmesidir: Bkz. **Belen,** s.238. *Tekinalp* ise kanımızca isabetli olarak adın belirtilmesi yetkisinin, eser sahibine ait olmayan bir eserin, eser sahibinin adı ile tanıtılmasına engel olacak şekilde geniş yorumlanamayacağını ifade etmiştir. Buna göre, bu hak bir şahsın eserin kendisine ait olmadığını iddia etmesi ve o eserin kendi adı ile tanıtılmasına engel olması hakkını kapsamaz. Bu halde kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükümler uygulanır (MK md.23 vd): **Tekinalp,** § 14 Nr.27, s.158-159.

[181] Alman UrhG bu hakkı "Anerkennung der Urheberschaft"- "Eser sahipliğini tanıtma" kenar başlığıyla 13.paragrafta, İsviçre URG ise benzer şekilde Art.9 Abs.1'de hükme bağlamıştır.

[182] **Hoeren,** Rdn.118, s.89. Kaldı ki, eser sahibi bu yolu tercih ettiğinde FSEK md.11'de yer alan eser sahipliği karinesinden yararlanamaz; 12.maddede yer alan eser sahipliği karinesinden yararlananlara karşı da eser sahibinin kendisi olduğunu ispatla yükümlü olur.

[183] Ad belirtme yetkisi, eser sahibinin adının sadece eser üzerinde değil, eserin kullanıldığı her yerde belirtilmesini kapsar. Eser üzerindeki hakların devredilmiş yahut lisans verilmiş olması buna engel teşkil etmez: **Erel,** s.141-142. Yargıtay da bir kararında, münhasıran bir tanıtım kataloğunda kullanılmak amacıyla (özgün tasarım ürünü olarak) çekilen cam bardak fotoğraflarının eser sahibinin adı belirtilmeksizin pek çok dergi ilanında ve internet ortamında yayınlanmasını eser sahibinin manevi haklarına tecavüz edildiği şeklinde değerlendirmiştir: 11.HD, 31.10.2005, E.2004/11266, K. 2005/10524 (www.kazanci.com, 8.08.2011). Yine bkz. 11.HD, 13.12.1999, E.1999/8367, K.1999/10226 (**Suluk/Orhan,** s.215).

[184] Yabancı hukuk düzenlemelerine bakıldığında; Fransa'da fotoğrafçılara bu konuda tam bir koruma tanınırken, Amerika'daki meslektaşlarına yeterli koruma sağlanmadığı görülmektedir. Zira Amerika'da yalnızca yanlış şekilde eser sahibi olarak tanıtılma halinde itiraz etme olanağı getirilmiş; adın belirtilmesine ilişkin genel bir talep

de FSEK'in sağladığı koruyucu tedbirlere başvurma olanağı mevcuttur[185]. Uygulamada eser sahibinin bu manevi hakkının sıklıkla ihlal edildiği görülmektedir.

Fotoğraf eserlerinde eser sahibinin tanıtılmasına ilişkin olarak, yaratıcı/eser sahibinin adına (Urheberbezeichnung) yer verilmelidir[186]. Bu uygulamada daha çok eser sahibinin adına görselin uygun bir yerinde yer verilerek veya imza atılarak gerçekleştirilir[187]. Ancak duruma göre, eser sahibinin kim olduğunu şüpheye mahal vermeyecek şekilde ortaya koyuyorsa, müstear adı yahut kısaltmalara da yer verilebilir. Uygulamada fotoğrafçıların sıklıkla alan adına (domain name) yer verdikleri görülmektedir ki, kanımızca bu da mümkündür. Eser sahibine ilişkin ad veya

---

hakkına yer verilmemiştir. Bundan ötürü, Amerika'da fotoğrafçıların şahsi hak ve yararlarını sözleşme yoluyla koruma altına alması gerekliliğinin önemine işaret edilmektedir: **Hoeren,** Rdn. 120, s.90.

185 "...davalı tarafça çoğaltılıp yayınlanan dava konusu kitabın 1.baskısında davacı adlarına anılan kitap künyesinde açıkça yer verildiği halde dava konusu baskılarda ise, davacıların fotoğraf eserlerinin sahibi olarak adlarının kitap künyesinde belirtilmeyip, sadece önsöz bölümünde adlarının belirtilmesi nedeniyle, davacıların FSEK'nun 15.maddesindeki adın belirtilmesi yetkisinin ihlali sonucunda FSEK'nun 70/1.maddesi uyarınca manevi hak tazminatına hak kazandıklarına ilişkin mahkeme görüşü isabetli ise de, hükmedilecek tazminatın amacına uygun olarak hak ve adalete uygun bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Davacıların ihlal edilen manevi hakkının niteliği, ihlal tarihi ve ihlalin biçimi itibarıyle yasaya uygun olmamakla birlikte davacıların adlarının kitap nüshalarının önsözünde dahi belirtilmiş olduğu göz önüne alınarak daha makul miktarda bir tazminata hükmedilmesi gerekir...": 11.HD, E.2007/3470, K.2008/11725, T.23.10.2008 (www.kazanci.com, 8.08.2011). Somut olaydan farklı olarak, dava konusu yayında farklı eser sahiplerine ait fotoğraf eserlerine yer verilmiş olsaydı; bu takdirde, kanımızca önsözde adın belirtilmiş olması – hangi eser sahibinin hangi eserle ilişkilendirileceğine dair bağlantı kurma imkanı vermeyeceğinden- tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır. Düsseldorf Bölge Mahkemesi'nin (LG) aynı yönde bir kararı için bkz: District Court Düsseldorf, 14.07.1992-120353/91 (EIPR 1993/11, V:15, D-259); 11.HD, E.2004/4528, K.2004/5302, T.11.5.2004; yine bkz. **Michalos,** Rdn.4-011, s.168.

186 Bkz. **Kötz/Brüggemann,** s.112-113. Eser sahibi olarak tanıtılma yetkisine kanun tarafından bazı istisnalar getirilmiş bulunmaktadır. Bu hallerde eser sahibinin adının belirtilmesi zorunlu değildir. Konumuzla ilgili olarak, açık artırmayla satılacak fotoğraf eserlerinin tanıtılması amacıyla çıkarılacak broşür ve kataloglarda, aksine yerleşmiş bir adet mevcut değilse, eser sahibinin adının belirtilmesine gerek olmadığı söylenebilir (Bkz. FSEK md.40/III).

187 **Ateş** (Haklar), s.144.

alametin grafik şekillendirmeleri nedeniyle anlaşılamaz hale gelmesi ya da yazı büyüklüğü, sayfa yerleştirme gibi nedenlerle zorlukla seçilir hale gelmesi, eser sahibi olarak tanıtılmaya ilişkin manevi hakkın (FSEK md.15) ihlalidir. Yine bir yayında yer verilen fotoğrafların eser sahiplerinin, hangi somut eserin kime ait olduğu anlaşılamayacak şekilde, ayrı bir listede sayılması da bu manevi hakkın ihlaline neden olacak örnekler arasında sayılabilir[188].

İnternetle beraber fikir ve sanat eserlerinin dijital olarak sanal ortamda kolay ve süratli bir şekilde yayılması, bir yandan fotoğrafçıya eserlerini tüm dünyaya takdim edebilme ve kendini tanıtma olanağı sağlarken, diğer yandan eserleri üzerindeki hakların ihlale uğraması tehlikesi çok daha yoğun şekilde kendini hissettirir hale gelmiştir. Zira dijitalleşme fotoğrafçının eserinin kullanılmasıyla ilgili talep olanaklarını ve eseri üzerindeki kontrol olanağını büyük ölçüde yitirmesiyle, eser sahipliğinin ve bu sıfatın getirdiği hakların korunması yönünden fotoğrafçıyı güçsüzleştirmiştir[189]. Elektronik ortamda, bu ortamın sunduğu dijitalleşme sonucunda, eser sahibinin adını belirtme hakkının da ihlali daha pratik, kolay ve ucuz olmaktadır[190]. İnternette eser sahipliğine ilişkin doğan sorunlarla ilgili olarak, özellikle 4630 sayılı "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ilişkin Kanun" ile önemli ölçüde değişikliğe uğrayan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda yer

---

[188] **Hoeren,** Rdn. 122, s.91; **Heitland,** s.88.

[189] **Davies,** s.43; ayrıca bkz. **Akipek, Ş./Dardağan,** E.: Sanal Ortamda Telif Hakları, Batider 2001, C:21 S:1, s.47; **Jahn,** S.: Pflichten, Rechte, Möglichkeiten von Fotografen in Zeiten des World Wide Web, 2009, s.14, (http://www.law.tuwien.ac.at/jahn.pdf, 8.08.2011).

[190] **Fujita,** A.K.: The Great Internet Panic: How Digitization is Deforming Copyright Law?, Journal of Technology Law and Policy, Fall 1996, V.II, Issue 1, s.6, www.journal.law.ufl.edu/techlaw/2/fujita.html, 1996-6.5.2000 (**Akipek/Dardağan,** s.63'den naklen). Bir olayda, fotoğraf sanatçısının birkaç yüz fotoğrafı izni olmaksızın CD-Rom'a yüklenmiş, görsellerin çok azında eser sahipliği işaretine yer verilmiştir. Ayrıca fotoğrafların bir kısmı manipüle edilmiş ve geometrik çerçeveler içine alınmıştır. Mahkeme fotoğrafçının adın belirtilmesine ve eserin bütünlüğünün korunmasına ilişkin manevi haklarının ihlal edildiğine karar vermiş; davalı firmanın multimedya sektöründe manevi haklarla ilgili hükümlerin bu kadar katı uygulanmaması gerektiğine ilişkin itirazı dinlenmemiştir: TGI Paris 29.04.1998, RIDA (1999)/179, s.320 (**Michalos,** Rdn.4-029, s.177-178).

alan hükümlerle[191] koruma sağlamaya çalışılmaktadır. Ancak bilgisayar teknolojisi de eser sahiplerinin haklarının internette korunması konusunda teknik birtakım çözümler sunmaktadır. Zira hukuk tek başına, fikri hakların internet üzerinden korunması konusunda yeterli olamamaktadır. Bu nedenle, internetteki data korsanlarına karşı teknik araçların kullanılması kaçınılmaz hale gelmiştir: Dijital Watermarking (dijital işaretleme)[192], Steganografi (veri gizleme)[193] teknikleri. Bunun yanında elektronik ortamda düşük çözünürlüklü görsellere yer verilerek veya sadece küçük ön izleme resimleri (thumbnails)[194] kullanılarak da eser sahibinin adına yer vermeksizin eserden yararlanmanın ve diğer fikri hak ihlallerinin bir nebze önüne geçilmesi mümkün olabilmektedir.

---

[191] Örneğin, bir eserin aslını ya da çoğaltılmış nüshalarını umuma yayma hakkını eser sahibine veren hüküm kapsamına "*dijital iletim yoluyla yayma hakkı*" (4630 sayılı Kanun md.15; FSEK md.25) dahil edilmiştir.

[192] Dijital watermarking özellikle resimleri, fotoğrafları başkaları tarafından görülemeyecek bir şekilde işaretlemek için kullanılan yazılım programlarıdır. Böylelikle görseller internetten kopyalanacak olsa bile, watermark yardımıyla "*gerçek hak sahibinin kim olduğu*" tespit edilebilmektedir. Watermark edilmiş bir resme bakıldığında gözle fark edilmeyen, ancak resmin yasa dışı olarak ele geçirilmesi söz konusu olduğunda faili ele veren bir yazılım programı söz konusudur. Örneğin, Digimarc adlı firma tarafından geliştirilen ImageBridge adlı dijital watermarking yazılımı, plug-in olarak piyasadaki tüm fotoğraf veya resim işleme programlarının içerisine entegre edilebilmektedir. Firmanın diğer ürün&yazılımları ve watermarking konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Keser Berber,** L.: İnternette Eser Sahipliği Hukuku Sorununa Getirilen Teknik Çözümler: Steganografi (Data Hiding; Veri Gizleme) ve Digital Watermarking (Dijital İşaretleme), 75.Yaşgünü için Prof.Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.198; http://www.digimarc.com/technology/about-digital-watermarking (5.04.2012); http://www.ch-forschung.ch/index.php?artid=127 (5.04.2012); **Hoeren/Nielen,** Rdn.522, s.348; **Jahn,** s.23.

[193] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Keser Berber,** s.181 vd.

[194] Küçük ön izleme resimleri (Thumbnails) sayesinde fotoğrafı orijinal boyutunda ve çözünürlüğünde elde etmek genelde mümkün olamayacağından, eserin bütünlüğünü korumak ve izinsiz yararlanılmasını kısıtlamak mümkün olsa da; görsel arama motorları bakımından değerlendirirsek, uygulamada arama sonuçlarında listelenen bu ön izleme resimleri (thumbnails) yanında görsellerin eser sahibi yazmamaktadır. Ancak internetteki teamüller ve görsel arama motorlarının niteliği dikkate alındığında, anılan resimlerin altında bunların bulunduğu web sayfalarının isimlerinin gösterilmesi halinde "eser sahibi olarak tanıtılma hakkı"nın ihlal edilmiş sayılamayacağı kanısındayız. Aynı yönde **Öncü,** s.123.

c) Eserde Değişiklik Yapılmasını Yasaklama Yetkisi (Eserin Bütünlüğünü Koruma)

Bir yaratmanın eser olarak nitelendirilebilmesi ve hukuksal korumadan yararlanabilmesi için sahibinin hususiyetini (özelliklerini) taşıması gerektiğinden bahsetmiştik. Bu nedenle bir eserde değişiklik yapmak çoğu zaman o eserin özelliğine (eserdeki hususiyete) zarar vermek anlamına gelmektedir. Eser sahibinin hususiyeti eserin bütününde veya eser kimliğini belirleyici unsurlarında[195] görülebileceği için, eserin özelliğini etkileyecek türde değiştirmeler çoğunlukla eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını yasaklama yetkisini ihlal etmek anlamına gelir ve tazmin edilmesi gerekir.

Eser sahibinin bu manevi hakkı FSEK md.16'da "Eserde değişiklik yapılmasını menetmek" kenar başlığı altında üç fıkrada ele alınmıştır[196]:

Maddenin 1.fıkrasına göre "Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz". Yasa koyucu eserde sahibinin izni dışında değişiklik yapılmasını yasaklamış; bu yasağın esere veya eser sahibinin adına ilişkin olabileceğini öngörmüştür. Yine yapılamayacak değişikliklere kısaltma ve eklemeleri örnek vermiştir. Ancak değişiklikler bununla sınırlı olmayıp benzer başka değişiklikler de hüküm kapsamında değerlendirilebilir. Buna göre, fotoğraf eserlerinde kural olarak eserde veya eser sahibinin adında kısaltma, ekleme ya da kırpma, rötuş, renklendirmeye ilişkin değişiklikler yapılamayacağı söylenebilir. Hakkın devri veya kullanım yetkisinin devri(lisans) ile eseri kullanım olanağı elde eden kimseler dahi

---

[195] Bir fotoğraf eserinde yaratıcılık ve eser sahibinin ferdi özelliklerinin kendini gösterdiği yoğunluk oranında, eser sahibi bu unsurların değiştirilmesinin manevi hakkının ihlali olduğunu ileri sürebilecektir. Ancak objektif değerlendirmenin somut olayın koşulları çerçevesinde yapılması uygun olur: **Hoeren,** Rdn. 116, s.88.

[196] Alman UrhG'de ise bizdekine benzer hüküm § 39 (Änderungen des Werkes) paragrafında ele alınmıştır. Alman yasa koyucusu hükmün ilk fıkrasında aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eseri kullanım yetkisine sahip kimselerin eserde, eser adında ve eser sahibinin adında değiştirmeler yapamayacağını düzenlemiştir. Paragrafın ikinci bendinde ise, eser sahibinin esere ve eser adına ilişkin doğruluk ve dürüstlük kurallarına göre rıza göstermekten kaçınamayacağı değişikliklerin caiz olduğu ifade edilmiştir.

eser sahibinin izni olmadıkça fotoğrafın özgün niteliğine ve hususiyetine dair unsurlarda değişiklik yapamaz. Örneğin, bir fotoğrafın üzerinde oynama yapılarak bir kısmı çıkarılıp, yerine kullanıcı tarafından başka unsurlar eklenmek ve belki de eser sahibinin adı değiştirilmek suretiyle, aynı olayda hem eser sahibinin adının belirtilmesine ilişkin hakkı, hem değişiklik yapılmasını yasaklama/eserin bütünlüğünü koruma hakkı, hatta hem de işleme hakkı ihlal edilmiş olur. Hakkın ihlaline ilişkin uygulamadan bazı örnekler[197]:

- Eseri "pul" şeklinde kullanmak üzere boyutu indirgenerek yapılan çoğaltmanın uygunsuz, eserin kalite&niteliğine zarar verici oluşundan ötürü eserde tahrif niteliği taşıması

- Saç modellerini konu alan fotoğrafların bir bölümü kırpılmak ve çerçeve formatı içine alınmak suretiyle çoğaltılması

- Bir fotoğrafın orijinalinde oynama yapılmak, kısmen renklendirilmek ve çerçeve içine alınmak suretiyle dergide yayınlanması

- Bir fotoğraf kitabının kapağında yer vermek için eser sahibinden izin alınan fotoğrafın eser sahibinin bilgisi dışında sadece bir kesitinin kapakta kullanılması

- Hayvanları sahipleriyle bir yarışmada gösteren fotoğraf üzerinde oynama yapılarak sadece hayvanları gösterir şekilde çoğaltılarak eser sahibinin yaratıcı ve sanatsal seçiminin değiştirilmesi.

Yasa koyucu maddenin 2.fıkrasında ise eserde değişikliğin eser sahibinin iznine tabi olması kuralının istisnasını hükme bağlamıştır: "Kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işliyen, umuma arzeden, çoğaltan, yayımlıyan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir". Buna göre, eseri işleme, çoğaltma, tamsil veya yayım haklarını devir al-

---

[197] Anılan kararlara ilişkin bkz. **Michalos,** Rdn.4-025 vd, s.174 vd. Yine Japonya Temyiz Mahkemesi bir fotoğrafın hususiyeti haiz unsurları içeren önemli kesitini bir fotomontaj çalışmasına yerleştiren davalının bu kullanımının eser sahibinin manevi hakkının ihlali olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Yoshikazu Shirakawa v. Masayuki Amano, 28.03.1980, EIPR 1980 V:2, News Section/D-260.

mış olanlar bu hakların kullanılması için zaruri görülen değiştirmeleri eser/ilgili mali hak sahibinin özel bir izni olmadan yapma yetkisine sahiptirler. Bu demektir ki, eser sahibi teknik gereği zorunlu değiştirmeleri kabul etmek durumundadır[198]. Fotoğraflara ilişkin olarak özellikle yazılı basında basım ve sayfa düzeninin ayarlanmasında tekniğin gerektirdiği alışılagelmiş uygulama ve teamüller (küçültme-büyütme, aydınlatma, flulaştırma vb) bu hüküm kapsamında değerlendirilebilir[199].

Maddenin 3.fıkrasına göre: " Eser sahibi, kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile, şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri menedebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür". Böylelikle, eser sahibinin eserde değişiklik yapma yetkisini başkasına bırakabileceği kabul edilmiştir; bununla birlikte, eser sahibinin vereceği yetkiye ilişkin iznin yazılı olması koşulu aranmıştır (geçerlilik şekli).

Maddenin II.fıkrasındaki değişiklikler tekniğin zorunlu kılması koşuluyla eser sahibinin iznine tabi değil iken; III.fıkrasındaki değişiklikler tekniğin zorunlu kıldığı değişiklikler dışında kalanları içermektedir. Zira

---

[198] *Ayiter*'e göre, işleme, çoğaltma gibi durumlardan birine rıza gösteren eser sahibi bunların sonucu olan değiştirmeleri de göze almıştır: **Ayiter,** s.121; **Belen,** s.240; aynı yönde **Corrodi,** s.19; **Hoeren,** Rdn.115, s.87. *Kılıçoğlu* ise teknik zorunluluğun "işleme, çoğaltma, temsil ve yayım" ile ilgili olmasına işaret etmiştir; örneğin, çoğaltılacak olan kitapta yer alması gereken bir resmin/fotoğrafın teknik açıdan basımının mümkün olmamasıı küçültülmesi ya da o sayfadan çıkartılması gibi: **Kılıçoğlu,** s.230.

[199] **Hoeren,** Rdn.117, s.89. *Barthol* bir fotoğrafın küçültülerek veya büyütülerek yayınlanması, çerçeve içine alınması, renki bir görselin siyah beyaz yayınlanması gibi hallerin özellikle basın fotoğrafçılığındaki uygulamayı kolaylaştırmak açısından basım tekniği gerekleri çerçevesinde izin verilebilir müdahaleler olduğunu belirtmiştir. Fotoğrafın bir kesitinin kırpılması halinde ise, eser sahibinin eserinin bütünlüğüne ilişkin menfaati ve kullanıma yetkili kişinin menfaati karşılıklı değerlendirilmek suretiyle somut olaya göre değerlendirilmeye gidilmelidir. Bunun yanında analog fotoğrafın dijitalleştirilmesi eserde değişiklik olarak görülemez: **Barthol,** s.41-42. Nitekim, *Öztan* da aynı yönde, eser sahibinin eserinin bütünlüğüyle ilgili menfaatlerinin korunmasının mutlak olmadığını; aksine karşılıklı menfaatler dikkate alınmak kaydıyla tanındığını; eser sahibinin duruma göre eserin değiştirilmesine rıza göstermesinin gerekebileceğini, her olayda karşılıklı menfaatler tartılarak karara varılması gerektiğini ifade etmiştir: **Öztan,** s.318.

tekniğin zorunlu kıldığı değişiklikler zaten izne tabi değildir[200]. Yine maddeye göre, eser sahibi değişiklikler için izin vermiş olsa bile, bu izin eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen[201], eserin nitelik ve hususiyetini bozan nitelikte olmamalıdır[202] (objektif ölçüt&değerlendirme ile). Maddede sözü edilen eser sahibinin şeref ve itibarı, şöhreti, mesleki itibar ve onurunu ifade eder. Eserin nitelik ve özelliğinin bozulmaması ise eserin subjektif unsurunun yani eser sahibinin hususiyetinin korunması amacına hizmet etmektedir. Buna göre, eser sahibi bile esere verdiği hususiyetin bozulmasına izin veremeyecektir. Zira bu koşullar mevcutsa, eserde sözü edilen değişiklik eser sahibinin izni olsa bile geçersizdir. Verilen izin ve yapılan hukuksal işlem TBK md.26-27 (BK.md.19-20) gereğince hukuka aykırılık nedeniyle batıldır[203]. Örneğin, fotoğraf eserinin ahlaka aykırı unsurlar içeren bir fotomontaj çalışması içerisinde kullanılması veya ahlak dışı resimlerle bezenmiş bir kitaba koyulması[204]; fotoğraf eserinin üzerinde oynamalar yapılarak, kişilik haklarını ihlal eder şekilde, alaycı bir reklam kampanyasında kullanılması; küçük ön izleme resmine (thumbnails) konu olan eserin, eser sahibinin saygınlığının zedelenmesine neden olabilecek başka ön izleme resimleriyle yan yana gözükmesi[205].

---

[200] **Kılıçoğlu,** s.230.

[201] Doktrinde *Piroğlu*, eserde yapılan değişikliğin eser sahibinin şeref ve itibarını zedelediği durumda FSEK md.16/III maddesi ile korunanın eser sahibinin kişilik hakkı değil, onunla eseri arasındaki kişisel ve manevi ilişki olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre, bu husus da eserle ilgili manevi hakların kişilik haklarından farklı olan niteliğini yansıtmaktadır: **Piroğlu,** Ü.: Eserden Doğan Manevi Haklar Tazminatı ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi, Prof.Dr.Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 563; aksi yönde **İnceoğlu/Tosun,** s.83.

[202] Aynı hüküm ve sınırlandırma, umuma arz yetkisinin yazılı olarak bir başkasına bırakılması hali için FSEK md.14/III'de de yer almıştır. Ayrıca bkz. **Corrodi,** s.19-20; **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.184-185.

[203] Nitekim FSEK md.16/III'ün son cümlesinde eser sahibinin bu haktan vazgeçmesinin hükümsüz olduğu ifade edilmiştir. Fransız hukukunda aynı yönde bkz. **Heitland,** s.187.

[204] Örnekte eser maddi anlamda değiştirilmemiştir ancak esere "mahiyet ve hususiyetini bozan" bir müdahale yapılmıştır. Bkz. **Tekinalp,** §14 Nr.38, s.161, dpn.20'de anılan yazarlar.

[205] **Ott,** ZUM 2009, S.346 (**Öncü,** s.125'den naklen).

Dijitalleşme ile fotoğraf üzerinde işlem yapmak pratik ve kolay hale gelmiş; veri sistemlerinde kaydedilebilen eserler üzerinde uygun yazılım programları sayesinde istenen değiştirmeler yapılarak fotoğrafların değiştirilebilmesi, başkalaştırılabilmesi çoğunlukla mümkün hale gelmiştir. Elektronik ortamdaki telif hakları sorunlarına hukuk çözüm yaratmaya, teknoloji de yukarıda değindiğimiz üzere sürekli farklı koruma yöntemleri geliştirmeye çalışırken, kopyalama ve değişikliklere imkan sunan programlar da aynı şekilde ilerlemekte; sonuçta alanında uzman kişilerin (Fachleute) bile fotoğraflar üzerindeki işleme ve değiştirmeleri ortaya çıkarması kimi zaman güçleşmektedir. Eserde değişiklik yapılmasını men etmeye ve eserin bütünlüğünü korumaya yönelik eser sahibine tanınan bu hak ile fotoğrafçılar önceden izin vermiş olsa bile, eserin bütünlüğünün ihlal edilmesi halinde, fotoğraflarının dijital kullanımını engellemeye ve doğan zararlarını talep etmeye yetkilidir[206].

d) Eserin Zilyet ve Maliklerinden Eserden Yararlanmayı Talep Yetkisi

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 17.maddesi "Eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları" başlığı altında, eser sahibinin eserinin aslını elinde bulunduran, eserin maliki ve zilyedine karşı ileri sürebileceği bazı hakları düzenlemiş bulunmaktadır. Bu haklar doktrinde eser sahibinin eserine, yani eserin aslına ulaşma hakları diye de anılır[207]. Eser sahibi bu hakkını kullanınca geçici bir süre için eserine kavuşmakta ve eserini bir kitaba veya kataloğa koyma ya da özel bir amaçla sergileme imkanını elde etmektedir.

---

[206] **Corrodi,** s.20.

[207] **Ateş** (Haklar), s.153. Eserin aslına ulaşma hakkı, eser sahibinin eserin malik veya zilyedinden, kanunda öngörüldüğü şekilde yararlanmak amacıyla eserin kendisine geçici olarak verilmesini veya eserinden yararlanılmasına müsaade edilmesini isteme hakkıdır: **Tekinalp,** §14 Nr. 50, s.163. Bu hak benzer şekilde Alman UrhG §25'de "Zugang zu Werkstücken", İsviçre URG Art.14'de ise "Zutritts- und Ausstellungsrecht des Urhebers oder Urheberin" kenar başlığı altında hükme bağlanmıştır.

Anılan hükme göre, eser sahibi eserine, gerekli durumlarda ondan geçici olarak *yararlanmak*[208] (FSEK md.17/I); eserin tek ve özgün olması durumunda, kendisine ait tüm dönemleri kapsayan çalışma ve sergilerde *kullanmak*[209] (FSEK md.17/III) amacıyla ulaşabilir. Her iki halde de eseri koruma koşullarının yerine getirilmesi gerekir. Talebin muhatabı eserin maliki veya zilyedidir. Birinci halde, esere ulaşma (varma) güzel sanat eserlerinin tümü için tanınmamış; sadece FSEK md.4'ün 1. ve 2. bendlerinde sayılan eserlere özgülenmiştir[210]. Öte yandan, yazı ile ifade edilen ilim ve edebiyat eserlerinin (FSEK md.2/b.1) yazarlarının ve musiki eserlerinin (FSEK md.3) bestecilerinin elyazısı ile kaleme alınmış

---

[208] "*Yararlanma*" amacı tanımlanmamış, bu amacın nitelikleri gösterilmemiştir. Hiçbir sınırlama yapılmadığı için gerek ticari gerekse ticari olmayan amaca maddenin müsait bulunduğu, hükmün üçüncü fıkrasının bu görüşü desteklediği söylenebilir; çünkü üçüncü fıkrada amaç sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte ticari amacın malik ve zilyedin haklarına ters düşmemesi gerekir (Ör: Müzayedede satılmış Madonna'nın özgün nitelik taşıyan fotoğraflarının müzik festivali/yarışmasını sembolize eder şekilde kart olarak bastırılması). Alman UrhG §25 Abs.1 açıkça bu hükmü içerirken, benzer bir kural Türk hukukunda bulunmamaktadır. Ancak menfaatler dengesi aynı sonuca varılmasını gerektirir: Konuya ilişkin bkz. **Tekinalp,** §14 Nr. 52, s.163-164. Yine yararlanmanın, aslın zilyetliğinin eser sahibine geçici bir süre verilmesi şeklinde olup olmayacağı konusunda da hükümde açıklık yoktur. *Kılıçoğlu* 2001 yılında 4630 sayılı yasa ile değiştirilmeden önce mevcut olan, "hak sahibinin eserin kendisine tevdi edilmesini isteyemeyeceğine" ilişkin düzenlemenin Kanundan çıkartılmasının isabetli olmadığını; bu neticede oluşan aksine yorumun ve mülkiyet hakkının bu denli sınırlandırılmasının doğru olmadığını ifade etmiştir. Nitekim Alman UrhG §25 Abs.II'de açıkça zilyedin, eserin aslını veya çoğaltılmış nüshasını eser sahibine teslim etmekle yükümlü tutulamayacağı düzenlenmiştir: Bkz. **Kılıçoğlu**, s.234-235.

[209] Burada ise yasa koyucu açıkça eserin eser sahibine teslim edilmesine yer vermiştir. Bununla birlikte "*kullanma*" amacı sınırlıdır: 1. Ticari olamaz, 2. Kullanma eser sahibinin bütün dönemlerini kapsayan nitelikte olmalıdır (Retrospektif sergi ve katalog gibi): **Tekinalp,** §14 Nr.52, s.164. Özellikle güzel sanat eserleri açısından ortaya çıkabilecek bu halde, malik veya zilyed ile eser sahibi arasındaki hukuksal ilişkiye *Erel,* kanımızca da isabetli olarak, Borçlar Kanunu'ndaki ariyet sözleşmesine dair hükümlerin (TBK md.379-385/BK md.299-305) nitelikleri elverdiği ölçüde kıyasen uygulanabileceğini belirtmiştir: **Erel,** s.156.

[210] Bunlar yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar, tezhipler; kazıma, oyma, kakma ve benzeri usuller kullanılarak, maden, taş, ağaç ve diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler ; kaligrafiler, serigrafiler, heykeller, kabartmalar ve oymalardır.

eserlerinin asılları da yararlanma amacıyla esere ulaşma hakkının kapsamındadır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan fotoğraf eserlerinin hükümde öngörülen eserler arasında yer almadığı, eser sahibinin esere ulaşma hakkının konusunu oluşturacak eserler arasında sayılmadığı görülmektedir. FSEK'de ana kategoriler halinde belirtilen eserler sınırlandırılmış olmakla birlikte, maddelerde sayılan eserler örnekleyici şekilde zikredilmiş olup, sınırlı değildir. Bu nedenle, eser sahibinin yararlanma hakkının bu ana kategorilere girebilecek olup da kanunda belirtilmemiş başka eserleri de kapsayacağını söylemek mümkündür. Ancak daha önce belirtildiği üzere, fotoğraf eserleri FSEK md.4/5 ve md.2/3 kapsamında kanunda düzenlenerek hukuksal koruma altına alınmıştır.

Kanımızca güzel sanat eserleriyle ilgili hükümde getirilen sınırlandırma isabetli olmamıştır. Çünkü el işlerinin, küçük sanat eserlerinin, minyatürlerin, moda tasarımlarının, *sınırlı sayıda basılan fotoğrafların*[211], slaytların, grafiklerin, karikatürlerin ve tiplemelerin asıllarının bu haktan yoksun bırakılmalarının haklı bir sebebi yoktur[212].

2. Fotoğraf Eseri Sahibinin Malî Hakları

Mali haklar, eser sahibinin eseriyle olan ekonomik ve mali bağlarına ilişkin haklardır.

FSEK'in 20.maddesi, henüz alenileşmemiş bir eserden her ne şekilde ve tarzda olursa olsun faydalanma hakkının sadece eser sahibine ait olduğunu; alenileşmiş bir eserden eser sahibine tanınan faydalanma hakkının ise bu Kanunda malî hak olarak gösterilen haklardan ibaret olduğu-

---

[211] Örneğin, bir fotoğraf sanatçısı tüm dönemlerini kapsayan bir sergi açacaktır. Ancak geçmişte çektiği bazı fotoğraflarının asılları mülkiyet hakkını devretmiş olduğu çeşitli kişilerin elindedir. Kanımızca ressama ve hükümde sayılan diğer eser sahiplerine olduğu gibi, yasa koyucu fotoğraf sanatçılarına da malik ve zilyetlere başvurup söz konusu fotoğrafların (asıl) kendisine verilmesini isteyebilme hakkını tanımalıdır. Yine fotoğraf sanatçısının tüm dönemlerine ait bir katalog çıkarılacaksa, eserlerin zilyet ve maliklerinden slayt çekilmesine izin verilmesi de istenebilmelidir.

[212] Aynı yönde **Tekinalp,** § 14 Nr.51, s.163. Kaldı ki, gerek Alman gerekse İsviçre Fikir ve Sanat Eserleri Kanunları'nda bu hakkın konusunu oluşturan eserlere ilişkin bir sayma veya sınırlandırmaya yer verilmediği görülmektedir.

nu hükme bağlamıştır[213]. Hükümde ayrıca malî hakların birbirinden bağımsız haklar olduğu, bunlardan her biri üzerinde diğerinden bağımsız olarak tasarruf edilebileceği, birinde tasarruf ve kullanmanın diğerine etki etmeyeceği[214] belirtilmiştir.

FSEK'in 20.maddesi eser sahibinin malî hakların tamamı veya bir kısmı üzerinde birbirinden bağımsız sözleşme ve tasarruflar yapabileceğini öngörmektedir. Bu hüküm, mali haklara ilişkin lisans sözleşmeleri (ruhsat) için de aynen geçerlidir. Nitekim, ruhsatla ilgili yorum hükmü getiren 56.maddede, aksine sözleşme hükmü mevcut değilse, eserle ilgili ruhsat sözleşmesinin eser sahibinin aynı ruhsatı bir başkasına vermesine engel oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Buna göre, eser sahibi malî haklardan her biri için ayrı ayrı lisans/ruhsat sözleşmeleri akdedebilir; aksine hüküm yoksa, ruhsatın verilmesi aynı ruhsatın bir başkasına verilmesine engel oluşturmayacaktır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda belirtilen malî haklar işleme hakkı (md.21), çoğaltma hakkı (md.22), yayma hakkı (md.23), temsil hakkı (md.24), işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı(md.25) ve güzel sanat eserlerinin satış bedellerinden pay verilmesi/pay ve takip hakkından (md.45) ibarettir[215]. Hakların ayrın-

---

[213] Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu malî haklar bakımından eserin alenileşmiş olup olmamasına göre bir ayrım yapmaktadır (FSEK md.20/I). Ancak henüz alenileşmemiş bir eser fikri hakların hiçbir türüne konu olamaz. Eser yaratıcısının kişisel gizlilik çevresinden çıkmadığı müddetçe yalnızca Medeni Kanunun kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerine tabi olur ve ona göre korunur. Bu nedenle Kanunun anılan hükmü doktrinde haklı olarak eleştirilere uğramıştır: **Arslanlı,** s.93; **Ayiter,** s.126; **Erel,** s.157.

[214] **Tekinalp,** §14 Nr. 80, s.170. Ancak bazı malî hakların devri, bunlardan yararlanabilmek için başka malî hakların kullanılmasını gerektiriyorsa, eser sahibinin bu kullanmaya onay verdiği kabul edilmelidir: **Erel,** s.158.

[215] Yasa koyucunun malî hakları sayı bakımından sınırlaması fikri hukuktaki modern gelişmelere uymamaktadır. Zira gelişen teknik imkanlara göre eserden yeni yararlanma yolları bulunabilir ve eserden bu yolla izinsiz yararlanan kimseler karşısında eser sahibini korumasız bırakmak doğru değildir. Nitekim bu husus, FSEK md.22/2'de çoğaltma şekilleri sıralanırken " bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi" biçiminde ifade bulmuştur. FSEK md.23/2'de de eserin ticaret konusu yapılması "herhangi bir biçimde" denerek sınırsız bir tarzda hük-

tılı şekilde incelenmesi çalışmamızın kapsamını çok genişleteceğinden, inceleme konumuz olan fotoğraf eserlerini esas alarak konuyu ele almayı uygun görüyoruz.

a) İşleme Hakkı

İşlenmenin ne olduğu, buraya nelerin girdiği FSEK md.6'da hükme bağlanmış; Kanunun 21.maddesi ise eserin bu maddeye giren (örnek kabilinden sayılan)[216] işlenmelerini eser sahibine tanınmış olan bir mali hak olarak düzenlemiştir. Buna göre: "Bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir".

İşlenme "diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilen" bir eser olduğuna göre, daima bir asıl eserin varlığını gerektirir. Asıl eser olmaksızın işlenmeden söz edilemez. İşleme asıl eserden faydalanarak, asıl eserin sırtından yeni bir eser yaratmak olduğuna göre, işleme hakkı eser sahibine ait bir haktır. Bu nedenle, eser sahibinin izni olmadan eserinin işlenmesi mali hakkına yönelik bir tecavüz oluşturur[217].

İşleme hakkı eser sahibine ait bir malî hak olduğuna göre, eseri işlemek isteyen kimse eser sahibinden izin almalıdır. Bu izin, işleme türündeki malî hakkın veya kullanım hakkının başkasına devri olup, FSEK md.52'deki koşullara uygun olarak yapılan bir sözleşme ile hukuka uygun olabilir. Hükme göre, malî hakkın devrine ilişkin sözleşme yazılı olmalı ve malî hakla ilgili hangi konuları kapsadığını içermelidir. Eseri sahibinin izniyle işleyen kimse de –eser sahipliği asıl eser sahibine bağlı olmak üzere- eser sahibidir. Devraldığı işleme hakkı ve türüne münhasır kalmak şartıyla kendi işlemesi üzerinde eser sahipliğinden doğan bütün hak ve yetkileri haizdir[218].

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 6.maddesinde işleme türlerinin sınırlayıcı olmaksızın sayıldığını belirtmiş idik. Hükmün ilk fıkrasının beşinci bendinde "güzel sanat eserlerinin bir şekilden diğer şekillere so-

---

me bağlanmıştır. Bkz. **Tekinalp,** §14 Nr. 79, s.169-170; ayrıca **Erel,** s.157-158; **Ateş** (Haklar), s.161.

[216] **Arslanlı,** s.95; **Erel,** s.159.

[217] **Kılıçoğlu,** s.238-239.

[218] **Öztrak,** s.32; **Kılıçoğlu,** 239; **Erel,** 159.

kulması" ele alınmıştır; fotoğraf eserlerinin işleme hakkına konu olup olamayacağına ilişkin değerlendirmemizde bu düzenleme esas teşkil eder.

Buna göre, kanımızca fotoğraf eserleri esas alınarak ortaya konulan başka güzel sanat eserlerinde (örneğin; resim, heykel), eser sahibinin izni alınmamış, fotoğrafa özgün olma niteliğini veren ve önemli kısmını oluşturan unsurları taklit edilmiş ise; fotoğrafa ilişkin fikri hak ihlali (işleme hakkının ihlali) gündeme gelebilecektir. Nitekim yabancı hukuk doktrin ve içtihatlarında da benzer görüş[219] ve kararlara[220] yer verilmiştir.

---

[219] **Michalos,** Rdn.2-142, s.65. Örneğin, bir fotoğrafın taklit edilmek suretiyle resmedilmesi kural olarak ressamın fotoğrafçının izniyle fotoğraftan yararlanmasını gerekli kılan bir işlemedir (UrhG §23). Resimle başkaca bir sanatsal etki (eine andere künstlerische Wirkung) amaçlanması serbest bir yararlanmadan (UrhG §24) söz edebilmek için tek başına yeterli değildir: **Schack,** Rdn.868, s.436. Türk hukukunda da güzel sanat eserlerinin başka güzel sanat eserleriyle tekrar ifade edilmesinin çoğaltma değil, işleme olacağı yönünde **Arıdemir Genç,** s.67; **Güneş,** Z.S.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Resim ve Portreler, Sayıştay Dergisi 1997, S.24, s.32.

[220] *Bauman v. Fussell* davası, horoz dövüşünü konu alan bir fotoğrafın işlenerek resmedilmesi üzerine fotoğraf üzerindeki fikri hakkın ihlaline dayalıdır.Mahkeme tabloda yalnızca kuşların pozisyonunun taklit edildiği ve bunun fotoğrafın esaslı unsuru olarak nitelendirilemeyeceğinden bahisle ihlal olmadığına karar vermiştir. Bununla birlikte kararın gerekçesi tartışılmış; horoz dövüşü gibi hızlı hareket içeren bir olaydaki kompozisyonu belirlemek ve an seçiminin/anı yakalamanın da beceri gerektirdiği ileri sürülmüştür.

Tony Stone Images v. Arscott and Corel Corporation (Kanada-1996) davasının konusu şöyledir: *Corel* Uluslararası Çizim-Tasarım yarışmasında, bir kızılderiliyi arka planda Amerikan bayrağı ve bir kovboyla gösteren dijital çizim birinci olmuştur. Buradaki çizimde yer alan kızılderili portresinin *N.Vedros*'un "*Potawatamie Indian*" adlı fotoğrafından alındığı saptanmış; lisans sözleşmesiyle fotoğraf üzerindeki kullanım haklarını devralan bir sanat kütüphanesi çizim sahibine ve *Corel* firmasına fikri hak ihlali iddiasıyla dava açmıştır. Her ne kadar dijital çizimde fotoğraftaki portrede yer alan bazı detaylar değiştirilmiş, yine eser türü değiştirilmiş ise de; mahkeme davacı lehine fikri hak ihlalinin olduğu yönünde karar vermiştir.

Rogers v. Koons (1992) davasında ise, sanatçı *Koons*'un bir bankta kucaklarında sekiz yavru köpekle oturan bir çifti konu alan fotoğrafı esas alarak bir heykel yaratması, özgün fotoğraf üzerindeki telif haklarının ihlali kabul edilmiştir. Mahkeme heykel ve fotoğraf arasında bazı farklılıklar olmasına karşın; kompozisyon, pozlama ve ifadelerde muazzam bir benzerlik olduğunu tespit etmiştir. (Bu kararlara ilişkin ayrıntılı olarak bkz. **Michalos,** Rdn.2-143 vd, s.65 vd).

Dijital resim/fotoğraf işlemelerinde ise teknolojinin sunduğu olanaklar ile eser üzerindeki fikri hakların ihlali riski giderek artmıştır. Fotoğraf bir kere dijital ortama konduktan sonra, sınırsız olarak çoğaltma ve değiştirme şekilleriyle karşı karşıya kalmaktadır. Eskiden yalnızca rötuşlar ve kolaj çalışmalarında makas-yapıştırıcı ile mümkün olan, günümüzde bilgisayar ekranında çocuk oyunu haline gelmiştir[221]. Bu tür fotoğraf kompozisyonlarıyla ortaya konan fikri ürün özgün fotoğrafın korunan unsurlarını esas aldığı oranda işleme ve çoğaltma haklarının ihlali gündeme gelebilecektir. Bu mali hakların ihlali, çoğunlukla manevi hakların ihlalini de gündeme getirir. Örneğin, fotoğrafın işlenerek yeni bir fikri ürün yaratılmasında yalnızca işleyenin adına yer veriliyorsa, bu fotoğrafçının adının belirtilmesi yetkisinin ihlali olur. Yine fotoğrafçının hususiyetini yansıttığı eserlerinde söz konusu olan kapsamlı dijital değiştirme&manipülasyonlar eserin bütünlüğünü korumaya ilişkin, eserde değişiklik yapılmasını yasaklama yetkisinin ihlali anlamına gelir[222].

Eser sahibinden izin alınmaksızın fotoğrafların dijital işlenmesi ya da fotoğraf esas alınarak yapılan diğer işlenmelerle işleme hakkının ihlali FSEK'de hukuk ve ceza davalarıyla müeyyideye bağlanmıştır.

b) Çoğaltma Hakkı

Çoğaltma hakkı eser sahibinin en önemli mali haklarındandır. Eserden sahibinin ekonomik yönden yararlanabilmesinin en eski, en olağan ve en yaygın şekli çoğaltmadır[223].

Çoğaltma, eserin aynen tekrarlanmasına ve maddi bir varlık olarak somutlaşmasına hizmet eden teknik bir işlemdir[224]. Bu işlem bazen baskı

---

[221] **Schack,** Rdn.869, s.436.

[222] **Schack,** Rdn.869, s.436.

[223] Günümüz fikir ve sanat eserleri hukukunun çekirdeğini çoğaltma hakkı oluşturur; zira diğer haklar bu haktan türemiştir. Tüm dünyada fikri eserler üzerindeki telif haklarını simgeleyen "copyright" kelimesi de çoğaltma hakkını ifade eder. Kavram zaman içinde genişlemiş ve başka anlamlar da kazanmıştır: **Tekinalp,** §14, Nr.90, s.173.

[224] **Tekinalp,** §14, Nr.91, s.173; **Arıdemir Genç,** A.: Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul 2003, s.55. Çoğaltma deyimi günlük kullanımda eserden geniş bir halk kitlesinin yararlanmasını sağlayacak kadar çok sayıda nüsha çıkarılmasını ifade eder. Ancak fikri hukukta aslının yerine eserden yararlan-

ve fotoğraf çekme yoluyla, bazen plağa, diskete, banda ya da işaretin, sesin, görüntünün tekrarına ve taşınmasına yarayan bir araca (ekrana, bilgisayara, internete) kaydedilerek, biçimlendirilerek veya kalıplara dökülerek sağlanabilir[225]. FSEK md.22 uyarınca, eserin herhangi bir şekil veya yöntemle çoğaltılmasının, yani eserin taş, kağıt, cam, plak, kaset gibi ses taşıyıcılarına; film, video gibi görüntü kaydeden cihazlara; disk, CD gibi dijital kayıt cihazlarına, bilinen ya da ileride geliştirilecek her türlü araca kaydedilmesinin bir önemi yoktur[226]. Eserin herhangi bir ortamda elektronik yollarla depolanması da çoğaltma kapsamındadır. Eserlerin, eser sahibinin izni olmaksızın herhangi bir web sitesine dahil edilmesi durumunda da, bu eser üzerindeki çoğaltma hakkı web sitesi tarafından ihlal edilmiş olur[227].

Çoğaltma hakkının fotoğrafçıların en önemli mali hakkı olduğunu; eser sahibi ile kullanıcılar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çoğunlukla bu hakkın ihlalinden kaynaklandığını söylemek mümkündür. Fotoğrafların baskı ve fotoğraf çekme yoluyla; görüntünün tekrarına ve taşınmasına yarayan ekran, bilgisayar, internet gibi araçlara, disk, CD gibi dijital kayıt cihazlarına kaydedilerek, herhangi bir ortamda elektronik yollarla depolanması; yine web sitelerine konulması hep çoğaltma işlemidir[228]. Doktrinde görsel arama motorunda görsellerin küçültülmüş ve çözünürlüğü azaltılmış formatta depolanmasının (thumbnails-küçük ön izleme resimleri) da bir işlenmeden ziyade çoğaltma niteliğine sahip olduğu kabul edilmektedir[229]. Eserin büyüklüğünün, boyutunun değiştiril-

---

mayı sağlayacak tek bir nüshanın çıkarılmış olması bile çoğaltma sayılır: **Arslanlı,** s.97; **Ayiter,** s.128; **Ateş** (Haklar), s.165; **Öztrak,** s.57; **Erel,** s.163.

225 **Tekinalp,** §14, Nr.91, s.173.

226 **Arıdemir Genç,** s.60; **Öncü,** s.112; **Barthol,** s.30-31.

227 **Akipek/Dardağan,** s.56-57.

228 Aynı yönde **Corrodi,** s.5; bkz. **Barthol,** s.32; **Hoeren/Nielen,** Rdn.92, s.76. Yine bir fotoğraf eserini kart olarak bastırıp dostlara yılbaşı tebriki olarak göndermek; eseri kitap kapağına koymak da çoğaltmadır: Bkz.11.HD, 20.02.2001, E.2002/10395, K.2001/1478-YKD, C.XXVIII, S.1, s.56 vd (**Öztan,** s.356, dpn.302).

229 Zira doktrinde genel görüş, başka bir eserin aynen alınmasının yanısıra, *neredeyse* aynen alınmasının da çoğaltma niteliği taşıyacağı yönündedir. Bkz. **Öncü,** s.112, dpn.44'de anılan yazarlar.

mesi[230] yanında, eser sadece farklı bir şekilde tespit edildiğinden dijitalleştirilmesinin de yine çoğaltma olduğu ifade edilmiştir[231].

Çoğaltma hakkına yasa koyucu tarafından çeşitli sınırlamalar getirilmiş bulunmaktadır. Bu hallerde koruma süreleri dolmamış olsa bile, eserin serbestçe çoğaltılması mümkündür. Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaları ileride daha detaylı ele alacak olmakla birlikte, doğrudan fotoğraflarla ilgili sınırlamaya burada kısaca değinmeyi uygun görüyoruz. Buna göre, fotoğraflar umumi emniyet mülahazasıyla veya adli maksatlar için sahibinin rızası alınmaksızın, resmi makamlar veya bunların emriyle başkaları tarafından her şekilde çoğaltılabilir ve yayılabilir (FSEK md.30/I). Bu düzenlemeyle yasa koyucunun fotoğrafların kullanılmasına ilişkin kamu düzeni amacıyla hukuka uygunluk sebebi kabul ettiği görülmekte; ancak çoğaltma ve yayma haklarına münhasır olarak eser sahibinin hakları sınırlandırılmaktadır. Böylelikle, eser sahibinin fotoğrafın çoğaltılmasına ve yayılmasına müdahale ve muhalefet edemeyeceği haller ele alınmış olmaktadır.

c) Yayma Hakkı

Yayma hakkı her hukuk sisteminde açık bir şekilde ortaya konmamıştır. Örneğin, Fransız hukukunda sadece çoğaltma hakkı kabul edilmiş; bu hak eser nüshalarının kamuya sunulmasını da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir[232]. Buna karşılık İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinde yayma hakkına açık olarak yer verilmiştir[233].

Türk hukukunda ise yayma hakkı FSEK md.23'de özel olarak düzenlenmiştir[234]. Bu hakkın özü, eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının

---

[230] Yargıtay güzel sanat eseri niteliğindeki bir fotoğrafın, orijinal boyutundan daha farklı bir şekilde basılması durumunda, eser sahibinin FSEK md.22'de düzenlenen çoğaltma hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir: 11.HD, E.2005/7450, K.2005/6622, T.20.06.2005 (**Erdil,** E.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 2009, s.532).

[231] **Öztan,** s.166; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal,** s.87.

[232] **Heitland,** s.181; **Ateş** (Haklar), s.170, dpn.367.

[233] Amerikan hukukuna ilişkin bkz. **Heitland,** s.238; İngiliz hukukuna ilişkin bkz. **Michalos,** Rdn.2-150, s.69 ve yuk.dpn.580-581.

[234] Maddede 21.02.2001 tarihinde 4630 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu, yayma hakkına eserin sadece çoğaltılmış nüshaları değil, aslı da konu olabilmekte ve

dağıtılması, bu yolla kamunun bilgisine sunulmasıdır[235]. Yayma hakkı bu yönüyle eser sahibinin manevi haklarından eserin umuma arz edilmesi sonucunu da doğurur. Eserin umuma arz edilmesi alenileşmesi olup, alenileşme de eseri yayma ile gerçekleşmektedir. Denebilir ki, eser sahibinin umuma arz yetkisi ile yayma hakkı içiçe geçmiş olan, biri diğerinin sonucu olan haklardır[236].

Yayma hakkı ile çoğaltma hakkı arasında da sıkı bir ilişki olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, yasa koyucu eser sahibinin yararını dikkate alarak iki hak kategorisini birbirinden bağımsız düzenlemiştir. Gerçekten de, eser sahibi çoğaltma hakkını kullandığı halde yayma hakkını kullanmak istemeyebilir ya da eserini çoğalttırdıktan sonra bunu başka bir yer veya zamanda yayımla(t)makta yarar görebilir[237] [238].

Kanun yayma hakkını eserin aslının veya nüshalarının kiralanması, ödünç verilmesi, satışa çıkarılması veya diğer yollarla[239] dağıtılması şek-

---

"ticaret konusu yapmak" ibaresi metinden çıkarılmış bulunmaktadır. Bununla birlikte, hükme konulan "diğer yollardan dağıtmak" ibaresi ticari dolaşımı da kapsayacak kadar geniştir. Doktrinde *Erel* yayma hakkının konusunun çoğaltma ile elde edilen eser nüshaları olduğundan ve hakkın kullanılmasının gerçekte eserin aslının değil, çoğaltılmış nüshalarının piyasaya sürülmesi suretiyle gerçekleştirilmesinden hareketle; hükme "eserin aslı" ibaresinin eklenmesinin isabetsiz olduğunu ileri sürmüştür: Bkz. **Erel,** s.170-171; aksi yönde **Michalos,** Rdn.2-150, s.69.

[235] **Barthol,** s.33; **Kılıçoğlu,** s.243. Bir başka ifadeyle, *yayma hakkı*, eserin veya eser nüshalarının satış, dağıtım, kiralanma gibi yollarla piyasaya sürülmesi yetkisini münhasıran eser sahibine tanıyan mutlak bir haktır: **Arıdemir Genç,** s.93.

[236] **Kılıçoğlu,** s.243; aynı yönde **Corrodi,** s.7.

[237] **Erel,** s.172; **Kılıçoğlu,** s.243. *Öngören* ise yayma hakkının çoğaltma hakkının bir uzantısı olduğunu; çoğaltma hakkının devredildiği çoğu zaman yayma hakkının da devredilmiş olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte yazar daha sonra, sonuçta bu iki hakkın konularının birbirinden farklı olduğunu, bazı durumlarda hakların birbirinden ayrı devredilmek/lisans verilmek durumunda kalınabileceğini belirtmiştir: **Öngören,** G.: Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku açısından Müzik Eserleri, İstanbul 2010, s.107-108.

[238] Örneğin, hukuka uygun şekilde elde edilmiş eser nüshalarının yetkisiz şekilde piyasaya sürülmesi halinde (lisans sözleşmesi açıkça çoğaltma hakkının kullanılmasıyla sınırlandırılmışsa vb) yayma hakkı ihlal edilmiş olur.

[239] Örneğin, eser sahibinden izinsiz olarak bir fikri ürün (fotoğraf) bilgi ağına konursa; bunu internette erişime sunan kişinin fiilinin yayma hakkının ihlali olacağı yönünde **Akipek/Dardağan,** s.59. Yine bir şirketin, bir fotoğraf sanatçısına ait bazı fotoğrafları koyarak bastırdığı takvimleri müşterilerine ücretsiz dağıtması halinde; kiralama,

linde belirttiğine göre, yayma hakkının mutlaka "kâr amacıyla" kullanılmasının gerekip gerekmediği akla gelebilir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu hakkın kullanılmasındaki amaç geniş şekilde yorumlanmalı, eserin kâr amacı olmaksızın dağıtılması da bu kapsamda sayılmalıdır[240].

Acaba eserin internet adı verilen sanal ortamda piyasaya sürülmesi hali eser sahibinin yayma hakkı ile mi, yoksa işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı ile mi ilgilidir?[241] Doktrinde bir görüş, yayma hakkının sanal ortamda somutlaşmasının bilgi ağında esere erişen kişilerin kendi bilgisayarlarında bu eserin sanal kopyalarını elde etmeleriyle gerçekleşeceğini dile getirmiştir[242]. Ancak sanal kopyaların klasik yayma hakkı kapsamında ele alınması tartışmalıdır[243]. Zira sanal ortamda eserin bilgi ağına konması ve başkalarının erişimine bu

---

ödünç verme, satış söz konusu değildir. Ancak bu hallerde de, eserin asıl ya da çoğaltılmış nüshaları dağıtılmak suretiyle esere olan gereksinim azalmış olduğundan, bu haller "diğer yollarla dağıtma" olarak yayma hakkı kapsamında değerlendirilmiş ve eser sahibinin hakları ihlallere karşı korunmuştur: Bkz. **Çelik,** s.117.

240 Yayma hakkının amacı eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının herhangi bir şekilde kamuya sunulmasıdır. Diğer malî haklar nasıl ki kâr amacı olmadan kullanılabiliyor veya ivazsız olarak başkalarına devredilebiliyorsa, yayma hakkını farklı ele almak için bir neden yoktur. Nitekim FSEK md.23'de yapılan yukarıda değindiğimiz değişiklikle, "ticaret konusu yapmak" ibaresinin kaldırılmış olması da bu görüşü destekler niteliktedir. Bkz. **Erel,** s.172; yine **Arslanlı,** s.102; **Öztan,** s.367.

241 İsviçre hukukunda konuya ilişkin görüş ve tartışmalar için bkz.**Corrodi,** s.10-11.

242 **Ginsburg,** s.1481 (**Akipek/Dardağan,** s.59'dan naklen).

243 Doktrinde *Çelik* yaymanın maddi bir vasıtaya tespit edilmiş eser aslı veya nüshalarının dağıtımına ilişkin olduğunu; internet ortamında madden şekillenmemiş dosyaların dağıtımı ve siteden bunlara erişimin sağlanmasının yayma hakkının konusu olmadığını ifade etmiştir. Çünkü bu hallerde, maddi bir cisme tespit edilmemiş eserin dijital ortamda dağıtımı veya sunulması söz konusudur. Günümüzde fikri hukukta bu halleri kapsamına alacak ve "kamunun erişimine sunma hakkı" olarak ifade edilen yeni bir hak türünün ortaya çıktığı ileri sürülmektedir (Bkz. **Çelik,** s.118, dpn.89-90) . FSEK'de ise kamunun erişimine sunma hakkına isim olarak yer verilmemiş; ancak bu haller eser sahibinin "umuma iletim hakkı" kapsamında düzenlenmiştir (FSEK md.25/II: "Eser sahibi,...gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir). *Memiş* de, benzer şekilde eserin online ortamlarda kullanımlarının FSEK md.23 kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir: **Memiş,** T.: Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002, s.111-112.

yöntemle sunulmasıyla yayma süreci başlar. Bundan sonra söz konusu eserin kullanıcılara ulaşması tamamen tesadüflere bağlıdır. Bu noktada, şu veya bu şekilde esere ulaşan kullanıcının o eseri bilgi ağı içinde başkalarına göndermesi artık yayma fiili olarak değerlendirilememelidir. Öyle kabul edilse dahi, yayma hakkının tükenmesi ilkesi bu alanda herhangi bir sorumluluğun doğmasını engeller[244]. Tükenme ilkesi yayma hakkının önemli bir özelliğidir. Bu ilke gereğince, bir eserin nüshasını kanuna uygun bir şekilde elde eden kişi, bu nüsha üzerinde eser sahibinin izni olmaksızın her türlü tasarrufta bulunabilir. Dolayısıyla yayma, eserin ilk kez tedavüle sokulmasında söz konusu olur; bir kere kullanılmakla da tükenir[245]. Bu çerçevede, bir eseri girdiği bir web sitesinden alıp bir başkasına kopyalayan, e-mail veya başka bir yolla gönderen kişinin bu fiili duruma göre çoğaltma ve/veya umuma iletim hakları kapsamına sokulabilse bile, yayma hakkının ihlali olarak değerlendirilmesi güçtür. Buna karşın, eser sahibi yaratımını kendisi bilgi ağına koymaz, izinsiz olarak bir üçüncü kişi bunu gerçekleştirirse (eseri bilgi ağına koyarsa); yayma hakkının ihlali söz konusu olur[246].

d) Temsil Hakkı

Eser sahibinin mali haklarından temsil hakkının, çoğaltma ve yayma hakkına nazaran fotoğrafçılar için talî önem taşıdığı söylenebilir. Bu hak FSEK'in 24.maddesinde hükme bağlanmıştır. Maddenin ilk fıkrasına göre "Bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle, umumî mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir". Görülmektedir ki, FSEK'in kullandığı terim ile *temsil etme hakkı* birçok hakkı kapsayan bir üst kavramdır[247]. Birbirlerinden bağımsız olan

---

[244] **Akipek/Dardağan,** s.59.

[245] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erel,** s.172 vd; **Michalos,** Rdn.2-151, s.69.

[246] **Akipek/Dardağan,** s.59.

[247] Temsil hakkı şu alt hakları içerir: (1) *Anlatımdan (konferanstan) doğan hak*-"Umumî mahallerde okumak".Verilen konferans ve sunulan tebliğlerde, bunlar üzerindeki hak konferansı verene ve tebliği sunana aittir.Öğretim kurumlarında verilen dersler ve sempozyumlardaki konuşmalar da bu hak kapsamındadır. (2) *Sahnede temsil, seslendirme hakkı*-"çalmak, oynamak". (3) *Sergileme Hakkı*-"göstermek". Bu hak güzel sanat eserleri açısından söz konusudur. (4) İletim Hakkı.Bu hak ise FSEK

bu alt haklar kanunda bir eserin "doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumî mahallerde okuması, çalınması, oynanması veya gösterilmesi"[248] şeklinde ifade edilmiştir.

Konumuzla ilgili alt hak "Göstermek" (Vorführungsrecht) ile bir eserin seyredilmek üzere kamuya sunumu ifade edilmek istenir[249]. "Göstermek" suretiyle temsil hakkının kullanılmasında aslında aynı zamanda "sergilemek" de yer almaktadır. "Göstermek hakkı" eser sahibinin bir güzel sanat eserini, bir filmi ya da teknik cihazlar yardımıyla ilmi veya teknik nitelikte tasvirleri muhatabın duyularına ulaştırma imkanı tanır[250]. Bu hak fotoğraf eseri sahiplerine fotoğraflarını teknik cihazlar aracılığıyla muhatabın/izleyicilerin duyularına ulaştırma (optisch wahrnehmbar machen) olanağı sunar; örneğin, resimlerin/diyapozitiflerin projeksiyonla, power point sunumuyla ekrana yansıtılması[251], güzel sanat eseri niteliğindeki tabloların veya fotoğrafların bir sanat galerisinde sergilenmesi.

e) İşaret, Ses ve/veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4630 sayılı Kanun ile değişik 25. maddesi "İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı" kenar başlığı altında[252] eser sahipliğinden do-

---

md.24/II'de ifadesini bulup; geniş anlamda "temsil"in, umuma arz edilmek üzere, teknik araçlarla vukubulduğu mahalden başka bir mahale naklini ifade eder. Bkz.**Tekinalp,** §14 Nr.110, s.180-181.

[248] Bu sayma sınırlayıcı değildir. Fıkra metninde geçen "...gibi" kelimesi temsilden sadece sayılan dört halin anlaşılmaması gerektiğini açıkça göstermektedir. Bkz.**Tekinalp,** §14 Nr.110, s.180-181; **Kılıçoğlu,** s.247; **Öztan,** s.377.

[249] **Arslanlı,** s.105; **Öztan,** s.383.

[250] **Öztan,** s.383; Bkz.**Barthol,** s.37; **Heitland,** s.86.

[251] **Barthol,** s.37; **Hoeren/Nielen,** Rdn.95, s.77; **Öztan,** s.383. *Corrodi* bir veri dosyasında kaydedilmiş fotoğrafların ekrana çağrılması/yansıtılması halinde de geniş anlamda göstermek suretiyle temsil hakkının vuku bulduğunu ifade etmiştir: **Corrodi,** s.8. *Hug Kettmeir'* a göre ise uygun veritabanlarından yükleme olanağı veren bilindik web siteleri yanında, müze ve kütüphanelerde kayıtlı eserlerin ekran gösterimleri de bu hak kapsamında ele alınabilecektir: **Hug Kettmeir** (Fotografie), s.174.

[252] Bu mali hak eski FSEK md.25 hükmünde "radyo ile yayın hakkı" olarak ifade edilmiş idi. *Kılıçoğlu* maddenin eski kenar başlığı ve içeriğinin gerek amacı ortaya koymak gerekse bir önceki madde (temsil hakkı) ile aralarındaki farkı açıklamaya daha elverişli olduğunu belirtmiştir. Maddenin güncel kenar başlığından ötürü temsil

ğan bir başka mali hakkı düzenlemektedir. Bu hak eserin kitle iletişim araçlarıyla yayınına ilişkindir. Hakkın kapsamı eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının radyo, televizyon, uydu, kablo gibi sistemler ve dijital sistem de dahil olmak üzere işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması (Senderecht) veya başka kuruluşların bu yayınlardan yararlanarak yeniden yaptıkları yayınları (Weitersenderecht) olarak belirlenmiştir.

Kanunun 25.maddesinin ilk fıkrasında iletim ve yeniden iletim hakkı; ikinci fıkrasında eserin çoğaltılması, satılması, dağıtılması düzenlenmiş, ayrıca internette esere ulaşılmasının sağlanmasının, yani eserin internete konulmasının bir iletim türü olduğu kabul edilmiştir. Üçüncü fıkrada ise iletim hakkı ile yayma hakkının farklı kavramlar olmasından ötürü, umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtımının ve sunumunun yayma hakkını ihlal etmediği belirtilmiştir.

Bir esere internette ulaşma, internet kullanıcısının internete girerek, istediği eseri bulup veya tesadüfen rastlayıp ondan dinleme, okuma, görme vs.surette yararlanmasıdır. Bu anlamda bir esere internet yoluyla ulaşımın sağlanmasında, internet de iletim/yeniden iletim aracı olarak tanımlanabilir[253] ki; fotoğraflara ilişkin bu hakkın ihlaline uygulamada en çok internet yoluyla iletimde rastlanacaktır. İnternette bulunan başkasına ait bir eserin, arama motoru işleticisi tarafından küçük ön izleme resmi (thumbnails) şeklinde kaydedilmesi yani depolanmasının FSEK md.22 çerçevesinde bir çoğaltma niteliği taşıdığını; eser sahibinin çoğaltma hakkını ihlal ettiğini ifade etmiş idik. Çoğaltılmış olan bu nüshanın (küçük ön izleme resmi şeklinde) arama sonuçları listesinde hazır bulundurulması, internet üzerinden umuma iletilmesi de aynı zamanda eser sahi-

---

hakkı ile karıştırılmaya müsaittir. Zira işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlar ifadesi 24.maddedeki temsil hakkında madde metninde, 25.maddede ise hem madde metninde hem kenar başlıkta yer almıştır. Her iki maddeyi birbirinden ayırt etmek üzere, maddenin eski kenar başlığının yeni olası teknolojileri de kapsayacak şekilde genişletilerek "Kitle iletişim araçlarıyla yayınlama hakkı" olarak adlandırılması yerinde olacaktır: **Kılıçoğlu,** s.249. Anılan mali hak Anglo-sakson hukukunda ise "the right of communications to the public" olarak geçmektedir: **Michalos,** Rdn.2-153, s.70.

[253] **Tekinalp,** §14 Nr.111, s.181.

binin işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkının da ihlali niteliği taşır[254]. Zira FSEK md.25/2'de eser sahibinin eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve *gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahip olduğu* düzenlenmiştir.

f) Güzel Sanat Eserlerinin Satış Bedelinden Pay Talep Hakkı

Bir güzel sanat eserinin eser sahibi tarafından satıldıktan sonra büyük değer kazanması ve ciddi meblağlar üzerinden tekrar satılması uygulamada sık rastlanan bir durumdur. Bu halde eser sahibine veya ölmüşse mirasçılarına eserde meydana gelen değer artışından pay verilmesi hakkaniyet icabıdır[255]. Konuya yasal düzenlemelerde yer vermiş ülkelerde bu hak "pay ve takip hakkı" olarak da anılmaktadır.

Kanundaki yeri itibarıyla mali haklar arasında (FSEK md.20 vd) sayılmamış olmakla birlikte, pay ve takip hakkının bir mali hak olduğu ve diğer mali haklar gibi eser sahibinin kişiliğini ilgilendiren yönlerinin de bulunduğu yadsınamaz[256]. Bununla birlikte bu hak hükûmete tanınan yetkiler arasında FSEK md.45'de hükme bağlanmıştır[257]. Maddenin 5101 sayılı Kanun ile değişik hükmüne göre (Folgerecht), bazı eserlerin asılları veya belirli niteliklere sahip kopyalarının satışından sonra koruma süresi (70 yıl) içerisinde bir sergide, açık arttırmada yahut bu gibi eşyayı satan bir mağazada veya başka şekillerde satılmak suretiyle el değiştirdikçe; bu satış ile ilk satış bedeli arasında açık bir oransızlık bulunması halinde,

---

[254] **Öncü,** s.113-114.

[255] **Ayiter,** s.138; **Ateş** (Haklar), s.195-196; **Erel,** s.187; **Oğuz,** s.13.

[256] Nitekim Fransız hukukunda da mali haklar arasında kabul edilmesine rağmen, pay talep diğer deyişle pay ve takip hakkının devredilemeyeceği dile getirilmiştir: **Heitland,** s.185.

[257] *Erel* esasen bu hükmün mali haklarla ilgili düzenlemeler arasında yer almasını gerektiğini; ancak hakkın kullanılması, hükümde de değinildiği üzere, hükûmetin bir kararname çıkarmasına bağlı olduğundan, çok da yerinde olmayan bu gerekçeyle hükûmete tanınan yetkiler arasında düzenlendiğini dile getirmiştir: **Erel,** s.187. Aynı yönde **Ayiter,** s.138; **Ateş** (Haklar), s.198.

eser sahibine ya da ölümü halinde belirli mirasçılarına[258] uygun bir pay ödenmesi gerekir. Yasa koyucu böylelikle belirli eserlerin ilk satışından sonraki bazı satışlarda aşırı bir kazanç elde edilmişse, bunda eser sahibinin fikri çabasının rol oynadığını; bu nedenle ona uygun bir bedel ödenmesi gerektiğini kabul etmiştir[259].

Satış bedelinden faydalanmaya ilişkin olarak eser sahibine tanınan bu hak mimari eserler dışındaki güzel sanat eserleri için kabul edilmiştir. 5101 sayılı Kanun değişikliği öncesinde ise pay ve takip hakkının ancak belli eserlerin orijinalleri üzerinde doğacağı öngörülmüş idi[260]: Fotoğraf eserleri, el işleri ve küçük sanat eserleri ile mimarlık eserleri hariç olmak üzere FSEK'in 4.maddesinin 1. ve 2.bendinde sayılan güzel sanat eserlerinin asılları ile dil ile ifade olunan ilim ve edebiyat eserlerinin ve musiki eserlerinin yazar ve bestecilerin el yazıları ile yazılmış olan asılları. Ancak 5101 sayılı Kanun değişikliği ile (3.03.2004) mimarî eserlere ilişkin

---

[258] Yasa koyucu eser sahibinin ölümü halinde pay hakkının her mirasçıya ait bir hak olduğunu kabul etmemiştir; bunu talep edebilecek mirasçılar sınırlandırılmıştır. Maddeye göre bu mirasçılar şunlardır: a) Eser sahibinin ikinci dereceye kadar bu derece dahil yasal mirasçıları, b) Eser sahibinin sağ kalan eşi. Eser sahibinin mirasçılarının bulunmaması halinde ise pay alma hakkının ilgili alan meslek birliğine ait olduğu kabul edilmiştir. Doktrinde *Kılıçoğlu* mirasçılar bakımından böyle bir sınırlandırma yerine daha yalın bir çözüm olarak "eser sahibine, o ölmüşse miras hükümlerine göre mirasçılarına" şeklinde bir düzenleme yapılmış olsaydı, daha yerinde olacağını ifade etmiştir: **Kılıçoğlu,** s.254.

[259] **Kılıçoğlu,** s.251-252. Bununla birlikte, FSEK'de pay ve takip hakkının kullanılabilmesi için hükûmet tarafından bu hakkın kullanılma esaslarını düzenleyen bir kararname çıkarılması gerekliliği hükme bağlanmış; sözü geçen kararname (Güzel Sanat Eserleri, İlim ve Edebiyat Eserleri ile Mûsikî Eserlerinin El Yazısı ile Yazılmış Asıllarının Satış Bedellerinden Pay Verilmesine ilişkin Karar-Bakanlar Kurulu Kararı 2006/10880, 9.8.2006; RG 27.9.2006-S.26302) ise ancak 2006 yılının sonlarına doğru çıkmıştır. Bu sebeple Türkiye uzun bir süre gerekli kanuni düzenlemeyi yapmış ancak uygulamayı gerçekleştirmeyen bir ülke durumunda kalmıştır. Kararnameye ilişkin ayrıntılı olarak bkz. **Öztan,** s.402-404.

[260] **Ayiter,** s.139; **Arslanlı,** s.113-114. FSEK md.45/I'de yapılan değişiklikle, güzel sanat eserleriyle ilgili pay verilmesi hakkının, sadece orijinal (asıl) eserler için değil, bunların kopyaları için de geçerli olduğu kabul edilmiştir. Madde ile eser sahibi tarafından imzalanan veya başka şekilde işaretlenen kopyaların da özgün eser olduğu benimsenmiştir. Bkz. **Kılıçoğlu,** A.: Fikri Haklar Alanında 5101 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler, TBBD 2004, S:55, s.74.

ayrıksı durum saklı kalmak üzere[261], hariç bırakılan diğer eserler -fotoğraf eserleri dahil- hükmün kapsamına alınmıştır[262]. Nitekim Avrupa Topluluğu'nun 2001 yılında çıkarılan "Özgün Bir Sanat Eserinin Yeniden Satışından Eser Sahibinin Yararlanması Hakkında Konsey Direktifi"nde de fotoğraf eserlerinin açık şekilde bu hakkın konusu olarak koruma altına alınmış olduğu görülmektedir.

Pay talep hakkı, mimarî eserler dışında, FSEK md.4'de sayılan güzel sanat eserlerinin asıllarına[263] ve bazı özellikleri haiz olduğu için özgün kabul edilen kopyalarına uygulanır. Özgün sayılması için kopyanın eser sahibinin kendisi tarafından sınırlı sayıda meydana getirilmiş veya eser sahibinin kontrolünde ve izniyle üretilmiş ve eser sahibi tarafından imzalanmış/başka şekilde işaretlenmiş olması gerekir. Bu hak esasen güzel sanat eserleri için öngörülmüş olmakla birlikte, yasa koyucu ilim ve edebiyat ve mûsikî eserlerinin sahiplerinin el yazısı ile yazılmış asıllarına da bu hakkı tanımıştır.

Yasa koyucu hak sahiplerine ödenecek paya ilişkin olarak müteselsil sorumluluk kabul etmiştir. Buna göre " Satışın vuku bulduğu müessese sahibi satıcı ile birlikte müteselsilen mesuldür" (FSEK md.45/III). Yine takip eden fıkrada, eserin cebri icra yoluyla satışı halinde hak sahiplerine payın ancak diğer alacakların tamamen ödenmesinden sonra ödeneceği; nihayet son fıkrada ise hak sahiplerinin pay talep haklarının ese-

---

[261] Satış bedellerinden pay verilmesi mimarî eserlere uygulanmaz; zira bu eserlerin devamlı el değiştirmesi nitelikleri gereğidir. Bu eserlerin değerlerini "eser" olmalarından ziyade pazar koşulları, ekonomik durumlar, eserin yerinin kazandığı değer vs. belirler. Bu nedenle FSEK md.45'de 5101 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte bu eserlere ilişkin ayrıksı durum muhafaza edilmiştir. Bkz. **Tekinalp,** §14 Nr.113, s.185.

[262] Nitekim *Arslanlı* fotoğraf eserleri ve eser vasfını haiz, sayılan diğer fikri ürünlerde, eser sahiplerinin takip hakkından mahrum kılınmış olmalarının doğru ve adil bir yaklaşım olmadığının altını çizmiştir: **Arslanlı,** s.114.

[263] FSEK md.45'in ilk fıkrasında geçen "eserin aslı" kavramı "eserin ilk defa tamamlanarak ortaya çıktığı, reprodüksiyon, kopya veya taklit niteliği taşımayan, maddi varlık kazanmış şekli" olarak tarif edilebilir: Bkz. **Öztan,** s.395, dpn.456'da anılan yazarlar. Alman hukukunda *Heitland* ise fotoğraf eserlerine ilişkin olarak negatif ve diyapozitiflerin orijinal, yani eserin aslı olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir: **Heitland,** s.91.

rin satış yoluyla el değiştirdiği tarihten itibaren beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu hükme bağlanmıştır.

C. Fotoğraf Eseri Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar

Eser sahibinin fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklarına bazı sınırlamalar getirilmiştir. Başka bir deyişle, bazı hallerde eser üzerinde hak sahibi olanlar dışındaki kişilere de hak sahibinin izni alınmadan eserden yararlanma serbestisi tanınmıştır[264]. Hak sahipleri dışındaki kişilerin eserden serbestçe yararlanmasına imkan tanıyan bu haller, hukuka uygunluk nedenleridir.

Fikir ve sanat eserlerinden eser sahibinin izni alınmaksızın yararlanılması serbestisi çeşitli sebeplere dayalı olarak tanınabilir. Genel olarak eser sahiplerinin fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklarının sınırlandırılması; diğer bir deyişle, fikir ve sanat eserlerinden eser sahibinin izni olmaksızın yararlanılması serbestisinin tanınması "kamu düzeni", "genel yarar" ve "kişisel yarar" gibi düşüncelere dayanır.

Fikir ve sanat eserlerinden yararlanılmasına ilişkin serbestiler, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun sistematiği içerisinde "Tahditler" başlığı altında (md.30-47), "amme intizamı", "genel menfaat", "hususi menfaat" ve "hükûmete tanınan yetkiler" şeklinde dört grup halinde düzenlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, hükûmete tanınan yetkiler ana başlığı altında düzenlenen FSEK'in 42.maddesinde yer alan meslek birlikleri ve 45.maddesinde yer verilen pay ve takip hakkı, eserler üzerindeki hakları daraltan, başka bir deyişle, üçüncü kişilere eser sahibinden izin almaksızın yararlanma serbestisi tanıyan düzenlemeler değildir. Aksine bu hükümler eser sahibinin haklarının daha iyi korunmasına hizmet eden veya haklarını genişleten düzenlemelerdir. Diğer taraftan kanunun sistematiği içerisinde, eser sahibinin haklarının sınırlandırılmasına ilişkin hükümler

---

[264] Fikir ve sanat eserlerinden yararlanma bakımından mevcut tanınmış serbestiler dışında, özellikle dijital ortamda eserlerden yararlanma bakımından çeşitli yararlanma serbestileri geliştirilmeye devam etmektedir. Bkz. **Ricketson,** S.: WİPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment" (www.wipo.int/edocs/mdocs/...9/sccr_9_7.doc, 5.04.2012).

kapsamında düzenlenmeyen, koruma sürelerine ilişkin FSEK md.26 vd. hükümleri ise, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları sınırlandıran, diğer bir deyişle fikir ve sanat eserlerinden yararlanma serbestisi tanıyan hükümlerdir.

Eser sahibinin haklarına getirilecek sınırlandırmalar (üçüncü kişilere eserden yararlanma hususunda tanınan serbestiler) toplumun vazgeçilmez ihtiyaçlarının gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Burada esas alınması gereken, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlamanın genel ve özel yararın sağlanması bakımından kaçınılmaz olarak gerekli olması ve fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların özüne zarar verecek boyuta ulaşmamasıdır[265]. Anılan sınırlandırmaları aşağıda fotoğraflarla ilgili olduğu ölçüde ele almayı uygun görüyoruz.

1. Kamu Düzeni Düşüncesi ile Sınırlandırma

Eser sahibine tanınan haklarda kamu düzeni açısından getirilen sınırlandırmalar, mahkemelerde kanıt olarak kullanmak ve kolluk güçlerinin sanıkları teşhis ve izlemelerinde kolaylık sağlama düşüncesine dayalı ve bu amaçlarla sınırlıdır. Buna göre, bir eser, sahibinin izni olmadan, ispat amacıyla mahkeme ve diğer resmi makamlar huzurunda ve zabıta ile ceza işlerinde kullanılabilir. *Fotoğraflar* genel güvenlik düşüncesiyle ya da yargısal amaçlarla veya bu makamların verdikleri emirle çoğaltılabilir (FSEK md.30/1)[266]. Görüldüğü üzere maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesinde "eser sahibine ait hakların kullanılması" ifadesi daha kapsamlı bir kullanma hakkını ifade ettiği halde[267], fotoğraflar için kullanılan "çoğaltma ve yayılma" kullanım hakkını daraltmış bulunmaktadır[268].

---

[265] **Ateş** (Haklar), s.268-269.

[266] Bu hukuka uygunluk sebebi Alman FSEK § 45'de (UrhG), Avusturya FSEK §41'de (OUrhG) benzer şekilde hükme bağlanmıştır.

[267] Doktrinde *Çelik* burada mercilere tanınan serbestinin sadece çoğaltma hakkı bakımından değil, eser üzerindeki her türlü hak bakımından geçerli olduğunu ileri sürmüştür: **Çelik,** s.123. Aynı yönde **Ateş** (Haklar), s.352. Buna karşın *Kılıçoğlu* burada sadece çoğaltma hakkı bakımından serbesti öngörüldüğü görüşündedir. Bkz. **Kılıçoğlu,** s.319.

[268] **Kılıçoğlu,** s.319.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 30.maddesinin 1.fıkrasının ilk cümlesine göre "eser sahibine tanınan haklar, eserin ispatı maksadıyla mahkeme ve diğer resmi makamlar huzurunda ve alelıtlak zabıta ve ceza işlerinde bir muameleye konu teşkil etmek üzere kullanılmasına mani değildir". Eserin kendisinin, eser sahipliğinin ve eserle ilgili bir olayın ispatı amacıyla; mahkemeler, icra organları, vergi daireleri ve diğer resmi makamlar veya bunların tayin edeceği bilirkişiler marifetiyle eser çoğaltılabilir. Kanunda sadece eserin ispatı hususuna değinilmiş ise de, eser sahipliğinin ve eserle ilgili bir olayın, örneğin bir fotoğraf eserinin/fotografik eserin Türk Ceza Kanunu'nun 226.maddesi anlamında müstehcen olup olmadığının tespiti için, bilirkişi incelemesi yapılmak üzere bir nüshası çoğaltılarak bilirkişiye tevdi edilebilir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 30.maddesinin 1.fıkrasının 2. cümlesine göre "*fotoğraflar,* umumi emniyet mülahazasiyle veya adli maksatlar için sahibinin rızası alınmaksızın, resmi makamlar veya bunların emriyle başkaları tarafından[269] her şekilde çoğaltılabilir ve yayılabi-

---

[269] Peki suçlu olduğuna inanılan bir kişiye ait ve güzel sanat eseri niteliğine sahip fotoğraf bir resim galerisinde teşhir edilebilir mi? Yine aynı fotoğraf bir medya kuruluşu tarafından, herhangi bir resmi izin ve talimat alınmaksızın bir gazetede yayınlanabilir veya televizyonda gösterilebilir mi? Doktrinde *Ateş* FSEK md.30 çerçevesinde bu sorulara olumlu yanıt verilemeyeceğini; zira anılan hükmün, eser üzerindeki hakların sahibinin izni dışında kullanılabilmesi yetkisini sadece mahkeme, polis ve zabıta gibi resmi makamlara tanıdığını belirtmektedir. Bu nedenle, resmi niteliği bulunmayan kişi ve kuruluşların, bu hüküm kapsamındaki amaçlar doğrultusunda olsa bile, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakkı sahibinin rızası olmaksızın kullanmaları – resmi makamlarca bu kişi ve kuruluşlara bu konuda izin verilmesi hali hariç olmak üzere- hukuka uygun sayılamaz. Bununla birlikte yazar sonra kanımızca da isabetli olarak; FSEK dışında kalan mevzuatta öngörülen hukuka uygunluk nedenlerinin, niteliğiyle bağdaştığı ölçüde bu hukuk alanında da geçerli olduğundan, verilen örnekteki eylemleri hukuka uygun saymanın mümkün olduğunu ifade etmiştir. Zira kamu düzeni hemen tüm hukuk alanlarında geçerli bir hukuka uygunluk nedenidir. Örneğin, çok tehlikeli bir saldırgana ait eser niteliğindeki portre fotoğrafın resmi makamların izni dışında bir gazetede yayımlanması eser üzerindeki hakların ihlali sonucunu doğurur gibi görünse de; böyle bir kanun kaçağından toplum fertlerinin zarar görmemesi veya onun kısa sürede yakalanmasındaki kamu yararı, eser üzerindeki kişisel menfaatten daha üstün olduğundan, anılan eylemi basın hukuku çerçevesinde hukuka uygun saymak mümkün olabilecektir. Bkz. **Ateş** (Haklar), s.354-355. Basın hukuku açısından hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin bkz. **Kılıçoğlu,** A.: Şeref,

lir". Söz konusu hüküm özellikle suça karışan kişileri teşhis ederek yakalanmalarını sağlamak amacıyla öngörülmüştür[270]. Eser niteliğinde olmayan fotoğraflar bakımından ise FSEK'in bunlara ilişkin 86. ve 87.maddelerinde, kamu düzeni nedeniyle bir sınırlama öngörülmemiştir. Doktrinde bir görüş[271], FSEK'in 30.maddesinde genel şekilde fotoğraflardan bahsedilmiş olması, eser niteliğinde olan ve olmayan fotoğraflar bakımından ayrım yapılmamış olması nedeniyle, kamu düzeni düşüncesiyle öngörülen sınırlandırmanın eser niteliğinde olmayan fotoğraflara da uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Diğer bir görüşe göre[272] ise, eser niteliğinde olmayan alelade fotoğraf ve resimlerin adli amaçlarla çoğaltılıp yayınlanması fikri haklar kapsamında değil, kişilik hakları kapsamında değerlendirilmelidir.

2. Kamu Yararı Düşüncesi ile Sınırlandırma

Kamu yararına dayanan sınırlandırmalarda (hukuka uygunluk sebeplerinde), eser sahibinin izni aranmaksızın ona ait hakların kullanılmasında ne kamu düzenini sağlama ne de özel yararlara hizmet vardır. Kamu yararına dayanan sebepler toplumun düşünsel ve kültürel alanda gelişimine hizmet etmektedir[273].

Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2008, s.165 vd.

[270] **Ateş** (Haklar), s.353. Amaç suça karışanların teşhisi ve yakalanması olduğundan, buradaki serbestinin sadece fotoğraflarla sınırlandırılmaması gerekir. Duruma göre, suça karışanları teşhise elverişli portre (resim), çizim ve büstün, suça karışanların teşhisi ve yakalanması amacıyla adli makamlar ve kolluk tarafından çoğaltılabilmesi ve yayılabilmesi mümkün olmalıdır. Bkz. **Arslanlı,** s.126; **Erel,** s.239.

[271] **Çelik,** s.124.

[272] "..bu hüküm uyarınca resmi makam ve mercilerce çoğaltılıp yayılabilecek fotoğraf ve benzeri eserlerin FSEK anlamında güzel sanat eseri niteliğinde olması gerekir. Aksi halde, alelade bir fotoğrafın, ait olduğu kişinin iradesi dışında çoğaltılarak, bu suçlu veya tanığın bulunması amacıyla el ilanı şeklinde dağıtılması ya da duvarlara yapıştırılması veya gazete ve dergilerde yayımlanması yahut televizyonda gösterilmesi eser üzerindeki hakların değil, kişilik haklarının sınırlandırılması sonucunu doğurur. Bu da fikri hukukun ilgi alanına girmez": **Ateş** (Haklar), s.353. Aynı yönde bkz. **Ayiter,** s.169; **Erel,** s.239.

[273] **Kılıçoğlu,** s.320.

Eser sahibinin haklarının sınırlandırılmasında kamu yararı düşüncesi FSEK'de dayanağını; mevzuat ve içtihatlardan herkesin yararlanması, kamuya açıklanması yararlı olan söz ve nutukların herkes tarafından bilinmesi olanağının sunulması, hayır kurumlarına gelir sağlanması, kültür ürünlerinin eğitimin ve toplumun hizmetine sunulması, bilimin yaygınlaştırılması ve günlük olaylardan kamunun bilgi alabilmesi gerekliliğinde bulur. Bu kapsamda eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaları fotoğraflarla ilgili olduğu ölçüde ele almayı uygun görüyoruz:

a) Eğitim ve Öğretim Amacıyla Eserlerin Kullanılması

Fotoğraflarla ilgili olarak ilk sınırlandırma "eğitim ve öğretim amacıyla eserlerin kullanılmasında" söz konusu olabilir. Alman FSEK (UrhG) § 46'da ilim ve edebiyat, müzik ve artistik eserler ile fotoğrafların eğitim amacıyla kullanılabilme serbestisini düzenleyen hükümler ele alınmıştır. 1988 tarihli İngiliz CDPA da, eğitim-öğretim kapsamında eserden yararlanmayı özel olarak ele almış; bu konuda ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir[274].

Türk hukukunda fotoğraflardan eğitim-öğretim amacıyla yararlanma serbestisi (eser sahibinin hakkına getirilen sınırlandırma) ise, eserin eğitim-öğretim amacıyla temsili[275] ("göstermek" suretiyle temsil) ve yine aynı amaçla oluşturulacak seçme ve toplama eserlere iktibasında gündeme gelebilir. İlk duruma ilişkin, FSEK md.33'de "yayımlanmış bir eserin, tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüzyüze eğitim ve öğretim maksadıyla, doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmeksizin temsilinin, eser sahibi ve eserin adının mutat şekilde açıklanması şartıyla serbest" olduğu ifade edilmektedir. Örneğin, fotoğraf eserlerinin güzel sanatlar eğitimi veren okulun resim ve sanat galerisinde sergilenmesi, derslerde projeksiyonla gösterilmesi. İkinci durumda, yine eğitim-öğretim amacına yönelik olmak kaydıyla, yayınlanmış müzik, ilim ve edebiyat eserleriyle alenileşmiş güzel sanat eserlerinden iktibaslar yapılmak suretiyle seçme

---

[274] Bkz. **Michalos,** Rdn.2-169, s.81.

[275] Ayrıntılı olarak bkz. **Ateş** (Haklar), s.283 vd; **Kılıçoğlu,** s.324 vd; **Erel,** s.247.

ve toplama eser[276] meydana getirilebileceği kabul edilmiştir. FSEK md.34'e göre, sözü edilen eserlerden "maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde[277] iktibaslar yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi"[278] mümkün ve serbesttir. Ancak maddenin devamında, yasa koyucunun sözü edilen iktibas konusu eserlerden bazılarının (FSEK 2.maddenin 3.bendinde ve 4.maddenin birinci fıkrasının birinci ve beşinci bentlerinde sayılan eserler) niteliklerini dikkate alarak, bunlardan eğitim-öğretim amacıyla da olsa yararlanmaya bir sınır getirdiği görülmektedir: Şöyle ki, gerek teknik ve bilimsel ("teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleri") gerekse güzel sanat eseri niteliğindeki fotoğrafların ("fotoğrafik eserler ve slaytlar") da dahil olduğu bu grup eserler, eğitim-öğretim amacıyla hazırlanan seçme ve toplama eserlerin ancak *içeriğini aydınlatmak üzere* iktibas olunabilirler (FSEK md.34/I,2.c). Doktrinde *Erel*[279] yasa koyucuyu bu konuda sınırlama getirmeye zorlayan sebebin bunların tek başına eğitim-öğretim amacını gerçekleştirmeye elverişli olmayışı olduğunu ileri sürmüş; *Ateş*[280] ise kanımızca da isabetli olarak, asıl sebebin bu amaç (eğitim-öğretim) kullanılarak başka bir amacın gerçekleştirilmesine engel olmak olduğunu ifade etmiştir. Örneğin, çeşitli fotoğrafçılara ait fotoğraflardan veya farklı ressamlara ait tablolardan

---

[276] Seçme ve toplama eser, başka eserlerin seçilmesi ve toplanması suretiyle yaratılan yeni bir eser olup; burada yaratılan eser, FSEK'in 6.maddesinin 7.bendi anlamında bir işlemedir. Burada seçilen ve toplanan eserlere ilişkin eser sahiplerinin iznine gerek olmadan yaratılan bir işleme eser söz konusudur: **Kılıçoğlu,** s.327.

[277] Güzel sanatlarla ilgili bir ders kitabına, konunun aydınlatılmasına katkısı olmayan resim, fotoğraf ve çizimlerin dahil edilmesi halinde, iktibas hakkının amacı aşacak şekilde kullanıldığından söz edilebilir. Bkz. **Ateş** (Haklar), s.294.

[278] Eğitim-öğretim gibi asli bir kamusal yarar için de olsa, sahibinin rızası dışında ve ivazsız olarak başkasına ait eserler üzerinde yapılacak tasarruflarda, Kanun tarafından verilen yetkinin sınırlarının aşılmaması gerekir. Bu nedenledir ki, seçme ve derleme eser meydana getirilirken kullanılan başkasına ait eserlerin veya eser parçalarının kaynak adının belirtilmesi hem hukuksal hem de ahlaki bir yükümlülüktür. Bu husus, FSEK md.33'de olduğu gibi, md.34'ün son fıkrasında da "eser sahibinin adı mutat şekilde zikredilmek icap eder" şeklinde açıkça hükme bağlanmıştır: **Ateş** (Haklar), s.296.

[279] **Erel,** s.261; aynı yönde **Çelik,** s.133.

[280] **Ateş** (Haklar), s.292.

oluşan kolleksiyonlar meydana getirerek ticari menfaat sağlama amacı bu çerçevede zikredilebilir. Bu yüzdendir ki, yasa koyucu sayılan türdeki eserlerin seçme ve toplama eserlere konulabilmesini "eserin münderecatını aydınlatmak" amacı ile sınırlamıştır. O halde, örneğin bir coğrafya kitabında Nemrut dağı ile ilgili açıklamalar yanında, herhangi bir ressamın veya fotoğraf sanatçısının dağa ilişkin resim veya fotoğrafının kullanılması serbesttir. Aynı kural güzel sanat eseri niteliğindeki fotoğraflar ve slaytlar (FSEK md.4/5) için de geçerlidir[281].

b) İktibas Serbestisi

İktibas serbestisi FSEK md.35'de düzenlenmiştir. Bu genel hüküm gereğince; alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması (b.1); yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması (b.2); alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması (b.3); alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi (b.4) durumunda iktibas yapılması caizdir. Düzenlemenin ikinci fıkrasında ise, iktibasın belli olacak şekilde yapılması gerekeceği ve ilim eserlerinde iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yerin belirtileceği düzenlenmiştir.

Yasa koyucu fotoğraflarla ilgili özel bir iktibas kuralına yer vermemiştir. Fotoğraflara ilişkin olarak FSEK'in 35.maddesinin 3. ve 4. bentlerinin ele alınması gerekir; her iki bent düzenlemesinin amacı da özünde, güzel sanat eserlerinin bilimsel amaçlarla kullanılmasından ibarettir[282]. Böylelikle anılan hükümlerin güzel sanat eserlerinde iktibasın nasıl yapılacağını sınırlı bir tarzda düzenlediği görülmektedir[283]. Güzel

---

[281] Bkz. **Ateş** (Haklar), s.292; **Tekinalp,** § 14 Nr.139, s.190.

[282] **Ateş** (Haklar), s.314.

[283] Yasa koyucu bu hükmüyle güzel sanat eserlerinin iktibasını bilimsel eserlerle sınırlı tuttuğundan, bunun aksine bir güzel sanat eserinin ilmi eserler dışındaki eserlerde kullanılması; örneğin, başka bir güzel sanat eserine, edebiyat veya müzik eserine iktibası bu hüküm çerçevesinde olanaklı değildir. Buna göre, bir kişiye ait albümden

sanat eserlerinden yapılan iktibaslar, diğer eserlere göre bazı özellikler gösterir. Güzel sanat eserlerinde iktibas bazı eser parçaları ile sınırlı değildir; eserin tümü de iktibas edilebilir[284]. Örneğin, sanat tarihine ait bir kitapta veya bir ressam veya fotoğraf sanatçısının tanıtıldığı biyografik eserde, ressamın/fotoğraf sanatçısının her biri eser niteliğinde olan tablolarına/fotoğraflarına yer verilebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, iktibas edilen güzel sanat eserinin "münderecatını aydınlatmak maksadıyla" ilmi esere konulmasıdır. Bu amaç dışında, güzel sanat eseri başka bir eseri tamamlamak ya da süslemek amacıyla kullanılmamalıdır[285]. Buna göre, bir bilimsel eserin metnindeki alıntıların, örneğin metne alınan bir fotoğrafın[286] metnin daha iyi anlaşılmasına hizmet etmesi gerekir. Söz konusu sınırlamaların ölçüsü, her somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından takdir edilir.

Dijital ortamda küçük ön izleme resimlerinin (thumbnails) kullanımının iktibas serbestisine ilişkin FSEK md.35 kapsamında ele alınıp alınamayacağı sorusu akla gelebilir. Buna olumsuz yanıt vermek gerekir; zira FSEK md.35 gereğince, geçerli bir iktibastan söz edebilmenin en önemli koşulu, kendisine iktibas yapılacak fikri ürünün bağımsız bir eser

---

alınan fotoğraf veya resimlerin başka bir fotoğraf ya da resim albümüne iktibas yapılması hukuka uygun değildir: Bkz. **Ateş** (Haklar), s.315. *Tekinalp*'in konuya ilişkin görüşü ise şöyledir: "Bir fotoğrafçı bir romancının veya bir mankenin bir röportaj sırasında çeşitli resimlerini çekmiştir veya bir film yıldızı bir derginin fotoğrafçısına muhtelif pozlar vermiştir. Bu resimlerden bazıları, başka gazete veya dergiler tarafından "iktibas" edilebilir mi? Soruyu genel olarak olumsuz cevaplamak gerekir. Şöyle ki, romancının, mankenin ve film yıldızının bir derginin fotoğrafçısına verdiği pozlardan hiçbirini başka bir dergi "iktibas" edemez. Böyle bir iktibas anılan kişilerin kişilik hakkına, derginin mali hakkına ve fotoğrafçının eser sahipliği manevi hakkına aykırılık oluşturur...Ancak resimlerden "haber" amaçlı olarak iktibas yapılması bazı hallerde haklı görülebilir..." (**Tekinalp,** § 14 Nr.145, s.192).

[284] **Erel,** s.257; **Çelik,** s.144.

[285] **Arslanlı,** s.138; **Belgesay,** s.106; **Erel,** s.257; **Çelik,** s.144.

[286] Kanımızca sadece güzel sanat eseri niteliğindeki fotoğrafların değil, teknik ve bilimsel fotoğraf eserlerinin de bu düzenleme kapsamında değerlendirilebilmesi gerekir. Nitekim eğitim-öğretim amacıyla hazırlanan seçme ve toplama eserlere ilişkin FSEK md.34'de, eserin içeriğini aydınlatmak üzere iktibas edilebilecek eserler arasında teknik ve bilimsel mahiyette fotoğraflar da sayılmıştır. FSEK md.35'deki "yayımlanmış diğer eserlerin" deyiminin yorumuna ilişkin ve bu ibareyle ilim ve edebiyat eserlerinin kastedildiği yönünde bkz. **Ateş** (Haklar), s.315, dpn.246.

niteliği göstermesidir[287] [288]. Küçük ön izleme resimlerinin (thumbnails) görüntülendiği arama sonuçları listesinin ise bağımsız bir eser niteliği taşıdığı söylenemez. Bulunan görsellerin teknik olarak küçültülen bir formatta verildiği, salt mekanik olarak düzenlenen arama sonuçları listesi, eser sahibinin hususiyetini taşıyan bağımsız bir eser olmamanın ötesinde; FSEK md.6/1,b.11'de düzenlenen derleme eser niteliğindeki veritabanı eseri olarak dahi kabul edilemeyecektir[289]. Zira sadece görsellerin aranması, küçültülmesi ve düzenlenmesi işlemlerinin mekanik olarak gerçekleştirildiği düşünülürse, burada insan tarafından meydana getirilen bir yaratımdan söz edilemeyeceği söylenebilir. Bir ürünün eser niteliği taşıması için ise herşeyden önce bir insan tarafından yaratılmış olması gerekir[290].

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 35.maddesinin 1.fikrasının 4.bendi ise aynı fıkranın 3.bendinde düzenlenen ilim eserleriyle ilgili iktibas serbestisinin bir tamamlayıcısı niteliğindedir. Buna göre, alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans ve derslerde, konuyu aydınlatmaya yönelik şekilde projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösteril-

---

[287] Nitekim bu husus, FSEK'in iktibas serbestisini düzenleyen 35.maddesinin birinci fıkrasının ilk iki bendinde açıkça düzenlenmiştir. Üçüncü bentte kendisine iktibas yapılabilecek bilimsel eserin bağımsız nitelik taşımasından açıkça söz edilmemiş olsa da, bu bent kapsamındaki iktibasların da ancak bağımsız nitelikte bir bilimsel esere yapılabileceğini kabul etmek gerekir. Konuya ilişkin bkz. **Öztan,** s.450.

[288] Alman hukukunda ise iktibas serbestisini düzenleyen UrhG § 51'e, 26.10.2007 tarihli *"Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft- Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Haklarını Düzenlemeye ilişkin İkinci Kanun"* ile yapılan değişiklikle, kendisine iktibas yapılacak fikri ürünün eser niteliği taşımasının artık bir koşul olmadığı belirtilmekle birlikte, öğretide ve bazı yargı kararlarında değişiklikten sonra da sadece bağımsız nitelikteki bir esere iktibas yapılabileceği ifade edilmiştir. Bkz. **Öncü,** s.127-128, dpn.88- 89'da anılan yazarlar ve kararlar.

[289] Zira bir derlemenin "derleme eser" olarak kabul edilmesi için de derlemenin içeriğini oluşturan unsurların seçilmesi, toplanması ve biraraya getirilmesinde bir hususiyet bulunması aranır, bkz. **Ayiter,** s.70; **Öncü,** s.129.

[290] Bkz. LG Hamburg, 26.9.2008, "Verwendung von urheberrechtlich geschützten Werken in Ergebnislisten einer von Suchmaschinen betriebenen Bildersuche", ZUM 2009/4, s.318 (**Öncü,** s.130, dpn.95'den naklen); bir eser makinelerin yardımı aracılığıyla yaratılabilirse de (ör:bir fotoğraf eserinin yaratılmasında fotoğraf makinesinden yararlanılması), "sadece makineler, cihazlar veya bilgisayar programları aracılığıyla" üretilen ürünler eser sayılmaz: Bkz. **Schricker,** § 2 Rdn.11/13, s.56-57.

mesi serbest kılınmıştır. Görüldüğü üzere, burada sadece kullanılan vasıtalara ilişkin bir değişiklik söz konusudur[291]. Belirtmek gerekir ki, bu serbesti sadece güzel sanat eserlerinden yapılacak iktibaslar bakımından geçerlidir.

c) Gazete Yayınları

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 36.maddesinde "Gazete Münderecatı" kenar başlığı[292] altında, bir başka kamu yararına ilişkin sınırlandırmaya yer verilmiştir. Maddede basın yayın organlarında yayımlanmış ya da yayınlanmış bulunan haber, makale, röportajlar ve diğer içerikler bakımından özel bir iktibas serbestisi öngörülmüştür[293]. Ancak genel iktibas serbestisinde yeni ve bağımsız bir eser yaratmak amacıyla başka bir eserin bazı parçalarının kullanılması söz konusu iken; burada tanınan iktibas serbestisi, yeni ve bağımsız bir eser meydana getirmeye değil, kamunun haber ve bilgi alma ihtiyacını karşılamaya yöneliktir.

"Münderecat" kısaca "basın yoluyla yapılan tüm açıklamalar[294]" şeklinde ifade edilebilir. Fotoğraf ve resimleri de yazılı basın yönünden gazete münderecatı çerçevesinde düşünmek gerekir. Zira son tahlilde, fotoğraf ve resimler de olay veya düşüncelerin açıklanmasında kullanılan birer araçtır[295].

---

[291] **Arslanlı,** s.139-140; **Çelik,** s.145.

[292] Maddenin kenar başlığının gerek yazılı gerekse sözlü basın tarafından yapılan yayınları kapsayacak şekilde ifade edilmesi gereğinden hareketle; *Kılıçoğlu* (s.336) madde kenar başlığının "Basın Açıklamalarından Alıntılar" şeklinde, benzer yönde eleştiriyle *Ateş* (Haklar-s.323) ise "Basın Münderecatından Yararlanma" şeklinde düzeltilmesinin daha isabetli olacağını ifade etmişlerdir.

[293] **Kılıçoğlu,** s.336.

[294] Bu açıklamalar olay açıklaması (haber) ve düşünce açıklaması (yorum) şeklinde olabilir. Bu kavramın kapsamına (geniş anlamda münderecat), günlük olaylara ilişkin haberler, bu haberlere ilişkin *fotoğraf ve resimler,* bilimsel ve günlük olaylara ilişkin makaleler, gazetelerde tefrika halinde yayımlanan roman ve hikayeler, bir şiirin tv ve radyolarda okunması, bir sinema eserinin televizyonlarda gösterilmesi, bir konserin televizyon-radyo aracılığıyla yayınlanması girer: Bkz. **Ateş** (Haklar), s.323-324. Basın açıklaması tanım ve türleri konusunda bilgi için bkz. **Kılıçoğlu** (Basın), s.20 vd.

[295] **Ateş** (Haklar), s.323.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 36.maddesinin 1.fıkrasına göre; "Basın Kanunu'nun 15'inci maddesi[296] hükmü mahfuz kalmak üzere basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberler serbestçe iktibas olunabilir". Günlük olaylara ilişkin haberler, sadece bir olayı aktardığından, sahibinin hususiyetini taşıyan bir fikir ve sanat eseri niteliği taşımaz. Bir olayla ilgili haberi aktaran muhabir, gördüğünü ve işittiğini nakleder. Haber ve havadisler bir kez yayımlanınca, artık topluma mal olmuş sayılır; böylelikle herkes onlardan yararlanma hakkını elde eder[297]. Nitekim Bern Anlaşması'nın 2.maddesinin 8.bendinde yer alan "Bu sözleşmede öngörülen koruma, günlük haberler veya basın haberi niteliğini taşıyan çeşitli olaylar hakkında uygulanmaz" hükmünden de, günlük havadis ve haberlerin eser niteliğinde olmadığı sonucu çıkarılabilir.

Bununla birlikte, olay açıklaması niteliğindeki haberler kapsamında yayımlanan fotoğraf ve resimlerin güzel sanat eseri niteliği taşıması mümkündür[298]. Haberle birlikte yayımlanan resim ve fotoğrafların eser niteliğinde olması, bunlardan FSEK md.36/1'e göre serbest yararlanmaya

---

[296] Maddede atıf yapılan Basın Kanunu, 5680 sayılı Basın Kanunu olup, 06/06/2004 tarih ve 25504 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 30.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 15.maddesinin 1.fıkrasına göre; "bir mevkutenin hususi fedakarlık ihtiyariyle elde edip yayınladığı haber yazı ve resimler mevkute sahibinden müsaade alınmadıkça neşirlerinden 24 saat geçmeden başka mevkuteler tarafından yayınlanamaz. Hususi fedakarlık ihtiyariyle elde edilen yazı ve resimler için mevkute sahibinden izin almak mecburidir". Benzer bir düzenleme, halen yürürlükte bulunan 5187 sayılı Basın Kanunu'nda bulunmamaktadır. Buna göre, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 36.maddesinin 1.fıkrasında yer alan "Basın Kanununun 15'inci maddesi hükmü mahfuz kalmak üzere" şeklindeki ifade zımnen yürürlükten kalkmıştır.

[297] **Arslanlı,** s.130; **Ayiter,** s.153; **Belgesay,** s.113; **Ateş** (Haklar), s.324.

[298] "...Kısaca, haber ve havadis dışındaki basın münderecatı özellik taşımayan alelade yazı, resim ve fotoğraflardan oluşabileceği gibi, FSEK anlamında eser niteliğini haiz fikir ve sanat ürünlerinden de oluışabilmektedir. Bu itibarla, eser niteliği taşımayan basın münderecatı fikri hukuk kapsamında korunamayacağından, bunlardan yararlanmaya ilişkin olarak, basın hukukunun özel hükümleri ile haksız rekabet hükümleri uygulanır. Eser niteliğini taşıyan basın münderecatı ise FSEK hükümleri çerçevesinde korunur": **Ateş** (Haklar), s.328.

engel teşkil etmez[299]. Ancak, fotoğrafların yayımlanmasının olay açıklaması niteliğindeki haberler kapsamında olması gerekir. Aksi halde eser sahibinin çoğaltma ve yayma haklarının ihlali gündeme gelebilir[300].

Son olarak eklemek gerekir ki, basın yayın organlarında yayımlanan haberlerden alıntı yapılması da bir tür iktibas olduğu için, bunlardan yapılan alıntılarda da kaynak gösterilmesi gerekir. FSEK md.36/III'e göre, "Bütün bu hallerde, iktibas edilen gazete, dergi ve ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın adı, tarih ve sayısı...zikredilmek icabeder". Bu hüküm iktibasla ilgili 34.maddenin IV., 35.maddenin II.fıkrasının tekrarı niteliğindedir.

d) Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Haberler

Bu konu FSEK'in 4630 sayılı Kanun ile değişik 37.maddesinde, çok yerinde olmayan "Haber" kenar başlığı altında ele alınmıştır[301]. Bu başlık altında incelenecek konu da esasen "basın iktibası" ile ilgili olmakla birlikte; buradaki basın iktibası, FSEK md.36'da irdelenen basın iktibaslarından konu bakımından farklılık gösterir. Diğer bir deyişle, bu tür basın iktibaslarında konu "basın münderecatı" değildir; tersine, basın

---

[299] **Ateş** (Haklar), s.325; **Çelik,** s.146-147. Buna karşın, doktrinde *Uslu* basın yayın organlarında yer alan haber ve resimlerin kural olarak eser niteliğinde olmadığını dile getirmiştir. Yazara göre esas amacı toplumu bilgilendirmek olan medyanın bilgilendirmede araç olarak kullandığı resimlerin, fotoğrafların fikir ve sanat eseri olarak korunması, toplumu bilgilendirme-aydınlatma amacına ters düşen bir yaklaşımdır: Bkz. **Uslu,** R.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku'nda "Eser" Kavramı, Ankara 2003, s.176 vd.

[300] "...davacıya ait ve güzel sanat eseri kategorisine giren diaların davalı şirkete ait gazetede çeşitli tarihlerde izinsiz olarak yayınlandığını, talep edilen tazminatın emsallerine uygun olduğu gerekçesiyle FSEK'un 4/5 ve 36.maddeleri uyarınca davanın kabulü ile...": 11.HD, 20.02.2003, E.2002/8818 K.2003/1328; "...davacılara ait fotoğrafların estetik değeri olan eser niteliğinde olduğu, davalıların çıkardığı dergide izinsiz ve kaynak gösterilmeden 34 adet fotoğrafın yayınlandığı, yayının haber niteliğinde olmadığı...": 11.HD, 11.05.2004, E.2004/4528 K. 2004/5302 (**Çelik,** s.147, dpn.208).

[301] Bu madde incelendiğinde, kenar başlığındaki haberin "fikir ve sanat eserlerine" ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Böyle olunca, "haber" şeklindeki kenar başlık isabetli olmayıp, maddenin içeriğini yansıtacak nitelikte değildir. Bu kenar başlığın "Fikir ve Sanat Eserlerine ilişkin Haberler" şeklinde düzeltilmesi yerinde olur: Bkz. **Kılıçoğlu,** s.339.

münderecatı olarak nitelendirilmeyen fikir ve sanat ürünlerinin basın tarafından haber verme hakkı kapsamında iktibas yoluyla kullanılması bu alt başlığın konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, yasa koyucu bu konuyu FSEK md.36 kapsamında ele almak yerine, md.37 hükmü çerçevesinde düzenleme gereği duymuştur.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 37.maddesi kısaca, haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla[302], fikir ve sanat eserlerinin bazı parçalarının çeşitli ortamlara tespit edilmesi, çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi, radyo ve televizyon gibi vasıtalarla yayımlanması konusunda eser sahibi dışındaki kişilere tanınan yetkileri ve bunların kullanılmasıyla ilgili şartları düzenler. Hükmün amacı, eser veya eser sahibi ile ilgili olarak kamuya haber ve bilgi verilirken, eserden bazı parçaların verilen haber kapsamında kamuya sunulmasıdır. Örneğin, bir fotoğraf/resim sergisini haber konusu yapan gazeteci, sergide yer verilen bazı fotoğrafları/resimleri fotoğraf makinesi veya kamera ile tespit ettikten sonra, bunları gazetesinde o konuyla ilgili haber münderecatında yayımlayabilir. Yine fotoğraf sanatçısı A'nın uluslararası bir yarışmada ödül alan fotoğrafı, bunun haber yapılmasında görsel malzeme olarak, haberi desteklemek üzere kullanılabilir.

Anılan hükümde yasa koyucu, haber verme hakkı kapsamında, yararlanılacak iktibas serbestisi yönünden fikir ve sanat eserleri arasında ayrım yapmamıştır. Dolayısıyla bu hüküm gereğince, FSEK'de düzenlenen tüm fikir ve sanat eserlerinin basının haber verme hakkı kapsamında çeşitli şekillerde yararlanılmaya konu olabileceğini söylemek mümkündür[303]. Yasa koyucu, fikir ve sanat eserlerinin bu hüküm kapsamında işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalara alınmasına, çoğal-

---

[302] "...Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davacılara ait fotoğrafların estetik değeri olan eser niteliğinde olduğu, davalıların çıkardığı dergide izinsiz ve kaynak gösterilmeden 34 adet fotoğrafın yayınlandığı, yayının haber niteliğinde olmadığı, eser sahiplerinin meslek birliğine verdikleri yetki belgesinde göstermedikleri eserler için sonradan yetki verilmesinin mümkün olduğu, her bir fotoğrafın mutad bedelinin 30.000.000 TL olduğu gerekçesiyle 3.060.000.000 TL mali haklar, 400.000.000 TL manevi tazminatın davalılardan tahsiline karar verilmiştir...": 11.HD, 11.5.2004, E.2004/4528, K.2004/5302 (**Suluk/Orhan,** s.214-215).

[303] **Ateş** (Haklar), s.334; **Kılıçoğlu,** s.340.

tılmasına, yayılmasına, temsil edilmesine, radyo-tv gibi araçlarla yayınlanmasına imkan tanımıştır. Denilebilir ki, hukuk düzeninin eser sahibine tanıdığı hak ve yetkilerden pek çoğu FSEK md.37 ile basına da tanınmış bulunmaktadır. Ancak basının anılan yetkileri kullanma konusundaki serbestisi mutlak değildir; çeşitli koşullara ve sınırlara tabi kılınmıştır[304]. Fikir ve sanat eserlerinden, haber verme hakkı çerçevesinde, basın tarafından yararlanılması için şu koşulların gerçekleşmesi gerekir :

- Fikir ve sanat eserlerinden basının yararlanma serbestisinin temel koşulu, eserin haber ve topluma bilgi verme yetkisi kapsamında kullanılmasıdır. Kanunda açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, bu haberin eser veya eser sahibiyle[305] bir ilgisinin bulunması gerekir[306]. Zira, FSEK md.37'nin amacı, eser veya eser sahibi ile ilgili olarak kamuya haber veya bilgi verilmesi sırasında eserden sınırlı ölçüde yararlanılmasını sağlamaktır. Buna göre, örneğin bir resim/fotoğraf sergisi ile ilgili haberde, sergide yer alan resim/fotoğraflardan bazılarının fotoğraf makinesi veya kamera ile tespiti, bu tespitlerin gazetede basılması veya televizyonda yayınlanması halinde; haberin konusu ile eser veya eser sahibi arasında doğrudan bir ilişki kurulabileceğinden, eserin bu tür kullanımları hukuka aykırılık oluşturmaz. Buna karşın, eser veya eser sahibi ile hiçbir ilgisi olmayan günlük hadiselerle ilgili haberler kapsamında eserden FSEK

---

[304] **Ateş** (Haklar), s.334.

[305] Haberin mutlaka eserin kendisi ile ilgili olması gerekmez; eser sahibi ile bağlantılı bir olay da olabilir. Örneğin, bir fotoğraf sanatçısının ölüm yıldönümü vesilesiyle düzenlenen anma programıyla ilgili yapılan haberde, bazı eserlerine yer verilmesi.

[306] "...Mahkeme kararında haber serbestisinin uygulanması için eser sahibi olan davacı ile habere konu olan kedi fotoğrafının arasında bir haber bağlantısı olması gerekir. Oysa, söz konusu dergide yayınlanan haberin içeriği ile davacının çalışmalarının ve habere konu olan kedilerin bağlantısı bulunmamaktadır. Kedi konulu fotoğraf, tamamen başka bir konunun haber olarak aktarılması sırasında yayınlanmıştır. Haberin konusu olan olayın kedilerle ilgili olması davalılara davacıya ait fotoğrafın izinsiz olarak kullanılmasına izin vermez. Bu önemli tespitlere dayanarak Mahkeme davalının 37.madde hükmüne dayanamayacağına karar vermiştir": Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2004/1087 K.2005/219 ve Yargıtay 11.HD, E.2005/7450 K.2005/6622 (**Özcan,** s.150).

md.37 gereğince yararlanmak mümkün değildir[307]. Bizim de benimsediğimiz bu görüşe karşın, doktrinde *Ateş*[308] ise güncel olay eser ve eser sahibi ile ilgili olmasa bile, eserle güncel olay arasında dolaylı da olsa bir bağlantı kurulabiliyorsa, eserden FSEK md.37'de düzenlenen serbesti kapsamında yararlanılabileceğini ileri sürmüştür.

- Kanunda açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, eserin haber verme hakkı çerçevesinde kullanılabilmesi için alenileşmiş olması aranır[309]. Zira alenileşmemiş eserin kullanılmasına ilişkin hak münhasıran eser sahibine aittir. Henüz alenileşmemiş bir eserin bir basın haberi münderecatında kullanılması ise, kısmen de olsa eserin alenileşmesi sonucunu doğurur ki; bu kanunen eser sahibine ait olan bir manevi hakkın yetkisiz olarak kullanılması anlamına gelir (FSEK md.14).

- Eserden haber mahiyetinde yararlanma hakkı, Kanunun ifadesiyle "eserden bazı parçaların" alınması ile sınırlıdır. Eserin tamamının veya önemli bir bölümünün, haber mahiyetinde de olsa iktibas edilmesi kural olarak serbesti kapsamında değildir[310]. Buna karşın, bazı eser türleri bakımından, bunlarla ilgili haber yapıldığında, eserin tamamının iktibas edilmesi kaçınılmazdır. Örneğin, bir resim/fotoğraf sergisinde röportaj amacıyla resimler/fotoğraflardan bazılarının filme alınarak görüntülenmesi caizdir. Zira resim/fotoğraf başlı başına bir eser olup, bu nitelikteki bir eserin kısımlara bölünmesi ve bunlardan bazılarının televizyonda haber içeriğinde kullanılması fiilen mümkün olmaz. Buna karşılık, bir ressama/fotoğraf sanatçısına ait resim ya da fotoğrafların tamamının filme

---

[307] Bkz. **Arslanlı,** s.135; **Erel,** s.266. Doktrinde *Ateş,* FSEK md.37'nin ifade şeklinden ise, sanki fikir ve sanat eserlerinin günlük hadiselerle ilgili her türlü haber kapsamında kullanılabileceği gibi bir anlam çıktığını belirtmiştir: **Ateş** (Haklar), s.334.

[308] **Ateş** (Haklar), s.335.

[309] Eski FSEK md.37/II hükmüne göre, haber ve bilgi verme amacıyla iktibas edilecek eserin alenileşmiş olması yeterli görülmüş, yayımlanmış olmak şart koşulmamıştı. Hükmün yeni halinde böyle bir açıklık bulunmamakla birlikte, aynı esasın geçerliliğini koruduğu düşünülmelidir: **Erel,** s.266.

[310] "...eserin tamamı veya önemli bir kısmının röportaj, haber veya bilgilendirme bahanesiyle iktibas edilmesi caiz değildir. Keza, eserden iktibas nispeti, haber mahiyetinde verilen bilgi veya tanıtımın amacını aşacak düzeyde olduğu takdirde, bu hakkın kötüye kullanılması fiilini oluşturacağından, hukuk düzeni böyle bir davranışı himaye etmez": **Ateş** (Haklar), s.335.

alınarak televizyonda gösterilmesi veya yazılı basın yoluyla yayımlanması ya da diğer işaret ve görüntü nakline yarayan vasıtalarla kamuya iletilmesi hukuka uygun değildir[311]. Zira Kanunda fikir ve sanat eserlerinin basın tarafından iktibas yoluyla kullanılmasına "haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla" cevaz verilmiştir. Hukuk düzeninin tanıdığı bu serbesti "hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde kullanılamaz" (FSEK md.37/son).

- Son olarak belirtmek gerekir ki, fikir ve sanat eserlerinin haber ve bilgi verme kapsamında kullanılması serbestisi ile ilgili olarak, Kanunda kaynak gösterme yükümlülüğüne dair bir düzenleme mevcut değildir. Ancak bu tür iktibaslarda da, mutat olduğu şekilde, eser ve eser sahibinin adının belirtilmesi gerekir[312].

3. Özel Yarar Düşüncesiyle Sınırlandırma

Yasa koyucunun, fikir ve sanat eserleri üzerinde, eser sahibinin haklarına özel yarar düşüncesiyle[313] koymuş olduğu sınırlamaların üç önemli nedenden kaynaklandığı söylenebilir: Bunlardan ilki, kişisel kullanma çerçevesinde üçüncü kişiye tanınan yetkinin kullanılması nedeniyle eser sahibine katlanılabilir ölçüde bir zarar verilmiş olması; ikincisi, eser üzerindeki hakların üçüncü kişiler tarafından kullanılmasının denetimindeki zorluklar; üçüncü neden ise, fikir ve sanat eserlerinden istifade edilebilmesinin kolaylaştırılmasıdır.

Hukukumuzda eser sahibinin haklarına özel yarar düşüncesiyle, yasa koyucunun deyişiyle "hususi menfaat mülahazasıyla" konulan sınırlandırmalar FSEK'in 38, 40 ve 41.maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun söz konusu hükümlerinde, eser sahibinin çoğaltma, işleme ve temsil haklarının sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu hakla-

---

311 **Ateş** (Haklar), s.336; aynı yönde **Corrodi,** s.12.

312 **Erel,** s.266; **Ateş** (Haklar), s.337; **Corrodi,** s.13.

313 Burada kamu düzeni ya da kamu yararına dayanan bir hukuka uygunluktan söz edilemeyip, eserle ilgili hakları kullananın özel yararının korunması amaçlanmıştır. Bkz. **Kılıçoğlu,** s.340.

rın sınırlandırılmasına ilişkin anılan düzenlemeleri konumuzla ilgili olduğu ölçüde irdelemeye çalışacağız.

a) Şahsen Kullanma

İngilizcede *fair use* kavramı ile ifade edilen adil kullanım ya da şahsen (kişisel) kullanım serbestisi uzun süredir kanun koyucular tarafından kabul görmüş; gerek ulusal gerekse uluslararası metinlerde kendine yer bulmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, bu serbestinin kullanımı günümüzde nispeten daralmıştır. Bunun nedeni teknolojik gelişmelerin fikri mülkiyet haklarına konu ürünleri kolayca kopyalamaya imkan vermesidir[314].

Şahsen kullanmaya ilişkin FSEK'in 38.maddesinde[315] 1995'te 4110 sayılı Kanun ve 2001'de 4630 sayılı Kanun ile oldukça kapsamlı değişiklikler getirilmiştir. 4110 sayılı Kanun değişikliğinden önce, güzel sanat eserlerinin şahsen kullanım amacıyla çoğaltılması için eser sahibinin izni aranırken; değişiklikten sonra güzel sanat eserlerine ilişkin bu ayrım ortadan kalkmıştır[316]. Bu değişiklikler ile ayrıca bilgisayar programlarına ilişkin oldukça kapsamlı hükümlere yer verilmiştir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 38.maddesinin ilk fıkrası genel olarak şahsen kullanmaya ilişkin düzenleme içermektedir. Buna göre:

---

[314] **Suluk/Orhan,** s.565. Nitekim doktrinde *Kılıçoğlu* da hükmün kötüye kullanılmaya çok elverişli olduğunu ifade etmiş; önlem olarak hükümde öngörülen koşulların sıkı ve dar yorumlanması gerektiğinin altını çizmiştir, bkz.**Kılıçoğlu,** s.341-342.

[315] Bu hukuka uygunluk nedeni Alman UrhG § 53'de "Şahsen ve diğer özel kullanma amacına yönelik çoğaltmalar" kenar başlığı altında oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Alman hukukunda şahsen kullanmanın hem dar hem de geniş yorumuna yer veren düzenlemeler bulunmaktadır. Paragrafın ilk fıkrası şahsen kullanma deyiminin dar yorumuna dayanan bir düzenleme içermektedir. Bu hüküm uyarınca, fikir ve sanat eserlerinin, şahsen kullanılmak üzere bizzat veya üçüncü kişiler aracılığıyla çoğaltılması caizdir (UrhG § 53/I). Paragrafın ilk fıkrayı takip eden hükümlerinin ise, şahsen kullanma deyiminin daha geniş yorumuna dayanan düzenlemeleri içerdiği görülmektedir. Bu hükümler uyarınca, iş, meslek ve ticari faaliyetleri müştereken yürüten grupların, tüzel kişilerin, kamu kurumlarının ve benzerlerinin, işlerini, faaliyetlerini ve mesleklerini yürütürken kullanılmak üzere fikir ve sanat eserlerini çoğaltmaları caizdir.

[316] Güzel sanat eserlerinin şahsen kullanım serbestisi için öngörülen özel sınırlamaların kaldırılmasının isabetsiz olduğu yönünde doktrindeki görüşler için bkz. **Ateş** (Haklar), s.400, dpn.502; **Erel,** s.271; aynı yönde **Arslanlı,** s.147.

"Bütün fikir ve sanat eserlerinin kar amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz". Bu madde, çoğaltma hakkı için eser sahibinden izin alma zorunluluğunun istisnasını oluşturmaktadır. Hükme göre şahsen kullanmanın hukuka uygun olarak değerlendirilebilmesi için aranan koşullar kısaca şöyle özetlenebilir:

- Çoğaltmanın şahsen kullanma[317] ile sınırlı olması
- Kâr amacının bulunmaması[318]
- Hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı sebep olmadan zarar vermemesi ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olmaması[319].

---

[317] Kanunda "şahsen kullanmak"tan neyin kastedildiği hususunda yeterli bir açıklama yer almamaktadır. Oysa, bu kavramın kapsamını ortaya koymak hem eser sahibinin haklarının ortaya konması, hem de çoğaltma serbestisinin üçüncü kişiler için bir anlam ifade etmesi bakımından önem arz etmektedir. Kanımızca, şahsen kullanma amacıyla çoğaltma serbestisi fikir ve sanat hukukunun amacına uygun olarak, eser sahibinin korunması gözetilerek yorumlanmalıdır. Güncel teknik gelişmelerinin ortaya çıkardığı kopyalama alet ve tekniklerindeki çeşitlilik, kolaylık ve sürat dikkate alındığında; günümüzde eser sahiplerinin menfaatleri daha büyük risk altında, uğrayacakları zarar geçmişe göre daha endişe verici boyuttadır. Bu nedenle, şahsen kullanma kavramı kural olarak dar anlamda "şahsi muhit" olarak yorumlanmalı; daha geniş muhitten oluşan şahsi çevrenin çoğaltma serbestisinden yararlanması ise, kâr amacının gözetilip gözetilmediğine ilişkin koşul ile birlikte ele alınıp değerlendirilmelidir. Türk hukukunda konuya ilişkin görüşler için bkz. **Arslanlı,** s.145 vd: **Ayiter,** s.170; **Erel,** s.268 vd; **Tekinalp,** § 14 Nr.153, s.195. Yabancı hukuklarda şahsen kullanmanın dar ve geniş yorumlanmasına ilişkin bkz. **Ateş** (Haklar), s.364 vd.

[318] Doktrinde "şahsen kullanma" koşulu karşısında, "kâr amacı güdülmeme" koşuluna ayrıca yer verilmesinin gerekli olmadığı ileri sürülmüştür. Şahsen kullanma kavramının bu deyimi de içerdiği yolundaki görüşlere katılmak mümkün ise de, burada eserin kâr amacıyla çoğaltılması değil, şahsi kullanım için çoğaltılmış kopyaların ekonomik menfaat elde etme amacıyla kullanılması ele alınmış; yasa koyucu bu hukuka uygunluk sebebini kötüye kullanımları engellemek adına daha sıkı koşullara bağlamak istemiştir.

[319] FSEK md.38'in birinci fıkrasının ikinci cümlesini oluşturan bu hüküm, Kanunumuza 4110 sayılı Kanun değişiklikleriyle girmiştir. Esasen saydığımız diğer koşullar hukuka uygunluk sebebinin kapsamını yeterli bir şekilde çizmeye yeterli iken, bu düzenlemeye ayrıca neden gerek duyulduğu anlaşılamamaktadır. Hakkın kullanılmasının hangi hallerde eser sahibinin meşru menfaatlerine ve eserden normal yarar-

Şahsen kullanma serbestisi, Kanundan açıkça anlaşılmamakla birlikte, daha çok gerçek kişiler bakımından söz konusu olabilir. Tüzel kişiler için bu serbestinin istisnai ve sınırlı bir alan bakımından kabul edilmesi uygun olur[320]. Örneğin, bir hastanenin yeni bir virüse ya da hastalığa ilişkin makale ve fotoğrafları, doktorları haberdar etmek ve bilgilendirmek için ilan tahtasına asmasında, şahsen kullanma serbestisinin var olduğu kabul edilebilir.

Şahsen kullanma serbestisine internet ortamındaki uygulamalar bakımından da çok dikkat edilmesi gerekir. Dijital ortamda çoğaltmanın çok çabuk, kolay ve masrafsız oluşundan ötürü, şahsen kullanma serbestisinin internet ortamı bakımından geniş yorumlanması halinde, eser ve bağlantılı hak sahiplerinin çok ciddi zararlara uğraması gayet olasıdır. Bu nedenle, internet ortamında kişisel kullanma serbestisi kullanıcılara bir noktaya kadar tanınabilirse de, bilgi içerik sağlayıcıların (ör: web sitesi sahipleri) ve servis sağlayıcıların bu serbestiden yararlanabilmeleri mümkün olmamalıdır[321].

Tüm bu bilgiler ışığında, fotoğraf eserlerinin ve mimari eserler dışında kalan diğer güzel sanat eserlerinin[322] (tablolar, resimler, el yazıları, desenler, heykeller, kabartmalar, grafikler, karikatürler, tiplemeler gibi), fiilen çoğaltılabilme niteliğine sahip oldukları takdirde, FSEK md.38/I

---

lanmaya aykırılık oluşturacağı esas itibarıyla her somut olaya göre belirlenebilir bir husustur. Zira, bu konuda yasa koyucu tarafından belirlenmiş kriterler olmadığı gibi, aslında bunun için yasal ölçütler konulmasına da gerek yoktur. Bu konuda bkz. **Ateş** (Haklar), s.368 vd.

320 **Çelik,** s.158; yine bkz. **Arslanlı,** s.146.

321 **Akipek/Dardağan,** s.74.

322 Burada bir hususun altını çizmekte fayda görmekteyiz. Güzel sanat eserlerinde taklit veya kopya yoluyla çoğaltma, ancak fotoğraf, fotokopi gibi araçlarla eserin aynen kopya edilmesi veya ölçü aletleri, kalıp vb. yahut plan, proje veya krokilerden yararlanılarak eserin aynısının yapılması halinde söz konusu olabilir (**Öztrak,** s.24-25). Bu tür araç-gereçlerle yapılan çoğaltma fikri yaratıcılığa ihtiyaç göstermez ve şahsi kullanım amacıyla sınırlı sayıda çoğaltmaya izin verilmesi bu hal için söz konusudur. Bununla birlikte, bu tür teknik veya mekanik araçların yahut plan ve projelerin yardımı olmaksızın eserin bir benzerinin yapılması halinde ortada ne taklit veya kopya, ne de çoğaltma mevcuttur. Bu halde, sarf edilen fikri emeğin bağımsızlık derecesine göre ortaya ya ayrı bir güzel sanat eseri ya da bir işleme eser çıkacaktır. Bkz. **Erel,** s.270-271; ayrıca **Ateş** (Haklar), s.402, dpn.508.

kapsamında şahsi ihtiyaç için çoğaltılmalarının mümkün olduğu söylenebilir. Ancak fotoğraf eserlerin çoğaltılması, somut olayın koşullarına göre yapılacak değerlendirme çerçevesinde, eser sahibinin (fotoğrafçının) meşru menfaatlerine zarar vermemeli ve eserden normal yararlanmaya aykırılık teşkil etmemelidir. Bu şekilde çoğaltılan fotoğraflar şahsi ihtiyaçlar dışında kullanılamaz; örneğin, ticaret amacıyla çoğaltılıp yayımlanamazlar. Bununla birlikte, başkasına ait estetik niteliğe sahip bir fotoğrafın, fotokopi makinesi ve benzeri araçlar kullanılarak, bir ev veya ofisin duvarına asılmak üzere çoğaltılması caizdir[323].

b) Kopya ve Teşhir

Yasa koyucu FSEK md.40'da, güzel sanat eserlerinin umumi alanlarda teşhir edilmesi ve bu halde, başkalarının bunları kopya edebilmesini düzenlemiştir. Buna göre, mimari eserler dışında kalan ve umumi yollar, caddeler ve meydanlara, temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerinin, resim, grafik, fotoğraf vs. ile çoğaltılmaları, yayılmaları ve muhtelif alet ve tekniklerle temsil edilmeleri caizdir (FSEK md.40/I)[324]. Ancak güzel sanat eserlerinin bu hüküm kapsamında çoğaltılması bazı koşullara bağlıdır:

- Eserin cadde, meydan ve yol gibi umumi yerlere konulmuş olması: "Umumi yer" ile kastedilen herkesin gelip geçmekte serbest olduğu yerlerdir. Ancak bu yerlerin sürekli açık olması yahut mülkiyetinin kamuya ait olması zorunlu değildir. Eserin konulduğu yer bu anlamda umumi değilse; örneğin, sergi salonlarında, sanat galerilerinde ve cami, kilise gibi kapalı mekanlarda sergilenen eserlerin bu hüküm kapsamında kullanılması mümkün değildir[325].

- Eserin umumi yere temelli kalmak üzere konulmuş olması: Temelli kalmaktan kasıt sürekliliktir. Bu nedenle, cadde ve sokaklara, sırf geçici bir süre sergilenmek üzere konulan resim, heykel veya benzeri

---

[323] Bkz. **Ateş** (Haklar), s.402.

[324] Anılan çoğaltma serbestisi, günümüzde esas itibarıyla, resimli postakartları, manzara kartları, takvimler, resimli kitaplar, resimli seyahat kılavuzları ve şehir tanıtım kitapları vs...dolayısıyla pratik önem taşımaktadır: **Öztan,** s.499.

[325] **Arslanlı,** s.150; **Erel,** s.271.

sanat eserleri ile, bayram veya belirli özel günlerde binalara veya yüksek duvarlara asılan resim ve fotoğrafların FSEK md.40/I kapsamında çoğaltılması mümkün değildir[326]. "Süreklilik" ölçütünden dolayı bu hükmün uygulama alanının fotoğraflar açısından pratik açıdan kısıtlı olduğunu söylemek mümkündür[327].

- Umumi yerde temelli kalmak üzere konulan eserin sadece yüzey halinde çoğaltılması: Doktrinde çoğunlukla savunulan[328], güzel sanat eserlerinin bu hüküm kapsamındaki çoğaltmalarının yüzey halinde yapılması gerektiği yönündedir. Burada yüzey veya iki boyutlu çoğaltmadan anlaşılması gereken, bir esere ait görüntünün sadece resim, fotoğraf veya diğer yöntemlerle bir yüzeye kopya edilmesidir. 1992 tarihli İsviçre FSEK'in (URG) 27.maddesinde de açıkça, cadde ve meydanlar gibi kamuya açık yerlere konulan görsel eserlerin (visual arts) ancak iki boyutlu olarak çoğaltılabileceği öngörülmüştür[329].

FSEK md.40/III hükmü, güzel sanat eserlerinin çoğaltılmasına ilişkin olarak başka bir istisnaya daha yer vermektedir. Anılan fıkraya göre, maliki veya onun muvafakatine dayanılarak başkaları tarafından kamuya açık yerlerde sergilenen veya açık artırmaya konulan bir eserin, sergi veya artırmayı düzenleyen kimseler tarafından çıkartılacak katalog, kılavuz veya buna benzer matbualar vasıtasıyla çoğaltılması ve yayılması caizdir[330]. Doktrinde bir görüşe göre[331], bu şekilde katalog ve kılavuz vasıtasıyla çoğaltma serbestisi, daha ziyade fotoğraf eserleri (fotografik eserler) bakımından geçerlidir. Heykel, mimari eser gibi diğer güzel sanat eserlerinin görüntülerinin basılması çoğaltma değil, işleme niteliğindedir.

---

[326] **Ateş** (Haklar), s.402-403.

[327] Alman hukukunda benzer bir düzenlemeye UrhG § 59'da "Umumi yerlerdeki eserler" başlığı altında yer verilmiştir. Alman doktrininde *Heitland* da fotoğraf eserlerinin sürekli kalması amacıyla dekorlara yerleştirilmediğinden hareketle, fotoğraf eserleri açısından hükmün uygulama alanının dar olduğunu belirtmiştir, bkz. **Heitland,** s.116; konuya ilişkin ayrıca bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.297, s.198.

[328] **Arslanlı,** s.150; **Ateş** (Haklar), s.403; **Erel,** s.271; **Öztan,** s.499.

[329] **Barrelet/Egloff,** Art.27 Rdn.7, s.157.

[330] Alman hukukunda benzer bir düzenlemeye UrhG § 58'de "Katalog resimleri" başlığı altında yer verilmiştir.

[331] **Ateş** (Haklar), s.403.

Dolayısıyla bu güzel sanat eserleri bakımından, asıl eserin değil işleme eserin çoğaltılması ve yayılması söz konusudur. Kanımızca, ilk görüşe katılmak, ancak güzel sanat eserlerinin çekilen fotoğraflarının FSEK md.4/I,b.5 bağlamında güzel sanat eserlerinden fotoğrafik "eser" niteliğinde olması halinde mümkün olur. Zira ancak bu halde, FSEK md.6/I,b.5 anlamında "güzel sanat eserlerinin bir şekilden diğer şekillere sokulması" şeklinde bir işleme eserden söz edilebilir. Güzel sanat eserlerinin çekilen fotoğrafları, yine bir güzel sanat eseri niteliğinde değil ise, işlemeden değil çoğaltmadan söz etmek gerekir.

Güzel sanat eserlerinin görüntülerinin çoğaltılması bakımından ise, kaynak gösterme zorunluluğu hafifletilmiştir. FSEK md.40/IV'e göre, "Bu hallerde, aksine yerleşmiş adet yoksa, eser sahibinin adının zikrinden vazgeçilebilir".

III. FOTOĞRAFTA ESER SAHİPLİĞİNDEN DOĞAN HAKLARA İLİŞKİN HUKUKSAL İŞLEMLER

A. Fikri Haklara İlişkin Hukuksal İşlemler

1. Fikri Haklara İlişkin Sağlararası veya Ölüme Bağlı Tasarrufa Dayanan Hukuksal İşlemler

Fotoğraflar üzerindeki fikri haklar, sağlararası ya da ölüme bağlı tasarrufa dayanan hukuksal işlemlere konu olabilir:

Sağlararası hukuksal işlemler, hak sahibinin sağlığında hüküm ve sonuç doğuran işlemlerdir. Burada fotoğraf üzerindeki fikri hakların hukuksal işleme konu olması söz konusudur. Borçlar Kanunumuzun sözleşmelerin kurulmasına&hüküm ve sonuçlarına ilişkin genel hükümleri, bu tür sözleşmeler için aynen uygulama bulur. Bunun sonucu olarak fikri haklara ilişkin sözleşmeler, öneri (icap) ve kabul adını verdiğimiz iradelerin uyuşması ile kurulur; geçerli şekilde kurulmuş olan böyle bir sözleşmenin ifası, ifa edilmemenin hüküm ve sonuçları tamamen Borçlar Kanunumuzun genel hükümlerine tabidir.

Ölüme bağlı tasarruflar, tasarrufta bulunan fikri hak sahibinin ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğuran işlemlerdir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 63.maddesinde, eser sahipliğinden doğan mali hakların

miras yoluyla intikal edebileceğinin yanında, bunların ölüme bağlı tasarruflara konu olabileceği de belirtilmiştir. Dikkat etmek gerekirse, maddede sadece eser sahipliğinden doğan mali hakların miras ve ölüme bağlı tasarruf konusu olabileceği belirtilmiştir. Eser sahibinin manevi hakları ise, miras ya da ölüme bağlı tasarrufla intikal etmeyen haklardır.

2. Fikri Haklara İlişkin Sağlararası Sözleşmeler

Fotoğraflar üzerindeki fikri haklara ilişkin sağlararası hukuksal işlemlerle, bu haklara ilişkin sözleşmeler ifade edilmiş olur. Burada sözleşmenin konusuna göre bir ayrım yapmak gerekir: Hakkın devrine ve kullanım hakkının devrine ilişkin sözleşmeler. İleride daha ayrıntılı yer verecek olmakla birlikte, sözleşmelere ilişkin temel ayrıma burada kısaca değinmeyi uygun görüyoruz.

a) Mali Hakkın Devrine İlişkin Sözleşmeler

Fikri haklar alanında eser sahipliğinden doğan hakkın devri konusunda, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eser sahibinin mali ve manevi haklarına ilişkin bir ayrım getirilmiştir. Buna göre, sözleşme ile devredilebilme ancak mali haklar açısından söz konusu olabilirken; manevi haklar ne sözleşme ne de miras yoluyla devredilebilirler[332]. Mali hakların devrinin ise iki temel nedene dayandığını söylemek mümkündür: 1) Mali haklardan yararlanmak, 2) Mali haklardan yararlanmakla birlikte tecavüzlere karşı korunmak[333].

Yasa koyucu mali hakların devrinde sıkı bir şekil koşulu getirmiş olup, sözleşmenin geçerliliği yazılı olması ve hangi mali hakları kapsadığının gösterilmesi koşuluna bağlanmıştır[334].

---

[332] "Manevi haklar genellikle mali haklara yapılan tecavüzleri önlemek amacıyla kullanılabilir ve ekonomik bir kazanç gütmek amacıyla devir ve intikal ettirilemez": **Altuntaş,** M.: Telif Kazançlarının Vergilendirilmesinin Mevzuat ve Uygulama Açısından Analizi, Ankara 1996, s.25 (**Tüysüz,** M.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara 2007, s.69'dan naklen).

[333] Eser sahibinin meslek birlikleri ile yaptıkları sözleşmeler yararlanma yanında koruma amacına hizmet etmektedir: **Tekinalp,** § 15 Nr.12, s.214'den naklen.

[334] Doktrinde *Kılıçoğlu* burada kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin kefilin sorumlu olduğu azami miktarın gösterilmesi koşuluna bağlı olmasına (TBK md.583/BK

Bunun yanında belirtmek gerekir ki, eser sahipliğinden doğan mali bir hakkın sözleşme ile devralınması, sadece o mali hakkı kullanım yetkisi verir. Örneğin, bir fotoğrafın çoğaltma hakkını devralan kişi onu resmederek işleme ve reprodüksiyonlarını satma hakkına sahip olamaz. Bu açıklamalarımız ışığında, fikri haklar alanında eser sahipliğinden doğan hakkın devrinin, devir alan kişiyi eser sahibi haline getirmediği sonucuna varabiliriz.

b) Mali Hakkın Kullanım Hakkının Devrine İlişkin Sözleşmeler

Burada, fikri hakkın kullanım hakkının devri ya da kullanmaya ilişkin devir sözleşmesi söz konusudur. Eser sahibi, hakkın kendisini değil, kullanım hakkını sözleşme ile başkasına devretmektedir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuz, kullanım hakkının devrini *ruhsat* olarak adlandırırken[335]; sınai haklarla ilgili kanunlarda bunun yerine *lisans* sözcüğünün kullanıldığı görülmektedir.

Fikir ve sanat eserlerine ilişkin lisans sözleşmesinin konusu sadece mali haklardır. Ancak, lisans sözleşmesinde mali hakkın kendisi değil, sadece bu hakkı kullanma yetkisi bir başkasına devredilir. Lisans sözleşmesi ile hak devredenin malvarlığından çıkmaz; lisans hakkı elde eden kişi, verilen lisans çerçevesinde bu hakkı kullanma imkanına sahip olur.

Lisansın iki türü vardır. İnhisari olmayan (5846 sayılı Kanun anlamında basit ruhsat) ve inhisari (5846 sayılı Kanun anlamında tam ruhsat) lisans. Bu ayrım FSEK md.56'da ele alınmıştır. Bu maddeye göre: "Ruhsat, mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine mani değilse (basit ruhsat), yalnız bir kimseye mahsus olduğu takdirde (tam ruhsat)tır". Basit ruhsatta (lisansta) eser sahibi lisans alanın eseri kullanmasına izin vermekte, fakat aynı zamanda eseri kendi kullanabileceği gibi,

---

md.484) benzer bir durumun söz konusu olduğunu ifade etmektedir: **Kılıçoğlu,** s.269.

[335] Doktrinde, eser üzerindeki hakkın devrinin yanısıra, ruhsat verilmesi imkanının kanunda öngörülmüş olmasının yerinde olduğu ifade edilmiştir. Zira, eserin geçici, kısa süreli amaçlarla kullanılmak istenmesi halinde, hakkın devri gibi bir tasarruf muamelesine girişecek yerde kullanma yetkisi vermenin, eser sahibinin menfaatlerine daha uygun olduğu dile getirilmiştir: **Muttenzer,** s.50 (**Ayiter,** s.202'den naklen).

üçüncü kişilere de lisans verebilmektedir. Yine anılan maddenin 2.fıkrası uyarınca, şüphe halinde sözleşmenin inhisari olmayan lisans (basit ruhsat) sözleşmesi olduğunun kabul edileceği hükme bağlanmıştır.

B. Fikri Haklar Alanında Mali Hakların ve Kullanım Hakkının Devrine İlişkin Sözleşmeler

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun eser sahipliğini ve eser üzerindeki hakları münhasıran eseri meydana getirene bahşettiğini daha önce ifade etmiş idik. Borçlar hukukunun temel ilkeleri, bu bağlamda sözleşme serbestisi çerçevesinde eser sahibinin eseri üzerindeki hakları (mali haklar) veya bu haklara ilişkin kullanım yetkisini başkalarına devretmesi mümkündür. Bununla birlikte, yasa koyucunun bazı hallerde fikir ve sanat eserleri üzerindeki telif haklarının kullanımını bizzat düzenleme yoluna gittiği görülmektedir. Çalışma konumuz olan fotoğraflar açısından uygulamada önem taşıyacağı düşüncesiyle öncelikle bu konuyu ele almayı uygun görüyoruz.

1. Sözleşmenin Hukuksal Niteliğine Göre Ayrım

Bir fotoğrafçı serbest çalışıyor olabileceği gibi, bir yayınevi, reklam kuruluşu vb. için çalışmakta olabilir; eser niteliğinde veya sıradan fotoğraflar çekebilir. Acaba fotoğrafçının akdettiği sözleşmenin hukuksal niteliği, çektiği fotoğraflar üzerindeki haklarını ve bu hakların kullanımı açısından kendisini nasıl etkileyecektir?

a) Bir Hizmet İlişkisi Çerçevesinde Yaratılan Eserlere İlişkin Sözleşmelerde

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "Eser sahibi" başlığını taşıyan 8.maddesi uyarınca, 7.06.1995 tarihli Kanun değişikliğine kadar, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerinde bunları çalıştıran veya tayin edenlerin eser sahipliği kabul edilmekteydi. Hükümde 1995 yılında yapılan değişiklikle, çalıştıranların durumu yine "Eser sahibi" başlığını taşıyan ikinci bölümde ele alınmış ve onların, memur ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin mali

hak sahibi olduğu belirtilmiştir[336]. Ancak 2001 değişikliği sonrasında çalıştıranların durumu "Fikri haklar" başlığını taşıyan üçüncü bölüm kapsamında ve "Hakların kullanılması" başlığı altında[337] düzenlenmiştir. Buna göre: "Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar[338] bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır" (FSEK md.18/II) . Böylelikle, çalıştıranlar eser üzerindeki mali hakları münhasıran kullanma yetkisine sahip kılınmıştır[339].

---

[336] 11.HD'nin 4.06.2001 tarih ve E.2001/2687-K.2001/5080 sayılı kararına göre: "Aralarındaki sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin mali hak sahipleri, bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Davacı şirket, davalı ve diğer çalışanlarla birlikte hazırlanan ve davacının işyerinden ayrıldıktan sonra, davalının bastırdığı davaya konu eserin mali hak sahibi olup, bu eserin manevi haklarının sahibi değildir. Bu nedenle, bu eserden dolayı davalıdan manevi tazminat isteyemez", YKD, C.27, S.10, Ekim 2001, s.1537-1539 (**Baygın,** C.: Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali Hakları Kullanmaya Kanunen Yetkili Sayılan Kişiler, Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s.148, dpn.9). Yine 11.HD'nin 11.03.1994 tarih ve 982/2011 sayılı bir diğer kararına göre: "Güzel sanat eseri üzerindeki hak sahipliğinin belirlenmesinde ana kural, fikir ürünü olan eserin, onun yaratıcısına ait olmasıdır. Ancak bazı hallerde, yasa onu bizzat üreten veya yaratanlardan başkasına ait sayılmasını da kabul etmiştir", YKD, C.20, S.10, Ekim 1994, s.1633-1636 (**Gökyayla,** s.210, dpn.34).

[337] Anılan bu son düzenlemenin kapsamına ilişkin doktrinde bir görüş birliği olmadığını ve konunun henüz yeterince ele alınmamış olduğunu söylemek mümkündür. *Baygın,* maddede çalıştıranların eser üzerindeki mali hak sahipliğinin değil, eser üzerindeki hakları kullanma yetkisinin ele alındığını belirtmiştir: **Baygın,** s.149; aynı yönde **Erel,** s.193. *Baygın* ve Erel'in bu görüşü kanımızca da isabetlidir; yasa koyucunun hükmü yeniden ele alarak değiştirmesinin de bu görüşü destekler nitelikte olduğu ifade edilebilir. Bu konuda yine bkz. **Ateş,** M.: İstisna (Eser) Sözleşmesi Kapsamında Meydana Getirilen Eser Üzerindeki Fikri Haklar, Batider 2012, C.XXVIII, S.1, s.42 ve s.57; **Ateş,** M.: Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Ankara 2012, s.352 vd.

[338] FSEK md.18 hükmünde salt "haklar" ibaresine yer verilmesi, sadece mali hakların değil, manevi hakların da çalıştıranlar tarafından kullanılabileceği izlenimi vermektedir. Oysa ki, doktrinde de dile getirildiği üzere, eser sahibinin manevi hakları, kişilik haklarına benzer şekilde, kişiye bağlı ve devredilemez niteliktedir. Bu nedenle, maddede yer verilen "haklar" ibaresinin "mali haklar" olarak yorumlanması gerekir. Bkz. **Baygın,** s.149.

[339] Alman ve İsviçre yasa koyucularının da, benzer şekilde, çalıştıranların işçilerin meydana getirdiği eserler üzerindeki mali hakları münhasıran kullanma yetkisine

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuz, çalıştıranların eser sahibi ya da mali hak sahibi olmalarını reddederek; onları, sanatçılarla aralarındaki özel sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, sadece yaratılan fikri emek ürünü üzerindeki mali hakları yasal olarak kullanmaya yetkili kılmıştır. Burada, yaratıcı kişinin hizmet ilişkisinin, kamu hukukundan doğan bir memuriyete ya da özel hukuktan doğan bir sözleşmeye dayanması farklılık yaratmaz[340]. FSEK md.18/II ile getirilen kanuni karine gereğince, işçi, hizmetli ve memurların işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki mali hakları kullanma yetkisi onları çalıştıran veya tayin edenlere aittir. Bu durumda eser sahibi, eseri bizzat meydana getiren kişi olmakla birlikte, onun eser sahipliği, bünyesinde sadece manevi hakları içeren bir eser sahipliğidir. Mali haklar, özü itibarıyla eser sahibinin malvarlığında kalmakla birlikte, mali hakları kullanma yetkisi kanunen işveren veya tayin edenlere tanınmış bulunmaktadır[341].

Çalıştıranlar, işçi, memur ve hizmetlilerin yarattığı eserler üzerindeki mali hakları eser sahibinden izin almaksızın ve herhangi bir ücret

---

sahip olmaları esasını benimsediği görülmektedir. Konuya ilişkin bkz. **Baygın,** s.153 vd.

340 **Baygın,** s.150; **Gökyayla,** s.210; **Erel,** s.192. Kanunun anılan hükmünde yer alan işçi, memur, hizmetli ve çalıştıran kavramlarına ilişkin olarak yine bkz. **Baygın,** s.150.

341 **Baygın,** s.150-151; "FSEK 18/2'de (ve md.10/4), sadece hakların kullanılmasından söz edildiğine göre, istihdam edenleri ve tüzel kişileri "malî hak sahibi" olarak nitelendiren yazarlara katılmak mümkün değildir. Daha evvel ifade edildiği üzere, olması gereken hukuk bakımından, istihdam edenlerin, hem md.18/2 hem de md.10/4 kapsamında "hakların kullanıcısı" değil, "mali hakların sahibi" sayılmaları daha uygun olurdu. Ancak hâli hazırdaki düzenlemeler öğretide bazı yazarlarca savunulan görüşe iştirak etmeyi güçleştirmektedir. Bu itibarla bize göre, FSEK md.18/2 hükmünün mevcut metni ve lâfzına göre, eseri bilfiil meydana getirmiş olan işgörenleri "hakların sahibi", bunları istihdam edenleri de "hakların kullanıcısı" olarak nitelendirmek gerekir. Çünkü Kanunda hizmet ilişkileri kapsamında meydana getirilen eserler bakımından istihdam edenlerin "hak sahibi" sayılacaklarına dair bir ifade kullanılmamıştır. Kanunun hem genel sistematiği hem de md.18'in lâfzı ve düzenleme şekli aksine bir yoruma imkân vermez. Zira 18inci madde "III. Hakların Kullanılması" başlıklı bölümün ilk maddesi olup bu maddede "mali hakların" kullanılmasına, hemen onu takip eden 19uncu maddede ise "manevi hakların" kullanılmasına dair hükümler tanzim edilmiştir. Bu sebeple hakların kullanılmasıyla ilgili maddeden açık lafzına rağmen "hak sahipliği" çıkarılamaz...": **Ateş** (Eser Sahipliği), s.345.

ödemeksizin[342] kendi ad ve hesaplarına kullanma yetkisine sahiptir. FSEK'e göre, çalıştıran eser üzerindeki mali hakları yer, zaman ve amaç bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kullanabilir. Yasa koyucu, md.18/II hükmü ile, işveren ve tayin edenlere/çalıştıranlara eser üzerindeki mali haklara ilişkin "tam ruhsat (inhisari lisans)" tanımıştır. Çalıştıranlar, kendilerine tanınan mali haklardan yararlanma yetkisini tek başına kullanırlar; eser sahibi bu hakları bizzat kullanamayacağı gibi, başkalarını da bu konuda yetkili kılamaz. FSEK md.56/II'de, kanun veya sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, her ruhsatın basit sayılacağı hüküm altına alınmışsa da; hükmün sözü ve özü itibarıyla yorumundan, çalıştıranlara tanınan ruhsatın tam ruhsat (inhisari lisans) olduğu ve Kanun hükmünden doğduğu (kanuni ruhsat) anlaşılmaktadır[343].

Memur ve işçilerin meydana getirdikleri eserler üzerindeki mali hakları onları çalıştıranların kullanabilmeleri için, eserin işin görülmesi sırasında ve işle bağlantılı olarak meydana getirilmiş olması gerekir. Örneğin, bir reklam ajansında veya kamuya ait bir fotoğraf merkezinde çalışan fotoğrafçının meydana getirdiği güzel sanat eseri üzerindeki mali hakları kullanma yetkisi, işverene veya tayin eden kamu tüzel kişisine ait olur. Ancak eserin meydana getirilmesi ile hizmetin görülmesi arasında

---

[342] Doktrinde *Baygın*'a göre, işçi ve memurların yükümlülüklerini yerine getirirken işle bağlantılı olarak meydana getirdikleri eserler üzerindeki ekonomik menfaatlerin çalıştıranlara tanınması doğal kabul edilebilirse de, taraflar arasındaki hak-menfaat dengesinin sağlanması için özen gösterilmelidir. Bu denge, çalıştıranın mali hakları kullanma yetkisinin süre veya amaç bakımından sınırlandırılması ya da bu söz konusu olmazsa, teknik bir buluş üzerindeki patent hakkına sahip kılınan çalıştıranlarda olduğu gibi, işçiye uygun bir bedel ödeme yükümlülüğünün öngörülmesi ile sağlanabilir. Konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Baygın,** s.156 vd.

[343] *Baygın*, çalıştıranlara tanınan bu ruhsatı *münhasır kanuni ruhsat* olarak tanımlamıştır, bkz. **Baygın,** s.151. Yazar, tam ruhsatın, mali haklara ilişkin kullanma yetkisinin tamamen devri niteliğinden hareketle; mali hakları malvarlığında muhafaza eden eser sahibinin tam ruhsat sahibi çalıştıran karşısındaki durumunu, çıplak mülkiyet hakkı sahibinin intifa hakkı sahibi karşısındaki durumuna benzetmiştir. Çalışan (eser sahibi), mali hakların özünü çıplak mülkiyete benzer şekilde devredebilirse de, mali hakları kullanma konusunda 3.kişilere ruhsat (lisans) veremez: **Baygın,** s.152. Yine hukuka uygun yorumun, istihdam edenlerin veya tüzel kişilerin FSEK md.18/II'den kaynaklanan kullanma yetkilerinin "tam kanuni ruhsat" olarak ele alınmasını gerektirdiği yönünde bkz. **Ateş** (Eser Sahipliği), s.352-353.

sıkı bir ilişkinin bulunması gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır. Çalışanın gördüğü işle herhangi bir bağlantısı olmayan fikir ve sanat eseri, işin görülmesi sırasında meydana getirilmiş olsa dahi, çalıştıran mali hakları kullanma yetkisine sahip kılınamaz[344]. Örneğin, bir gazetenin ekonomi departmanında çalışan A, iş saatleri sırasında veya boş vakitlerinde, eser niteliği taşıyan fotoğraflar çekse, bunları genel yayın yönetmeni A'nın haberi olmadan gazetede yayınlasa, A'nın manevi ve mali haklarını ihlal etmiş olur. Çünkü eser A'nın rızası olmadan umuma arz edilmiştir (FSEK md.14); mali hakları da saldırıya uğramıştır, zira A'nın rızası olmaksızın eser çoğaltılıp yayılmıştır (FSEK md.22)[345].

Kanunun öngördüğü bu karinenin bertaraf edilmesi mümkündür. Şöyle ki; eseri yaratan işçi, hizmetli veya memurun çalışma ilişkisini düzenleyen kurallarda aksine bir düzenlemeye gidilmiş ya da örneğin, hizmet sözleşmesi yapılırken, çalışanın yarattığı eser üzerindeki hakları bizzat kullanabileceği kabul edilmiş olabilir. Zira, çalıştıranların kanunen mali hakları kullanma yetkisine sahip olduklarına dair FSEK md.18/II hükmü tamamlayıcı bir yedek hukuk kuralıdır. Aynı şekilde, yapılan işin niteliği de mali hakların eser sahibi tarafından kullanılmasına imkan verebilir[346].

b) Özel Bir Sipariş Üzerine Yaratılan Eserlere İlişkin Sözleşmelerde

aa) Genel Değerlendirme

Özel bir sipariş üzerine yaratılan eserlerde (fotoğraflarda), eseri meydana getiren tek bir kişi veya siparişi verenden bağımsız biraraya gelen birden fazla kişi ise; yaratma ilkesi gereğince eser sahibi, yine onu yaratan gerçek kişi veya kişiler olacaktır. Dolayısıyla bu çerçevede meydana getirilen eserlerde eser sahipliği bakımından bir sorun yoktur[347].

---

[344] **Baygın,** s.152; **Erel,** s.192-193.

[345] **Tekinalp,** § 12 Nr.8, s.138.

[346] **Baygın,** s.152; **Erel,** s.193.

[347] Eser sahipliği işgörene ait olan sözleşme konusu şeyin, sadece fiziki mülkiyet hakkı sipariş verenindir. Eserin fiziki mülkiyetinin devredilmiş olması, eser sahipliğinin sipariş verene geçmesi sonucunu doğurmaz. Zira eser sahipliği, hukuksal işlem veya miras yoluyla devir ve intikali mümkün bir statü değildir. Eser üzerindeki fikri mül-

Eser üzerindeki manevi haklar bakımından da aynı şeyler söylenebilir; yani eser üzerindeki manevi haklar münhasıran eseri bizzat meydana getiren işgörene aittir. İşverenin manevi haklar üzerinde hiçbir şekilde "sahiplik" sıfatını kazanması mümkün değildir. İşveren, manevi hakları ancak eser sahibinin izni ve icazeti çerçevesinde kullanabilir; diğer bir deyişle, FSEK'de belirtilen kayıt ve koşullar altında veya eser sahibi ile yapacağı sözleşme dahilinde bu hakların "kullanıcısı" olabilir[348]. Peki siparişi veren, eser üzerindeki mali hakları kullanmaya yetkili midir?

Fikir ve sanat eserlerinin istisna sözleşmesiyle kurulan hukuksal ilişkiler kapsamında meydana getirilmesi mümkündür. Bu tür eserlere "sipariş eser", bu eserleri konu alan sözleşmelere "eser siparişi sözleşmesi" de denilmektedir[349]. Bu sözleşmenin belirleyici özelliği, yaratılacak eserin konusunun, içeriğinin ve şeklinin sipariş eden tarafından saptanmasıdır. Eser siparişi sözleşmesi, TBK md.470 (BK md.355) anlamında bir istisna sözleşmesi niteliğindedir[350]. Bu sözleşme ile, aynı zamanda

---

kiyet hakkı, ne kadar el değiştirirse değiştirsin, eser sahipliği o eseri meydana getirende mahfuz kalır; onun ölümünden sonra mirasçılarına dahi geçmez: **Ateş** (İstisna), s.51. Yargıtay 11.HD'nin 26.03.2009 tarih ve E.2007/8520, K.2009/3643 sayılı bir kararına göre, "...Yüklenici-davacı tarafından meydana getirilen fotoğraflar FSEK hükümlerine göre eser niteliğinde olduklarından, davacı aynı zamanda "eser sahibi" olarak fotoğraflar üzerinde mali ve manevi hak sahibidir. Dava dışı C.Şti.den fotoğrafları teslim alan ve T.AŞ. ile yaptığı reklamcılık sözleşmesi gereği broşürü çıkaran P A.Ş, fotoğrafların telif haklarını davalı T A.Ş.'ne devretmeyi üstlenmiş olup, broşür için çekilen fotoğrafları T A.Ş.'ne teslim edilmesi üzerine T A.Ş. dava konusu edilen fotoğraf ve dia pozitiflerinin malik ve zilyedi olmuştur..." (**Ateş** (İstisna), s.50, dpn.12).

[348] Manevi hakların yalnızca kullanılmasına ilişkin başkalarına yetki verilebilir. Eser sahibi manevi hakları kendi namına kullanılmak üzere üçüncü kişileri yetkilendirebilir. Keza, eser sahibi öldüğünde de manevi haklardan bazıları, FSEK md.19 kapsamında eser sahibinin belli yakınları tarafından belirli bir süreyle (70 yıl) kullanılabilmektedir.

[349] Bkz. **Baygın,** s.167; **Öztan,** s.837; **Tekinalp,** § 16 Nr.64, s.250.

[350] Eser siparişi (ısmarlama) sözleşmesinin genellikle istisna sözleşmesine benzemekle birlikte, vekalet sözleşmesiyle de önemli benzerlikleri olduğu yönünde bkz. **Öztan,** s.837, dpn. 222'de anılan yazarlar. *Tekinalp* de eser siparişi sözleşmesinin bir eser (istisna) sözleşmesi olduğunu, bununla birlikte bu sözleşmeye ikinci derecede vekalet hükümlerinin uygulanabileceğini ifade etmiştir: **Tekinalp,** § 16 Nr.65, s.250. Alman hukukunda da bu tür sözleşmelerin istisna sözleşmesi niteliğinde olduğu ifa-

eser sahibi sıfatını taşıyan müteahhit, sipariş edenin (iş sahibinin) vermeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında bir şey (eser) imalini taahhüt etmektedir.

Türk fikir ve sanat hukukunda, istisna sözleşmesi ile kurulan işgörme münasebetleri kapsamında meydana getirilen eserin sahipliği ve eser üzerindeki hakların kullanılmasına dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde, Borçlar Kanunu'nun istisna sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında, sözleşme konusu şeyin FSEK anlamında eser niteliğini taşıması halinde hangi hükümlerin uygulanacağına dair özel bir düzenleme de yer almamaktadır. İş ve hizmet sözleşmeleri kapsamında meydana getirilen eserlerle ilgili FSEK md.18 hükmünün, istisna sözleşmesi kapsamında meydana getirilen eserlere uygulanıp uygulanamayacağı hususu[351] ise doktrin ve uygulamada tartışmalıdır. Yargıtay'ın FSEK md.18'in sipariş eserler bakımından uygulanması gibi bir yaklaşım içinde olmadığı[352] anlaşılmaktadır.

Doktrinde bazı yazarlar, anılan düzenlemenin istisna sözleşmesine göre meydana getirilen eserler bakımından da uygulanabileceği görüşünü savunmuşlardır. Örneğin, *Erel*'e göre[353], FSEK md.18/II hükmü sadece hizmet ilişkisi kapsamında meydana getirilen eser bakımından değil; is-

---

de edilmektedir (bkz. BGB § 631 ff.): **Wanckel,** s.207; **Hoeren/Nielen,** Rdn.175, s.118.

[351] FSEK md.18/II'nin düzenlediği durumda, eser sahibi ile işveren arasında sürekli bir borç ilişkisi olup, eser, işçinin bu sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünü yerine getirirken dolayısıyla meydana getirilmekte; sözleşmenin konusu ve sözleşmeden beklenen asıl amaç doğrudan bir eserin yaratılmasına ilişkin bulunmamaktadır. Eser siparişi sözleşmesinde ise, taraflar arasında ani edimli bir borç ilişkisi kurulmakta ve eser niteliğindeki bir fikri emek ürününün yaratılıp ısmarlayana teslim edilmesi amaçlanmaktadır: **Baygın,** s. 168.

[352] Nitekim Yargıtay 11.HD'nin 26.03.2009 tarih, E.2007/8520, K.2009/3643 sayılı bir kararında; " BK. 355 inci maddesine göre sipariş edilenin aynı zamanda FSEK hükümleri uyarınca bir eser olması halinde; sipariş veren iş sahibi eseri teslim almakla sadece eserin fiziki mülkiyetinden kaynaklanan tasarruf yetkisini haiz olup, eser sahibine tanınan mali hakların sahibi değildir. Bu sebeple, iş sahibi eserden kaynaklanan mali hakları bizzat kullanamayacağı gibi bu hakkı başkasına da devredemez. Ancak bu hakların devri veya kullanma yetkisinin (ruhsat) devri bir sözleşme ile kararlaştırılabilir" denilmektedir (**Ateş** (İstisna), s.51-52).

[353] **Erel,** s.192.

tisna ve vekalet sözleşmeleri kapsamında meydana getirilen eserler yönünden de uygulanabilir. Yani bu düzenleme bütün işgörme ilişkilerini kapsar. *Tekinalp* ise[354], FSEK md.18'in "Bir eserin yapımcısı ve yayımcısı ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanır" şeklindeki üçüncü fıkrasında geçen "yapımcı" ve "yayımcı" kavramlarını yasa koyucunun tanımlamadığını; bu sebeple yapımcıyı istisna sözleşmesi bağlamında eseri yapan, yayımcıyı da yayım sözleşmesinin karşı tarafını oluşturan kişi olarak anlamak gerektiğini ifade etmektedir.

Buna karşın, karşı görüşte *Ateş*[355] kanımızca da isabetli olarak, FSEK md.18/II'nin sadece iş veya hizmet sözleşmesi veya kamu istihdam statüsü kapsamında çalışanların meydana getirdiği eserler ile, tüzel kişilerin organı sıfatıyla çalışan kişilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler bakımından uygulanacağını ileri sürmüştür. Yazara göre, anılan fıkra kapsamındaki hukuksal ilişkiler mahiyeti itibarıyla işgörme ilişkisi niteliğini taşıyor ise de, bu hükmü iş veya hizmet ilişkisi dışındaki özel hukuk ve kamu hukukuna tabi bütün işgörme ilişkileri bakımından genişletmek doğru olmaz. *Baygın* da bu görüştedir; yazara göre[356], eser siparişi sözleşmesi gereğince meydana getirilen eser üzerindeki fikri haklar ısmarlayana (sipariş edene) geçmez. Eser sahipliğinden doğan tüm haklar eseri meydana getiren gerçek kişiye aittir ve eser sahibi veya halefleri tarafından kullanılır. Ancak ısmarlayan, sözleşmenin amacı kapsamında eseri kullanabilecektir.

Kanımızca, sipariş üzerine yaratılan eserlere ilişkin hakların kullanılması konusundaki kanun boşluğunun doldurulmasında, öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeden hareket edilmelidir. Taraflar arasındaki sözleşmede istisna akdi kapsamında meydana getirilen eser üzerindeki mali hakların eser sahibine mi yoksa iş sahibine mi ait olduğuna dair açık hüküm varsa, bu hüküm öncelikle uygulanmalıdır. Sözgelimi sinema sanatçısı S, ünlü fotoğrafçı F'den kendisinin portre fotoğraflarını çekmesini istemiştir. Ancak taraflar arasındaki sözleşmede mali hakların kime ait

---

[354] **Tekinalp,** § 12 Nr.10, s.138. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Ateş** (İstisna), s.56.

[355] **Ateş** (İstisna), s.56.

[356] **Baygın,** s.168. Eser siparişi sözleşmesi gereğince yaratılan eserler üzerindeki fikri hakların kullanılması konusunda yabancı hukuklara ilişkin olarak yine bkz. age s.68.

olacağına yahut kim tarafından kullanılacağına dair bir hüküm yoktur. S'nin açıkgöz menajeri M, söz konusu fotoğrafların kartpostal olarak çoğaltılmak üzere piyasaya sürülmesini veya tirajı yüksek bir magazin dergisinde iyi bir fiyatla yayımlatılmasını düşünmektedir. Bu örnekte, S'nin veya menajeri M'nin bu eylemi hukuka uygun değildir. Zira taraflar arasındaki sözleşmede iş sahibi konumundaki S'ye mali haklara ilişkin ne hak sahipliği ne de hakları kullanma yetkisi tanınmıştır. FSEK md.52 uyarınca yazılı olması aranan taraflar arasındaki sözleşmede devredildiği açıkça belirtilmeyen haklar karşı tarafça kullanılamaz[357].

Bu noktada, yukarıda değindiğimiz, iş/hizmet ilişkileri kapsamında meydana getirilen eserlere ilişkin FSEK md.18/II'nin *kıyasen* uygulanması ile, eser üzerindeki mali hakların sipariş eden tarafından kullanılmasının mümkün olup olmayacağı sorusu da akla gelebilir. Çünkü anılan hüküm, iş/hizmet ilişkisi kapsamında işçi, memur ve hizmetlilerce işin görülmesi sırasında meydana getirilen eser üzerindeki hakların, taraflar arasındaki sözleşmede aksine hüküm yok veya işin mahiyeti de aksini gerektirmiyorsa, işveren tarafından kullanılmasını öngörmektedir. Sonuç itibarıyla, istisna sözleşmesi de işgörme ilişkisi tesis eden bir sözleşme olduğuna göre, sözleşmede açık hüküm yoksa anılan kanun hükmünün

---

[357] "...Mahkemenin hükme esas aldığı bilirkişi raporundaki "sözleşme ile eserin çoğaltma vasıtası olan dia pozitiflerinin mülkiyetinin de davalıya teslim edilmesi nedeniyle davacının çoğaltma ve yayma haklarını da tamamen davalıya devretmiş sayılacağı ve tanıtım kapsamına dergi ilanları ve internette yayımlamanın da dahil olacağı" görüşüne itibar edilemez. Çünkü açıklandığı üzere mali hakların süre, yer ve muhteva itibariyle sınırlı veya sınırsız olarak eser sahibi tarafından devri mümkündür. Dia pozitiflerin davalıya teslimi fotoğrafların katalog vasıtasıyla çoğaltma ve yayma amacına yönelik olup, bu durum işin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan çoğaltma vasıtalarının teslimi halinde mali hakların, sözleşmenin 4üncü maddesine aykırı olarak, herhangi bir sınırlama olmaksızın davalıya devredilmiş sayılacağının kabulü olanaksızdır. Ayrıca, fotoğrafların katalog için çekileceği sözleşmenin eki olan teklif sipariş formunda açıkça belirtilmiştir. Sözleşmede "katalog-tanıtım" ibarelerinin yazılı olması katalogun tanıtım amacıyla hazırlandığını göstermekte olup, söz konusu fotoğrafların ait oldukları ürünlerin katalog dışındaki dergi ilanlarıyla ve internet ortamında ticari amaçla piyasaya arz edilmesi için de kullanılması halini kapsamaz...": 11.HD, 31.10.2005, E.2004/11266, K.2005/10524 (**Ateş** (İstisna), s.58, dpn.22).

kıyasen uygulanarak, sipariş verene mali hakları kullandırmanın daha adil olup olmayacağı sorusu irdelenebilir.

Doktrinde bizim de paylaştığımız görüşe göre[358], bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Zira, her ne kadar bir işgörme ilişkisi de olsa, istisna sözleşmesi ile kurulan ilişkinin iş/hizmet sözleşmesi ile kurulan ilişkiye göre esaslı farklılıkları mevcuttur. İş/hizmet ilişkisinde işgören işverene bağımlı ve işi işverenin talimatlarına uygun olarak, çoğunlukla da işverenin bildirdiği zaman ve yerde ifa etmek zorundadır. Taraflar arasındaki ilişki sürekli borç ilişkisi niteliğindedir. Eser işverene ait işin görülmesi sırasında, onun talimatları çerçevesinde yerine getirilmektedir. Dolayısıyla, aralarında özel hüküm yok ve işin niteliği de aksini gerektirmiyorsa, bir işin görülmesi sırasında işgörenin meydana getirdiği eser üzerindeki hakların işveren tarafından kullanılmasının hakkaniyet ilkesine daha uygun olduğu söylenebilir. Buna karşın, istisna sözleşmesinde, işgörenle işveren arasındaki ilişki bağımlılık yaratmaz; işgören ile işveren arasında astlık-üstlük yoktur. İstisna sözleşmesi, hizmet sözleşmesi gibi sürekli değil, ani edimli bir sözleşmedir. Sözleşmenin konusunu, meydana getirilmesi hususunda taraf iradelerinin uyuştuğu objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi veya gayrimaddi sonucun meydana getirilmesi oluşturur. Bu sonuç, bir anlamda istisna sözleşmesiyle doğrudan varılmak istenen hedef niteliğindedir. Bu sebeplerle, FSEK md.18/II hükmünün istisna sözleşmesi ile kurulmuş işgörme ilişkilerinde kıyasen dahi olsa uygulanması yerinde olmaz.

Nitekim, Yargıtay'ın içtihatlarına bakıldığında, istisna sözleşmesi kapsamında meydana getirilen eserlere FSEK md.18/II hükmüne göre değil, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine bakılarak somut olayın özelliğine göre kararlar verildiği anlaşılmaktadır[359].

---

[358] **Ateş** (İstisna), s. 58 vd; **Ateş** (Eser Sahipliği), s.403.

[359] "...13.02.2001 tarihli 'Toplam 12 adet Özgün Tasarım Cam Bardak Çekimi' başlıklı sözleşme ve ekini oluşturan 'Teklif ve Sipariş Formu' içeriğine göre; taraflar arasında BK'nun 355 inci maddesine göre eser sipariş sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmeye göre fotoğraf sanatçısı davacı yüklenici olup, davalı ise iş sahibidir. Davacı, bu sözleşme ile üstlendiği çekim işini tamamlayarak meydana getirdiği eserleri (fotoğraflar ile dia pozitiflerini) davalı tarafa teslim etmiş ve davalı da bedelini ödemek suretiyle

Doktrinde de *Ateş*'in isabetli olarak belirttiği üzere[360], işin doğrusu her somut olayın özelliğine göre karar verilmesidir. Zira öyle durumlar olabilir ki, taraflar arasındaki sözleşmede eser üzerindeki mali hakların kime ait olacağı veya kim tarafından kullanılacağı açıkça belirtilmemiş olsa bile, işin niteliği söz konusu hakların işveren tarafından kullanılmasını gerektirebilir. Örneğin, faaliyet konusu doğa manzaralarına ait fotoğrafları kartpostal veya büyük ebatlı poster şeklinde basıp çoğaltarak yayımlamak suretiyle para kazanmak olan bir matbaacılık veya yayın işletmesi, farklı fotoğrafçılarla yaptığı sözleşmelerle onlara doğa fotoğrafları çektirmektedir. Taraflar arasındaki hukuksal işlemin yegane amacı budur ve taraf iradeleri şüpheye yer bırakmayacak şekilde bu amaç üzerinde birleşmiştir. Kanımızca da, bu halde açık hüküm bulunmasa bile, yayın

---

taraflar karşılıklı olarak edimlerini yerine getirmişlerdir. Yüklenici/davacı tarafından meydana getirilen fotoğraflar FSEK hükümlerine göre eser niteliğinde olduklarından, davacı aynı zamanda "eser sahibi" olarak fotoğraflar üzerinde mali ve manevi hak sahibidir. Davalı/iş sahibi ise teslim ile birlikte dava konusu edilen 12 adet fotoğraf ve dia pozitiflerin malik ve zilyedi olmuştur. *BK'nun 355 inci maddesine göre sipariş edilenin aynı zamanda FSEK hükümleri uyarınca bir eser olması halinde; sipariş veren iş sahibi eseri teslim almakla sadece eserin fiziki mülkiyetinden kaynaklanan tasarruf yetkisine haiz olup, eser sahibine tanınan mali hakların sahibi değildir. Bu sebeple, iş sahibi eserden kaynaklanan mali hakları bizzat kullanamayacağı gibi, bu hakkı başkasına da devredemez. Ancak, bu hakların devri veya kullanma yetkisinin (ruhsat) devri bir sözleşme ile kararlaştırılabilir.* Mahkemenin hükme esas aldığı bilirkişi raporundaki 'sözleşme ile eserin çoğaltma vasıtası olan dia pozitiflerinin mülkiyetinin de davalıya teslim edilmesi nedeniyle davacının çoğaltma ve yayma haklarını da tamamen davalıya devretmiş sayılacağı ve tanıtım kapsamına dergi ilanları ve internette yayımlamanın da dahil olacağı' görüşüne itibar edilemez. Çünkü açıklandığı üzere mali hakların süre, yer ve muhteva itibarıyle sınırlı veya sınırsız olarak eser sahibi tarafından devri mümkündür. Dia pozitiflerin davalıya teslimi fotoğrafların katalog vasıtasıyla çoğaltma ve yayma amacına yönelik olup, bu durum işin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan çoğaltma vasıtalarının teslimi halinde mali hakların, sözleşmenin 4 üncü maddesine aykırı olarak, herhangi bir sınırlama olmaksızın davalıya devredilmiş sayılacağının kabulü olanaksızdır.(...) Açıklanan nedenlerle, kararın mali hak tazminatı isteminin reddine ilişkin bölümünün davacı yararına bozulması gerekmiştir": 11.HD, 31.10.2005, E.2004/11266, K.2005/10524 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

[360] **Ateş** (İstisna), s.60. Yazar, daha sonra, uygulamada yaşanan tereddütlerin giderilebilmesi için, istisna akdi çerçevesinde meydana getirilen eser üzerindeki mali ve manevi hakların işveren tarafından ne ölçüde ve şekilde kullanılabileceğine dair yasa koyucunun düzenleme getirmesinde yarar olacağını dile getirmiştir, age s.63.

işletmesi bu eserleri uzlaşılan amaç doğrultusunda kullanabilir. Yine, Yargıtay 11.HD'nin bir kararında[361] *"FSEK'in 52 inci maddesi uyarınca mali hakları dahil sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konulan olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır. Davacı ve dava dışı C Şti. ile davalı P A.Ş. arasındaki 28.01.2002 tarihli eser sipariş sözleşmelerinde, eser sahibi davacının...katalogda yer alacak fotoğraflarının çekimini yapacağı kararlaştırılmıştır. 28.01.2002 tarihli sözleşmede davalı tarafa verilen mali hakların neler olduğu açıkça belirtilmediğinden FSEK'in 52 nci maddesine uygun olmamasına rağmen, araba fotoğraflarının davalı tarafından kullanılması için çekiminin yapıldığı hususunun sözleşmede açıkça belirtilmesi nedeniyle, bu sözleşme ile fotoğrafların çoğaltma ve yayma haklarının da düzenlendiği kabul edilmelidir. Kaldı ki, bu husus yanlar arasında da tartışma konusu değildir"* şeklinde hükme vardığı görülmektedir. Bu durumun, yabancı hukuklarda ifade edilmiş olan "amaca uygun devir ilkesi (Zweckübertragungsgrundsatz)"nin bir görünümü olduğunu söylemek kanımızca yanlış olmaz.

bb) Yayın Sözleşmesine İlişkin Hükümlerde Yer Alan Düzenleme (TBK md.501/ BK md.385)

TBK md. 501'e göre: " Bir veya birkaç kişi, yayımcının belirlediği plana göre bir eser meydana getirmeyi üstlenirlerse, sadece sözleşmeyle kararlaştırılan ücrete hak kazanırlar.// Bu durumda, sözleşme konusu mali haklar yayımcıya ait olur".

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 501.maddesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 385.maddesini karşılamaktadır. Yayım sözleşmelerinin uygulama pratiğinde yerleşen esaslar çerçevesinde, madde başlığı "Sipariş üzerine yayım sözleşmesi" şeklinde değiştirilmiş; hükmün ikinci fıkrasında yer alan "telif hakkı" ibaresi ise "sözleşme konusu mali haklar" şeklinde değiştirilerek madde kabul edilmiştir. Bunun dışında, maddede bir hüküm değişikliği yoktur. Maddede, sipariş üzerine ve yayımcının belirlediği plana göre bir eser meydana getirilmesinin hüküm ve sonuçları düzenlenmektedir.

---

[361] 11.HD, 26.3.2009, E.2007/8520, K.2009/3643 (**Ateş** (İstisna), s.60-61, dpn.25).

Bu madde yer itibarıyla yayın sözleşmesine ilişkin hükümler arasında düzenlenmiş olsa da; doktrinde hakim görüş[362], maddenin esasen yayın sözleşmesini değil, sipariş sözleşmesini düzenlediği yönündedir. *Franko*[363], bu sözleşmenin yayın sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini; zira Borçlar Kanunu'na göre (BK md.372/TBK md.487) yayın sözleşmesinde eser sahibinin eser üzerindeki hakkının devrinden bahsedilirken, yayımcının planına göre eser meydana getirilmesinde ise, işin niteliğine göre -zira burada bir hizmet akdinden de bahsetmek mümkündür- olayda bir istisna sözleşmesinin mevcut olacağını belirtmiştir.

TBK md.501 (BK md.385) hükmü esasen, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'muzun 2001'de 4630 sayılı kanun ile değiştirilmeden önceki 8.maddesinin III. fıkrasında yer verilen genel hükmün özel bir uygulamasını hükme bağlamaktadır. FSEK'in eser sahibini hükme bağlayan eski 8.maddesinin III.fıkrası şu şekildeydi[364]: " Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça bir veya birden fazla kimseler, yayımlayanın tayin ettiği plan dairesinde bir eser vücuda getirmişlerse bu eserin sahibi yayımlayandır".

Yasa koyucu, bu hükümle, özel bir sözleşmeye dayalı olarak sipariş üzerine yaratılan eserlerde eser sahibini bunu yaratan değil, siparişi veren kişi olarak kabul etmişti.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 8.maddesinin konuyla ilgili II. ve III. fıkraları 4630 sayılı kanun ile değiştirilmiş; yeni düzenlemeye 18.maddenin II. ve III. fıkralarında yer verilmiştir. FSEK md.18 şu şekildedir:

"Mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir.

Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürlen meydana getir-

---

[362] Bkz. **Ayiter,** s.89-90; **Aydıncık,** s.128; **Franko,** N.: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri (BK.373-381), Ankara 1981, s.14-15; anılan maddeyle "eser ısmarlama sözleşmesi"nin nitelikli bir türünün ele alındığı yönünde **Öztan,** s.834.

[363] **Franko** (Yayın), s.15.

[364] http://www.bilgi-rehberi.com/kanunlar/kanun55846uc-003.html (8.08.2012).

dikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır.

Bir eserin yapımcısı veya yayımcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir."

Görüldüğü üzere, eski 8.maddenin II. ve III. fıkrası ile şimdiki 18.maddenin II. ve III. fıkraları arasında önemli bir fark vardır. Eski düzenlemede, bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde yaratılan eserlerde eser sahibi, siparişi veren ya da işi yaptıran kişi olarak kabul edilmekte; devamında, aksi anlaşılmadıkça, yayımlayanın belirlediği bir plan çerçevesinde bir veya birden fazla kişi bir eser meydana getirmişse, bu eserin sahibinin yayımlayan olacağı düzenlenmişti. Yeni düzenlemede ise, bu durumda eser sahibinin değişmediği; eser bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde yaratılmış olsa bile, eser sahibinin onu yaratan kişi olduğu; yapımcı veya yayımcının yani yaptıran kişinin ise eser sahibinin yarattığı eser üzerindeki hakları kullanan kişi olduğunu kabul etmiştir. Bu hüküm, fikri haklar alanında eser sahipliğinde "yaratma ilkesi"nin gereği olarak kabul edilmiştir.

Bu açıklamalar sonrasında, FSEK md.18/II hükmü ile TBK md.501 (BK md.385) hükmünün nasıl bağdaştırılabileceği hususunu ele almak gerekebilir. BK md.385/II "Bu takdirde, telif hakkı naşire ait olur" şeklindeydi. Hükmün karşılığını oluşturan yeni TBK md.501/II'de, daha isabetli şekilde, "Bu durumda, sözleşme konusu mali haklar yayımcıya ait olur" denilmiştir. Buradaki hükmü, bir sözleşme ile yayımlayan tarafından bazı kimselere eser siparişi verilmesinin, yayımlayanın yaratılan bu eser üzerinde eser sahibi olmasına yol açmadığı; aynen FSEK md.18/III'de olduğu gibi eser sahipliğinden doğan malî hakları kullanma yetkisini elde ettiği şeklinde yorumlamak yerinde olur[365].

Uygulamada önem taşıyacağından hareketle ve fotoğraflara ilişkin hakları konu alan sözleşmelerin hukuksal niteliğine bağlı olarak doğabilecek farklı hukuksal sonuçlar yönünden, bu değerlendirmelere ayrı bir başlık altında yer vermiş bulunuyoruz. Eser üzerindeki mali hakların ve

---

[365] Bkz. **Kılıçoğlu,** s. 313. Konuya ilişkin ayrıca bkz. **Ateş** (Eser Sahipliği), s.413-418.

bu hakların kullanılmasının devrine ilişkin temel esaslara daha ayrıntılı yer vermeye devam ediyoruz.

2. Mali Hakların Devrine İlişkin Sözleşmeler

a) Sözleşmenin Konusu ve Kapsamı

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda, eser sahibi ile devralan arasındaki ilişkiyi düzenleyen, iki ayrı sözleşme tipi yer almaktadır. Bunlardan ilkinde, eser sahibi eseri üzerindeki mali hakkını bütünüyle devreder; bu takdirde, mali hakkı devir sözleşmesi söz konusu olur. Buna karşılık, diğer sözleşme tipiyle, eser sahibi eseri üzerindeki hakkını değil, sadece kullanma yetkisini devreder; bu takdirde ise, ruhsat veya lisans sözleşmesi kurulmuş olur.

Mali hakların başkalarına devredilebileceği FSEK md.48'de hükme bağlanmıştır. Buna göre, eser sahibi veya mirasçıları kendilerine Kanunda tanınan mali hakları süre, yer ve içerik (muhteva) itibarıyla sınırlı veya sınırsız, karşılıklı veya karşılıksız[366] olarak başkalarına devredebilirler[367]. Bu bakımdan mali hakkı devir sözleşmeleri ile lisans (ruhsat) sözleşmeleri arasında bir fark yoktur.

---

[366] Dikkat edilirse, yasa koyucu burada "bir bedel karşılığında ya da bedelsiz olarak" ifadelerine yer vermemiştir. Mali hakların başkasına devri, bedel dışında başka karşılıklar ile de mümkün olabilir: **Kılıçoğlu,** s.274. Örneğin; A çekmiş olduğu sanatsal fotoğrafların çoğaltma ve yayma hakkını, B isimli yayınevine, telif ücreti yerine, fotoğrafların yer aldığı takvimlerden 500 adet bedava verilmesi karşılığında devredebilir. Yine Kanunda, mali hakların karşılıksız olarak da başkasına devredilebileceği öngörülmüştür. Bu halde, eser üzerindeki mali hakların başkasına bağışlanması söz konusudur.

[367] İsviçre Hukukunda da mali hakların devri açısından FSEK'dekine benzer bir düzenleme bulunmaktadır. URG md.16'ya göre "Eser sahibinin hakkı devredilebilir ve miras yoluyla geçebilir". Doktrinde söz konusu devrin bizdeki gibi süre, yer ve muhteva itibarıyla sınırlı olarak yapılabileceği belirtilmektedir. Bkz. **Aydıncık,** Ş.: Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006, s.42, dpn.214. Buna karşın, *Demirelli,* FSEK'in yürürlüğe girmesinden önce yazdığı bir makalede, hakkın kendisinin devir ve nakil edilemeyeceği, haciz olunamayacağını ileri sürmüştür. Yazara göre, hak bir hasılat kirası gibi kullanılmak üzere kiralanabilecektir: **Demirelli,** F.H.: "Fikir Eserlerine Dair", Adliye Ceridesi, C:33, Ankara 1943, s.594 (**Tüysüz,** s.73, dpn.244'den naklen).

Mali hakların tamamen veya kısmen devri mümkündür. Yine mali hak süre, yer ve içerik itibarıyla sınırlanarak farklı kişilere de devrolunabilir. Nitekim, FSEK md.20/I "Mali haklar birbirine bağlı değildir. Bunlardan birinin tasarrufu ve kullanılması diğerine tesir etmez." hükmüyle, farklı mali haklarda bu tarz çeşitli tasarruf imkanlarına işaret etmektedir. Taraflar aralarında yapacakları sözleşme ile eser üzerindeki mali hakları bir bütün olarak da devredebilirlerse de, bu takdirde, FSEK md.52 gereğince, hangi mali hakların devredildiğinin tek tek sözleşmede gösterilmesi kural olarak zorunludur. Bu şekil kuralı sözleşmenin geçerliliği için gereklidir; aksi halde yapılan sözleşme geçersiz olur[368]. Taraflar aralarında yapmış oldukları sözleşmede, belirli bir kullanım imkanından yararlanmayı temin etmek amacıyla mali hakkı devretmişler ise, o mali hakkın ancak o kullanım imkanını sağlayacak oranda (yetkilerle) ve gerekli zaman için devredildiği kabul edilir[369]. Burada hatırlatmak istediğimiz bir

---

[368] Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu yalnız yazılı şekil şartını yeterli görmemiş, işlem konusu olan hakların teker teker sayılmasını da istemiştir. "Bütün mali haklarımı devrettim" şeklindeki bir ifadeyi içeren sözleşme yazılı da olsa geçersizdir; zira, bütün hakların devri kastedilmiş olsa dahi, yine de bu hakların sayılması gerekir. Bkz. **Ayiter,** s.207; **Tüysüz,** s.74-75; **Suluk/Orhan,** s.606.

[369] "...Her ne kadar 13.02.2001 tarihli sözleşmede davalı tarafa verilen mali hakların neler olduğu açıkça belirtilmediğinden, *FSEK'nın 52.maddesine uygun olmamasına rağmen, cam bardak fotoğraflarının davalı tarafından kullanılması için çekiminin yapıldığı hususunun sözleşmede açıkça belirtilmesi nedeniyle, bu sözleşme ile fotoğrafların çoğaltma ve yayma haklarının da düzenlendiği kabul edilmelidir.* Kaldı ki bu husus yanlar arasında da tartışma konusu değildir. Davacı/yüklenici tarafından anılan eser sipariş sözleşmesi ile cam bardak çekimleri tamamlanarak fotoğraflarla birlikte bunların diapozitifleri de davalıya teslim edildiğinden ve üstlenilen işin niteliği gereği söz konusu fotoğraflar tanıtım amaçlı olarak kullanılacaklarından; davacı anılan eserlerin çoğaltma ve yayma haklarını da FSEK'nın 48/1.maddesi anlamında davalıya devretmiştir. Uyuşmazlık konusu sözleşme ve ekinde, davacı tarafından yapılan işin "özgün tasarım ürünü olan cam bardakların tanıtılacağı katalog için fotoğraflarının çekimi" olduğu ve sözleşmenin 4.maddesinde de "bu fotoğrafların davacının yazılı izni olmaksızın sözleşme ile belirlenen kullanım alanı dışında isim ve ünvan belirtilmeksizin kullanılamayacağı" kararlaştırılmıştır. Bu suretle davalıya devredilen mali hakların (çoğaltma ve yayma) kullanım alanının davalı tarafından basımı yaptırılan tanıtım kataloğu ile sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. Bu sınırlandırma FSEK'nın 48.maddesine uygun ve geçerli olduğundan ve davalı tarafından da söz konusu fotoğraflar davacının yazılı izni olmaksızın ve isim-ünvan belirtilmeksizin katalog dışındaki dergi ilanları ve internet web sayfasında kullanıldıklarından

diğer nokta ise, eserin aslı ve çoğaltılmış nüshaları üzerindeki mülkiyet hakkının devrinin, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, mali hakların devrini kapsamadığıdır (FSEK md.57/I). Örneğin, bir sergiden bir fotoğraf alan kişi fotoğrafın mülkiyetini iktisap eder, ancak mali haklar eser sahibinde (fotoğrafçıda) kalır. Fotoğrafı satın alan kişi onu çoğaltarak satışa sunamaz veya başka eserler bünyesinde izinsiz yayımlayamaz.

Devir sözleşmelerinin konusunu, mevcut olan veya ileride meydana getirilecek ya da tamamlanacak eserler üzerindeki mali haklar teşkil eder. Bununla birlikte, yasa koyucu mali hakların devri bakımından mevcut ve ileride meydana getirilecek eserler arasında bir ayrım yapmıştır. FSEK md.48'in ilk iki fıkrasında, sırasıyla mali hakların ve mali hakları kullanım yetkisinin devri düzenlendikten sonra, III.fıkrada şöyle bir hükme yer verilmiştir: "Yukarıdaki fıkralarda sayılan tasarruf muameleleri, henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış olan bir esere taalluk etmekte ise batıldır". Henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanacak olan bir eserde, mali haklarda tasarruf işlemleri batıl yani geçersiz sayılmıştır. Ancak maddenin bu düzenlemesinden, yasa koyucunun ileride yaratılacak eserler için sözleşme yapılamayacağını öngördüğü sonucu çıkarılmamalıdır. Zira, FSEK md.50/I'de, bu tür eserlere ilişkin taahhüt işlemle-

---

davacının FSEK 22. ve 23.maddesine göre sahibi olduğu çoğaltma ve yayma hakları aynı yasanın 68.maddesi uyarınca ihlal edilmiştir. Mahkemenin hükme esas aldığı bilirkişi raporundaki "sözleşme ile eserin çoğaltma vasıtası olan diapozitiflerinin mülkiyetinin de davalıya teslim edilmesi nedeniyle davacının çoğaltma ve yayma haklarını da tamamen davalıya devretmiş sayılacağı ve tanıtım kapsamına dergi ilanları ve internette yayımlamanın da dahil olacağı" görüşüne itibar edilemez. Çünkü açıklandığı üzere, mali hakların süre, yer ve muhteva itibarıyla sınırlı veya sınırsız olarak eser sahibi tarafından devri mümkündür. *Diapozitiflerin davalıya teslimi fotoğrafların katalog vasıtasıyla çoğaltma ve yayma amacına yönelik olup, bu durum işin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan çoğaltma vasıtalarının teslimi halinde mali hakların sözleşmenin 4.maddesine aykırı olarak, herhangi bir sınırlama olmaksızın davalıya devredilmiş sayılacağının kabulü olanaksızdır. Ayrıca, fotoğrafların katalog için çekileceği sözleşmenin eki olan teklif sipariş formunda açıkça belirtilmiştir.* Sözleşmede "katalog-tanıtım" ibarelerinin yazılı olması kataloğun tanıtım amacıyla hazırlandığını göstermekte olup, söz konusu fotoğrafların, ait oldukları ürünlerin katalog dışındaki dergi ilanlarıyla ve internet ortamında ticari amaçla piyasaya arz edilmesi için de kullanılması halini kapsamaz...": 11.HD, E.2004/11266, K.2005/10524, 31.10.2005 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

rinin yapılabileceği hükme bağlanmıştır: "48 ve 49 uncu maddelerde sayılan tasarruf muamelelerine dair taahhütler, eser henüz vücuda getirilmeden önce yapılmış olsa dahi muteberdir"[370].

Görüldüğü üzere, yasa koyucu burada, mali hakların devrini mevcut eserler için kabul etmekte ve bunu hukuksal niteliği itibarıyla bir tasarruf işlemi saymakta[371]; buna karşın, ileride yaratılacak eserlere ilişkin sözleşmeleri ise hukuksal niteliği itibarıyla taahhüt işlemi kabul etmektedir[372].

Fikri haklar, mülkiyet hakkının aksine, maddi varlıklar üzerindeki haklar değildir. Bu nedenle eser sahipliğinden doğan mali hakların ve kullanım yetkisinin devrine ilişkin sözleşmenin akdedilmesi ile devir gerçekleşmiş olur. Bu nedenle burada bir tasarruf işlemi söz konusudur. Buna karşın, eser henüz mevcut değilse, ortada devredilen bir hakkın ya da kullanım yetkisinin varlığından söz edilemez. Burada ileride yaratılacak bir esere ilişkin mali bir hakkın ya da kullanım yetkisinin devri taahhüdü söz konusudur. Yasa koyucu, bu tür taahhütleri de geçerli kabul

---

370 "BK.nun 355.maddesine göre sipariş edilenin aynı zamanda FSEK hükümleri uyarınca bir eser olması halinde; sipariş veren iş sahibi eseri teslim almakla sadece eserin fiziki mülkiyetinden kaynaklanan tasarruf yetkisine haiz olup, eser sahibine tanınan mali hakların sahibi değildir. Bu sebeple, iş sahibi eserden kaynaklanan mali bizzat kullanamayacağı gibi bu hakkı başkasına da devredemez. Ancak bu hakların devri veya kullanma yetkisinin devri bir sözleşme ile kararlaştırılabilir...Aynı yasanın 50.maddesi uyarınca 48. ve 49.maddelerde sayılan tasarruf muamelelerine dair taahhütler eser henüz vücuda getirilmeden önce yapılmış olsa dahi geçerlidir. Yine FSEK.nun 52.maddesi uyarınca mali hakları dahil sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır": 11.HD, E.2004/11266, K. 2005/10524, 31.10.2005, YKD C.32, S.3, Mart 2006, s.415 (**Tüysüz,** s.71-72, dpn.236).

371 Tasarruf işleminin yapılması için, eserin tamamlanmış olması gerekir (FSEK md.48/III). Tasarruf işlemi, henüz tamamlanmamış veya meydana getirilmemiş bir eseri konu alıyorsa, işlem geçersizdir. Böyle bir işlem mutlak butlanla sakattır (TBK md.27/BK md.20).Bu hükmün öngörülmüş olmasının sebebi, telif hakkının ancak fikri çalışmanın eser niteliğini kazandığı anda doğabilmesidir. Bunun için de, fikri çalışmanın bir bütünlük arz etmesi gerekir. Bu konuda bkz. **Gökyayla,** s.45; **Arslanlı,** s.178.

372 **Kılıçoğlu,** s.276.

etmiş[373], ancak bu tür sözleşmelere mevcut eserlere ilişkin sözleşmelere nazaran daha zayıf sonuçlar bağlamıştır. Şöyle ki, ileride yaratılacak eserlerde, eser sahibi bu eser üzerindeki mali hakkını veya ruhsatını (lisans) doğduğu anda başkasına devretmektedir. İleriye yönelik böyle bir taahhütle uzun süre bağlı kalınmasının doğurabileceği belirsizlikleri engellemek için, yasa koyucu, bu sözleşmeden kurtulmayı olanaklı kılan düzenlemeler öngörmüştür[374]:

- Eser sahibine ve mali hakkı devir alana ihbarda bulunma tarihinden itibaren bir yıl sonrası için sözleşmeyi fesih yetkisi tanınmıştır (FSEK md.50/II)[375].

- Eser sahibinin, eserini tamamlamadan ölmesi veya tamamlama kabiliyetini kaybetmesi ya da kusuru olmadan eserin tamamlanmasının imkansız hale gelmesi halinde, sözleşmenin kendiliğinden geçersiz olacağı kabul edilmiştir (FSEK md.50/III).

---

[373] Örneğin, bir fotoğraf sanatçısının çekeceği tüm doğa fotoğraflarının çoğaltma hakkını bir yayınevine devretmesi mümkündür. Esasen, böyle taahhütler kişilik hakkına aykırılık teşkil eden ağır bir yükümlülük doğurdukları için; bu gibi sözleşmeler kişinin ekonomik özgürlüğünü ağır şekilde sınırlamaları nedeniyle geçersizdir (MK md.23, TBK md.27/BK md.20). Buna rağmen, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu böyle sözleşmeleri geçersiz kılmamış; yapılan taahhütlerin geçerli olacağını kabul etmiştir. Bununla birlikte, taraflardan her birinin, bir yıl sonra hüküm ifade etmek üzere, feshi ihbarla sözleşmeyi sona erdirmesi mümkün kılınmıştır (FSEK md.50/II).

[374] **Kılıçoğlu,** s.276-277.

[375] Yasa koyucu, bütün eserlere ya da eserlerin "muayyen bir türüne taalluk eden bu kabil taahhütler"in eser sahibinin kişiliği ve kişilik hakları açısından doğurabileceği sakıncalar dolayısıyla, kanuni bir fesih ya da dönme hakkına yer vermiştir. Bu tür bağlanmalar eser sahibinin yaratıcı kişiliği üzerinde olumsuz etkiler yapabileceği gibi, karşı tarafı da belirsiz risklerle karşı karşıya bırakabilir. Dönme ya da fesih halinde taraflardan hiçbiri diğerinden tazminat talep edemez; cezai şart öngörülmüşse, bunun yerine getirilmesi istenemez. Bu hak emredici olup sözleşme ile bertaraf edilemez. Hükümde öngörülen bir yıllık süre taraflarca kısaltılamaz; ancak uzatılıp uzatılamayacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öngörülen sürenin uzatılmasının mümkün olduğunu ifade eden *Tekinalp*'in (**Tekinalp,** § 15, Nr.36, s.222) aksine; *Suluk/Orhan* bunun mümkün olmadığını, zira yasa koyucunun burada emredici bir düzenlemeye giderek eser sahibini, kendisini ipotek altına alan uzun süreli sözleşmelere karşı korumayı amaçladığını ifade etmişlerdir (**Suluk/Orhan,** s.608).

Yine, sözleşmelerin konusu bakımından FSEK md.51 ile başka bir sınırlama daha getirilmiştir:

FSEK md.51/I uyarınca; "İleride çıkarılacak mevzuatın eser sahibine tanıması muhtemel mali hakların devrine veya bunların başkaları tarafından kullanılmasına müteallik sözleşmeler batıldır"[376]. Buna göre, ancak kanunda açıkça düzenlenmiş olan mali haklar fotoğraflarla ilgili sözleşmelere konu olabilir; ileride çıkarılacak mevzuatın eser sahibine tanıması muhtemel mali haklara ilişkin sözleşmeler geçersiz olacaktır (FSEK md.51/I)[377]. Yasa koyucu bu düzenlemeyle eser sahiplerini korumayı amaçlamıştır. Eser sahiplerinin ileride çıkacak bir kanun ile kendilerine tanınacak hakları peşinen devretmeleri hukuka aykırı sayılarak butlan yaptırımına tâbi tutulmuştur.

FSEK md.51/II uyarınca ise; " İleride çıkarılacak mevzuatla mali hakların şümulünün genişletilmesi veya koruma süresinin uzatılmasından doğacak salâhiyetlerden vazgeçmeyi yahut bunların devrini ihtiva eden sözleşmeler hakkında aynı hüküm caridir". Bu fıkraya göre ise, ileride çıkarılacak mevzuatın mali hakların kapsamını genişletmesi veya koruma süresinin uzatılmasından doğacak yetkilerden vazgeçmeye ilişkin olarak sözleşmelere konacak kayıtlar da geçersiz olacaktır (FSEK md.51/II). Aynı şekilde, bu durumda da söz konusu yetkilerden, önceden yapılmış bir devir veya lisans sözleşmesi mevcut olsa dahi, bizzat eser sahibi yararlanacaktır[378].

---

[376] Hükümde bu sınırlama sadece taahhüt işlemlerine ilişkin olarak getirilmiş olsa da, tasarrufi işlemlere de aynı sınırlamanın evleviyetle uygulanacağı yönünde bkz. **Aydıncık,** s.50, dpn.259.

[377] Doktrinde *Ayiter,* esasen bir kimsenin, yeni yararlanma imkanı daha teknik deneme aşamasındayken, ileride kanunda nasıl olsa bir değişiklik yapılacağını ve eser sahiplerine yeni bir mali hak daha tanınacağını hesaba katacak kadar ileri görüşlü olması ihtimalinin çok düşük olduğunu; buna rağmen kanunun bu uzak ihtimali de göz önünde bulundurduğunu ifade etmiştir, bkz. **Ayiter,** s.206. Kanımızca yazar bu tespit ve değerlendirmesinde haklıdır.

[378] Yargıtay'ın da koruma sürelerinin kanunla uzatılması halinde, bu korumadan eser sahibinin yararlanacağını belirten kararlar verdiği görülmektedir. Bkz. **Aydıncık,** s.51, dpn.262. Bunun yanında, doktrinde *Tekinalp* bu hükümlerin eser sahibi lehine yorumlanması gerektiğini; onun için devredilen bir mali hakkın bir diğer mali hakkı

b) Mali Hakkı Devir Sözleşmesinin Hukuksal Niteliği

Mali hakkı devir sözleşmesi rızai sözleşmeler arasında yer alır. Sözleşmenin kurulması ve sonuçlarını meydana getirebilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterlidir. Yoksa, sözleşmenin kurulabilmesi için, eserin karşı tarafa teslim edilmiş olması şart değildir[379]. Zaten eserin karşı tarafa teslim edilmiş olduğu her halde de sözleşmenin kurulduğu söylenemez. Eser sahibi, eserini başka sebeplerle de (ör: bilgilendirme, incelenme-soruşturma kapsamında) bir başkasına teslim etmiş olabilir. Yine, daha evvel belirttiğimiz gibi, çoğaltılmış nüshaların teslim edilmesi de mali hakkın kendiliğinden devredildiği anlamına gelmeyecektir (FSEK md.57/I).

Mali hakkı devir sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir[380]. Eser sahibinin (fotoğrafçı) asli edim borcu, eseri üzerindeki mali hakkı karşı tarafa devretmek; devralanın asli edim borcu ise, devralmış olduğu hakkın bedelini eser sahibine ödemektir. Bununla birlikte, FSEK md.48'de sadece "*karşılık*"tan söz edilmiştir. Buradan hareketle, karşılığın sadece bedel olarak nitelendirilemeyeceği; edimin, bir miktar paranın ödenmesi dışında başka şekillerde de yerine getirilebileceği sonucu çıkar. Aynî şekilde de edim ifa edilebilir. Yine sözleşme karşılıksız kurulmuş olsa da, hakkın gereği gibi kullanılması devralan açısından asli bir edim niteliği taşır. Dolayısıyla mali hakkı devir sözleşmesi asla tek tarafa borç yükleyen bir nitelik taşıyamaz.

---

ya da hakları da içerdiğine ilişkin yorumların FSEK'e aykırı olduğunu dile getirmiştir: **Tekinalp,** § 15 Nr.23, s.218; aynı yönde **Suluk/Orhan,** s.607.

379 Zira sözleşmenin konusu eserin bizzat kendisi değil, fakat eser üzerindeki mali haklardır. Bununla birlikte, eser üzerindeki mali hakkın devredilmiş sayılması için pek çok durumda eserin de teslim edilmiş olması gerekeceğini söylemek mümkündür. Bkz. **Gökyayla,** s.227, dpn.73.

380 Doktrinde *Gökyayla* yine de bu sözleşmede, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki klasik sinallagma ilişkisini görmenin mümkün olmadığını; çünkü menfaatler durumunun bazen karşılıklı değil, birbirine paralel (müşterek) olduğunu ifade etmiştir. Yazar böyle bir durumda, mali hakkı devir sözleşmesinin *-Rehbinder'*in görüşüne paralel olarak- ortaklık sözleşmesine benzer bir niteliği olduğunu dile getirmiş, ancak tam bir ortaklık sözleşmesi niteliği taşımadığını da vurgulamıştır. Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Gökyayla,** s.232-233.

Mali hakkı devir sözleşmesinde, eser üzerindeki hak, bir kerede devredilir. Bununla birlikte, eser sahibinin devrettiği hak ile olan ilişkisi tamamen kesilmez; sadece mali hak devralana geçer. Hakkı devralan, bu hakkı mülkiyet hakkında olduğu gibi mutlak şekilde iktisap etmiş sayılmaz; o, ancak mali hakkı sözleşmede belirtilen süre ile sınırlı olarak iktisap edebilir (FSEK md.48/I). Taraflar bu süreyi istedikleri gibi belirleyebilirler[381]. Yine, mali hakkı devir sözleşmesinde, bazı dar anlamda borçların ifası bir kerede gerçekleşse bile, tarafların sözleşmeden bekledikleri menfaatlerin gerçekleşmesi daha uzun ve sürekli bir zaman sürecine yayılmaktadır. Şu halde, sözleşmenin belirli veya belirlenebilir bir süre için akdedildiği ve tarafların hak ve borçlarının kural olarak bu süre boyunca devam ettiğinden hareket edilirse; mali hakkı devir sözleşmesinin sürekli borç doğuran bir sözleşme olduğunu söylemek mümkündür[382].

Mali hakkı devir sözleşmesi şekle bağlı sözleşmeler arasında yer alır. FSEK md.52 uyarınca, sözleşmenin geçerli biçimde kurulabilmesi için yazılı şekilde yapılması gerekir. Buradaki yazılı şekil, ispat koşulu olmayıp, geçerlilik koşuludur. Bu konuya ileride yine değinecegiz.

Doktrinde hakim görüşe göre[383], mali hakkın devri alacağın temliki gibi soyut ve aynî etkili bir tasarruf işlemi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, işlemde, devrin dayandığı hukuksal sebebin gösterilmesi gerekli olmamakla birlikte; devir geçerli bir sebebe dayanmıyorsa, devredenin devralana karşı TBK md.77 (BK.md 61)'ye göre sebepsiz zenginleşme davası açabileceği ileri sürülmektedir. Taraflar devir işlemini sebebe bağlı kılabilirler. Bu takdirde, sebep geçerli değilse yahut gerçekleşmemişse mali hak da intikal etmiş olmaz. Doktrinde gerek hakkın devri yolundaki

---

[381] Taraflar süre konusunda sözleşmeye açık hüküm koymamışlarsa, hakkın tamamen devredildiği anlaşılmak gerekir. Bu durumda da, hak mülkiyet hakkı gibi, mutlak biçimde devralana geçmez. Mali hakkı devralan kişi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda belirtilen süre içerisinde bu hakkını kullanabilir. Bu süre, eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder. Hakkın koruma süresinin sonuna kadar devri halinde, mali hakkın kullanılması eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl daha devam ettiği için, -eser sahibinin öleceği tarih belli olmadığı halde-, belirlenebilir bir süre söz konusudur. Bkz. **Gökyayla,** s.229.

[382] **Gökyayla,** s.229; **Aydıncık,** s.86.

[383] **Ayiter,** s.197; **Arslanlı,** s.172; **Suluk/Orhan,** s.608; **Tüysüz,** s.77.

tasarruf işleminin gerekse devir taahhüdünün, yani sözleşmenin mutlak surette sebebe bağlı kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşler[384] de mevcuttur. Bu görüşün savunucularının temel hareket noktası, devrin sebebe bağlı sayılmasının daha yerinde olacağı ve eser sahibinin haklarını daha iyi koruma imkanı vereceği düşüncesidir.

c) Mali Hakkı Devir Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları

aa) Genel Olarak

Hakkı devralan, devir işleminde öngörülen koşullar kapsamında ondan tıpkı eser sahibi gibi yararlanır ve hakkı devreden de dahil olmak üzere, her üçüncü kişinin haktan yararlanmasını men edebilir[385]. Hakkın süreli olarak devrinde de devralan aynı yetkilere sahiptir. Fakat bu durumda sürenin dolmasıyla hak, yeni bir tasarruf işlemine gerek olmaksızın kendiliğinden devredene dönecektir[386].

Devralan mali hakları, ancak sözleşmede kararlaştırılan şekilde kullanabilir. Devralan bu hakları kullanırken, diğer malvarlığı haklarının devrinden farklı olarak, eser sahibinin manevi haklarını gözetmek; bu hakları ihlal etmemek yükümlülüğü altındadır[387]. Eser sahibi, mali hakkı devrettikten sonra, bir başkası mali hakkı ihlal ederse; gerek eser sahibi gerekse hakkı devralan hakkın korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını isteyebilirler. Hakkı devretmesine rağmen, eser sahibinin koruma talep edebilmesinin sebebi, maddi mallardan farklı olarak, gayrimaddî mallar üzerinde eser sahibinin mali haklarının yanında, manevi haklarının da bulunmasıdır[388]. Ayrıca, devralanın mali hakkını üçüncü kişilere devir yetkisi, taraflar sözleşmede açıkça kararlaştırmadıkça veya eser sahibi sonradan yazılı bir izin vermedikçe, bulunmamaktadır (FSEK md.49/I).

---

[384] Bu yönde bkz. **Erel,** s.303; **Gökyayla,** s.47-48.

[385] Hatta bu men yetkisi bazen mali hakkın konusundan daha geniş olabilir; örneğin, bazı fotografik eserlerin çoğaltma ve yayma haklarını devralan yayımcı, kendisi bu hakka sahip olmamakla birlikte, bu eserlerin seçme ve toplama eserler şeklinde tertip edilecek başka bir eser içinde yer almasına engel olabilir. Bkz. **Arslanlı,** s.173; **Erel,** s.302.

[386] **Ayiter,** s.197; **Erel,** s.303.

[387] **Arslanlı,** s.173; **Erel,** s.303; **Gökyayla,** s.46; **Aydıncık,** s.43; **Tüysüz,** s.93.

[388] **Gökyayla,** s.46.

Doktrinde çoğunlukla, mali hak devredildiği takdirde, hakkın eser sahibi veya mirasçılarının malvarlığından çıkarak, hakkı kazanan kişinin malvarlığına intikal edeceği ifade edilmektedir[389]. Buna karşın, diğer görüşü savunan yazarlar, eser sahibinin hakkının niteliği gereği, bu hakkın bölünerek bir parçasının eser sahibinin malvarlığından tamamen çıkıp, devralanın malvarlığına intikal etmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedirler. Örneğin, *Beşiroğlu*[390], düşünce ürünü sahibinin hakları üzerinde yapılabilecek tasarruf kavramının, sadece düşünce ürününe ilişkin parasal (mali) hak konularından biri/daha fazlasından yararlanmak isteyen kişilere, bu haklardan karşılıklı olarak yararlanılması amacıyla verilebilecek ve koşulları yalnızca hak sahibi tarafından belirlenebilecek/uygun bulunacak bir "izin" niteliği taşıdığını; yoksa, bu gibi tasarruflar sonucunda hakların başka kişilere devredilmesinin, eser sahibinin malvarlığından çıkarak kendisine mali bir hak konusunda yararlanma izni verilen kişilerin malvarlığına aktarıldığı anlamı kesinlikle taşımadığını ifade etmiştir. *Karakuzu Baytan* da[391], eser üzerindeki mali hak konuları üzerinde yapılacak tasarruflar ile sahibinin yaşamı boyunca ve ölümünden itibaren yetmiş yıl süreyle korunması zorunlu olan hak konusunun, hiçbir şekilde eser sahibinin malvarlığından çıkmadığını, hak konusunda yararlanma izni alan kişinin malvarlığına aktarılmadığını dile getirmiştir. Yazara göre, bu tasarruflar ile yalnızca mali hak konusundan, eser sahibinin gözetimi altında, başkalarının yararlanması uygun hale getirilmekte ve bu izin karşılığında düşünce ürünü üzerindeki hak sahibinin parasal olarak yararlanması amaçlanmaktadır. Nitekim mali hakkın tamamıyla devri görüşünü savunan yazarlardan biri olan *Ayiter* de[392], eserinin farklı

---

[389] **Arslanlı,** s.172; **Ayiter,** s.196; **Erel,** s.302. Doktrinde *Ayiter,* mali hakkın süresiz olarak devredildiği hallerde, hak sahibinin hakla olan ilişkisinin kesileceğini ifade etmiştir (**Ayiter,** s.196). *Aydıncık*'ın (**Aydıncık,** s.43, dpn.219) da isabetle belirttiği gibi, bu yönde bir yorum pek yerinde olmayacaktır; zira hakkın süresiz olarak devrinde dahi, eser sahibinin mali hakkı ile ilişkisi devam eder.

[390] **Beşiroğlu** (Düşünce Ürünleri), s.480-481. Yazara göre, bu durumun kısıtlı da olsa bir istisnası, işleme eser üzerinde işleyenin iktisap ettiği haklara ilişkindir (age, s.484).

[391] **Karakuzu Baytan,** D.: Fikri Mülkiyet Hukuku Kavramlar, İstanbul 2005, s.84-85.

[392] **Ayiter,** s.189. *Aydıncık, Ayiter*'in bu tanımlamasının esasen, monist anlayışın hakim olduğu Alman Kanunu'ndaki "bağlı devir" tanımlamasına eşdeğer olduğunu ileri

bir yerinde, kanunun eser sahipliğini akit gibi, şahsiyet gibi, bünyesinde mameleki ve şahsi birçok yetkiyi barındıran bir hukuksal durum olarak kabul ettiğini; bu hak ve yetkilerin üçüncü kişilere devredildiklerinde de, belli bir kişiye bağlı olan eser sahipliğinin sonuçları olmak itibarıyla taşıdıkları karakteri koruyacaklarını, bu nedenle de üçüncü kişiler tarafından, ancak kendilerini ortaya çıkaran sebebe uygun olarak kullanılabileceklerini ifade etmiştir.

Dikkat edilecek olursa, yasa koyucunun da, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eser sahibinin haklarının devrine normal bir devrin sonuçlarından farklı birtakım sonuçlar bağlamış olduğu görülecektir. Örneğin, devir işleminin süre, yer ve içerik bakımından sınırlı olarak yapılabilir olması; hakkı devralan kişinin bu hakkı üçüncü bir kişiye devretmek için eser sahibinin iznine muhtaç olması (yani bir anlamda hakkı devraldıktan sonra bile hak üzerinde serbestçe tasarruf imkanının olmaması); yine mali hakkı devralan kişinin bu hakkı kullanmaması, değerlendirmemesi halinde, eser sahibinin cayma hakkını kullanarak hakkı geri alma imkanının bulunması, mali hakkın devrinden sonra dahi eser sahibinin mali hakla ilişkisinin kesilmediğini gösteren ve mali hakkın devrini klasik bir devirden ayıran bazı önemli noktalardır[393].

bb) Mali Hakkı Devredenin Garanti Sorumluluğu

aaa) Hakkın Mevcut Olduğunu Garanti (FSEK md.53)

Bir mali hakkı başkasına devreden ya da lisans veren eser sahibi, iktisap edene karşı hakkın mevcudiyetini FSEK md.53, TBK md.191 vd (BK md.169 vd) hükümlerince garanti etmiştir. Bu durumda, alacağın temliki hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

---

sürmüştür. Buna göre, diğer sınai haklardan ayrı olarak, fikir ve sanat eserleri alanında bir eser üzerindeki hakkın bütünüyle devri mümkün değildir. Bu durum ise, eser sahipliğinin devredilememesinin bir sonucudur. Yazara göre, bu şekilde tanımlanan bir devir sözleşmesinin ise kanun gereği tasarrufi işlem niteliği taşıyan münhasır lisans sözleşmesinden herhangi bir farkı bulunmayacaktır: Bkz. **Aydıncık,** s.44.

[393] Bu konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Suluk,** C.: Yeni Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, İstanbul 2004, s.133 vd.

Mali hakkın ya da kullanma yetkisinin (lisans) devrine ilişkin bir sözleşme ile başkasına devredilen hakkın, gerçekte devredene ait olmadığının ortaya çıkması durumunda; yasa koyucu, eser sahibini alacağın temlikinde temlik edenin sorumluluğuna benzer şekilde sorumlu tutmuştur.

TBK md.191/I (BK md.169/I) hükmüne göre, alacağın temliki ivaz karşılığında olmuşsa, temlik eden kişi, alacağın temlik zamanında mevcut olduğunu garanti etmekle yükümlüdür. Bu çerçevede, eser sahibi, mali hakları bir ivaz karşılığında devretmişse, sonradan bu hakların mevcut olmadığı anlaşıldığında, devralana karşı sorumlu tutulacaktır. Örneğin; fotoğrafçı A, çekmiş olduğu, Kapadokya ve Yedigöller yöresine ilişkin estetik nitelik taşıyan fotoğraflara ilişkin çoğaltma ve yayma haklarını bir yayınevine devretmiş; daha sonra kullanıcı B ile de aynı fotoğraflar üzerinde bu haklara ilişkin devir sözleşmesi akdetmiş ise, B'ye karşı anılan hükümler gereğince sorumlu olacaktır.

Alacağın temliki ivazsız ise veya kanun gereği gerçekleşmişse; temlik eden, alacak hakkının varlığından sorumlu tutulmayacaktır. Aynı esas, eser sahibinin sorumluluğu için de uygulanacaktır. Buna göre, eser sahibi eser üzerindeki mali haklarını ivazsız olarak devretmişse, devir alana karşı sorumlu tutulmayacaktır.

bbb) Devir Yetkisi Olmayandan Devralanın İyiniyetinin Korunmaması (FSEK md.54)- Devredenin Devralana Karşı Sorumluluğu

Yasa koyucu, devir yetkisi olmayandan bir mali hakkı ya da kullanma ruhsatını devralan kişinin iyiniyetli olması halinde korunup korunmayacağı konusunda, iyiniyetin korunmaması yönünde bir çözüm getirmiştir[394].

---

[394] "...Davacı ile davalı Kaan arasında yukarıdaki bentte açıklandığı üzere mali hakların devri yönünde geçerli bir sözleşme bulunmadığından, diğer davalıların, davacının eseri üzerinde işleme, film haline getirme ve bunu televizyonda gösterme şeklinde ayrı ayrı oluşan faaliyetlerinde FSEK.nun 54/f.1 maddesi hükmüne göre, hüsnüniyet sahibi olsalar bile himaye görmeleri mümkün bulunmamaktadır. Bu itibarla ve da-

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 54.maddesine göre, mali bir hakkın kendisini veya kullanma ruhsatını devralan, bu hakkı devre yetkili olmayan birinden iktisap etmişse, iyiniyetli olsa bile, korunamaz. Örneğin, bir fotoğraf sanatçısı çekmiş olduğu bazı özel fotoğrafları öldükten sonra yayınlanmak üzere bir DVDde, bir gazeteciye verse; daha sonra, aynı fotoğrafları bir başkasına yayınlanmak üzere verse ve bunlar yayınlansa, hakkı devralan ikinci kişinin iyiniyeti korunmaz. Aslında, bu durumda fotoğrafları yayınlayanın, hakkı devralmış bile sayılmayacağı söylenebilir[395].

Eğer devralan, hakkı devredenin yetkisiz olduğunu bilmiyor veya bilmesi de gerekmiyorsa; yetkisiz olarak hakkı devreden, devralanın, sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür. Buradaki zarar niteliği itibarıyla menfi zarardır. Kusur halinde, mahkeme, bu hükmün kapsamını hakkaniyet gerektiriyorsa, müspet zarar tazminatını da kapsayacak şekilde genişletebilir (FSEK md.54/II); bu konuda takdir yetkisi hakime bırakılmıştır. Haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan tazminat talepleri saklıdır (FSEK md.54/III)[396].

---

vacı bu davasında davalıların mali haklarına tecavüzde bulundukları iddiasıyla FSEK.nun 68/f.1. maddesi hükmüne dayanarak tazminat talep ettiğine ve bu madde hükmünde mali haklara tecavüzde bulunanların tazminatla sorumlu tutulabilmeleri için kusur şart edilmemiş olduğundan, davalı Kaan dışındaki diğer davalıların da sorumlu tutulmaları gerekirken, mahkemece yazılı olduğu şekilde haklarındaki davanın reddi doğru görülmemiştir": 11.HD, E.2002/8451, K.2003/791, 27.01.2003 (**Yasaman,** H.: Fikir ve Sanat Eserlerinde İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı, Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y:2005-2006, S:1, s.29).

[395] *Gökyayla,* FSEK md.54'ün son derece önemli olduğuna işaret etmiş; sözü edilen hükümde, telif hakkı ve telif hakkı üzerindeki tasarrufların herhangi bir sicile tescil edilmesinin öngörülmemesi nedeniyle, telif hakkını devralan ilk müktesibin hakkının korunması bakımından, sonraki müktesiplerin iyiniyetlerinin korunmayacağının açıkça belirtilmesinin isabetli olduğunu belirtmiştir: **Gökyayla,** s.48.

[396] *Gökyayla,* bu düzenlemenin yetkisiz temsile ilişkin TBK md.47 (BK md.39) hükmünün özel bir uygulaması niteliğinde kabul edilebileceğini ifade etmiştir: **Gökyayla,** s.49.

cc) Mali Hakkı Devralanın Üçüncü Kişilere Karşı Dava Açabilme Yetkisi

Mali hakkı devralan kişinin, bu hakka yönelik tecavüzlere karşı dava açıp açamayacağı; kendi adına tecavüzün men'i ve ref'i davaları yoluyla korunup korunamayacağı, yine tazminat talep edip edemeyeceği sorusu akla gelebilir.

Eser üzerindeki mali haklar devredilmediği müddetçe, haklara yönelik tecavüzlere karşı, eser sahibi veya onun ölümü halinde bu hakların miras yoluyla intikal ettiği kanuni ve atanmış mirasçılar dava açabilir (FSEK md.66/I, 63). Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun eser sahibine tanıdığı mali hakların devredilmiş olması halinde ise; mali hakkı devralan kimse, devir bir tasarruf işlemi olduğundan, o mali hak bakımından devredenin hukuki halefi olacaktır. Bundan ötürü, devreden eser sahibinin, mali hakka yönelik yararlanacağı kanuni yetkilerden devralan da yararlanabilecektir. Böylece, mali hakkın devrinden sonra, mali hakkı devralan kişi bu hakka yönelik tecavüzlere karşı dava hakkına da sahip olacaktır[397]. Mali hakkı devralan kişi, eser sahibi veya haleflerinin bu hakkı ihlal eden tasarrufları sebebiyle, onlara karşı dahi dava açma imkanına sahiptir[398].

Buna karşılık, mali hakları devralmış olan kişiler, kural olarak, manevi haklara tecavüz sebebiyle dava açma hakkına sahip değildir. Manevi haklara karşı tecavüzlerde dava, eser sahibi, onun manevi hakları kullanma yetkisi verdiği kimse ve eser sahibinin ölümü halinde FSEK md.19'da sayılan kişiler tarafından açılabilir[399]. Ancak FSEK md.19/III'de, eser sahibi ve onun ölümünden sonra eser sahibine ait ma-

---

[397] **Arslanlı,** s.209; **Ayiter,** s.244; **Erel,** s.334; **Tüysüz,** s.94; aynı yönde **Tekinalp,** § 20 Nr.73, s.307.

[398] **Ayiter,** s.244; **Erel,** s.334; **Tüysüz,** s.94.

[399] **Arslanlı,** s.208; **Ayiter,** s.244; **Erel,** s.332; **Tüysüz,** s.94-95. *Gökyayla,* devredilen mali hakla ilgili olan bir manevi hak ihlal ediliyor olsa bile, menfaatler dengesi gereği devralanın hakkın korunması amacıyla dava açabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini; çoğu zaman manevi hakkın ihlali mali hakkın kullanılmasını da olumsuz etkilediğinden, manevi hakkın devredilmediğini ve bu yüzden manevi hakkın ihlali halinde mali hakkı devralanın dava açamayacağını söylemenin yerinde olmayacağını belirtmiştir (**Gökyayla,** s.263).

nevi hakları kullanmaya yetkili olan kişiler hakka tecavüz halinde dava açmazlarsa, meşru bir menfaati olduğunu ispatlamak koşuluyla mali hak sahibine de dava hakkı tanınmıştır.

3. Mali Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesi

a) Sözleşmenin Konusu ve Kapsamı

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, eser sahibi ve mirasçılarının eser üzerindeki mali haklarını tamamen veya bu mali hakları parçalara bölerek kısmen devrinin yanında, sadece kullanma yetkisini de devredebileceklerini öngörmüştür. FSEK md.48/II'ye göre, " Malî hakları sadece kullanma salahiyeti de diğer bir kimseye bırakılabilir (Ruhsat)" [400]. Uygulamada fotoğrafları konu alan bu tür sözleşmelerin genellikle "Fotoğraf Eseri Kullanım Sözleşmesi" adı altında akdedildiği görülmektedir[401]. Fotoğraf üzerindeki hakların kullanımına ilişkin bu lisans sözleşmeleri çerçevesinde, belirli bir amaç için bir fotoğrafı arayan alıcıya (lisans alan) fotoğraf üzerindeki hakları kullanım yetkisi tanınabilirken; fotoğrafçıya da, alıcıyla doğrudan sözleşme ilişkisi içine girme ya da ekonomik menfaatlerini bir fotoğraf ajansı vasıtasıyla gözetme imkanı tanınmaktadır[402].

---

[400] FSEK md.48/II'de "ruhsat" olarak adlandırılan bu hukuksal işlemin uluslararası hukuk dilinde lisans olarak bilinen anlamda kullanıldığı doktrinde genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Kılıçoğlu,** s.281; **Tekinalp,** § 15 Nr. 28, s.219; **Erel,** s.303-304; **Gökyayla,** s.49; **Rehbinder,** s.126.

[401] Fotoğraf Eseri Kullanım Sözleşmesi örneği için bkz. **Bilge/Bilge,** s.47 vd.

[402] Uygulamada genellikle eser sahibi-fotoğrafçının fotoğraf ajansı ile münhasır lisans sözleşmesi akdettiği; bu kullanım hakkıyla fotoğraf ajansının da alıcılara/kullanıcılara basit lisanslar tanıyarak kullanım sağladığı belirtilmiştir: **Hoeren/Nielen,** Rdn.174, s.117. Alman hukukunda, münhasır lisans sahibinin üçüncü kişilere karşı basit lisans tanıma yetkisine sahip olması, münhasır lisansın tanımında yer alan bir unsurdur (UrhG § 31/(3)). Ancak burada da münhasır lisans hakkı sahibi yeni bir lisansı kural olarak ancak eser sahibinin izniyle üçüncü kişiye verebilirse (UrhG § 35/(1)) de; lisans hakkının sadece eser sahibinin menfaatine yönelik olarak tanınması halinde bu iznin aranmayacağı (UrhG § 35/(1)) açıkça belirtilmiştir. Kanımızca, aynı esas Türk hukuku açısından da kabul edilmelidir. Dolayısıyla, Türk hukukunda da münhasır lisans alan, kural olarak eser sahibinin izniyle üçüncü kişilere basit lisans verebilmelidir.

Mali hakkın devri sözleşmesini ele alırken, FSEK md.48 uyarınca eser sahibi veya mirasçıların mali hakları veya bunların kullanma yetkilerini karşılıklı veya karşılıksız devredebileceğine değinmiştik. Bununla birlikte, uygulamada akdedilen sözleşmelerde çoğunlukla lisans bedeli arandığını ve bedelin genellikle para olarak ödenmesinin kararlaştırıldığını söylemek mümkündür. Sözleşme özgürlüğü ilkesi sonucu taraflar lisans bedelini istedikleri gibi belirleyebilirler. Bununla birlikte, münhasır lisanslarda basit lisanslara nazaran lisans bedelinin daha yüksek belirlenmesi olağandır; zira ilkinde lisans alan daha güçlü bir rekabet pozisyonuna sahiptir. Bunun yanısıra lisans hakkına getirilen sınırlamaların da lisans bedelinin tespitinde rol oynayacağı söylenebilir. Eğer ki, sözleşmede açıkça bedel ödeneceği kararlaştırılmamışsa[403] ve taraflar arasında da bu konuda uyuşmazlık varsa, bedelin kararlaştırıldığını ispat yükü MK md.6 uyarınca lisans verene düşer.

Yasa koyucu lisans sözleşmelerini kendi içinde ikiye ayırmıştır: Eğer lisans mali hakkın kullanılmasını bütün olarak karşı tarafa geçiriyor; lisans alan bu hakkı kendisine devredenin aynı yetkiyi başkalarına da kullanmasına engel olabiliyor ise, tam/münhasır lisans (ruhsat)tan söz edilir[404] [405]. Aynı mali hakka ilişkin başka yetkilerin de bir başkasına verilmesini engellemeyen bir lisans veriliyor ise, bu basit/münhasır ol-

---

[403] Lisans bedelinin sözleşmede yazılı olarak kararlaştırılması gerekip gerekmediğine ilişkin doktrindeki farklı görüşler için bkz. **Aydıncık,** s.166-167.

[404] Doktrinde *Aydıncık* münhasır lisansla, mali hakların tümünün kullanım yetkisi devredilebileceği gibi, bir mali hakka ilişkin kullanma ve yararlanma yetkileri bölünerek, bunların sadece bir kısmının da devredilebileceğini ileri sürmüştür. Yazara göre, burada belirleyici olan husus, lisans sözleşmesiyle birlikte lisans alanın lisans hakkını sözleşmede belirlenen coğrafi, zamansal ve içerik sınırlamaları çerçevesinde tek başına kullanmaya yetkili kılınmasıdır; yoksa aynı mali hak üzerinde tek bir münhasır lisans sözleşmesi bulunması gerekli değildir: Ayrıntılı olarak bkz. **Aydıncık,** s.60.

[405] Alman hukukunda, münhasır lisansta, fotoğrafçının eser sahibi olduğu fotoğrafları üzerindeki hakları kendisi de kullanmaya devam etmek istiyorsa, hakkın kullanım yetkisinin eser sahibinde de saklı kaldığına ilişkin tarafların anlaşması gerektiği ifade edilmiştir: Bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.160, s.111. UrhG § 31/(3)'de eser sahibinin bu şekilde lisans verme hakkı açıkça saklı tutulmuştur.

mayan lisans (ruhsat)tır[406] (FSEK md.56/I). Basit lisans tanımak, fotoğraflarının çok yönlü kullanımını mümkün kılarak etkin kazanç sağlaması yönünden fotoğrafçılar için elverişli bir kullandırma seçeneğidir[407]. 5846 sayılı Kanun, basit lisanslar için hasılat kirası, tam lisanslar için intifa hakkına ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul etmiştir. Buna göre, basit lisanslar hukuksal niteliği itibarıyla hasılat kirası, tam lisanslar ise hukuksal niteliği itibarıyla intifa hakkı hükümlerine tabi olacaktır. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki; bu uygulama, ancak kıyas yoluyla ve niteliği uygun düştüğü ölçüde söz konusu olmalıdır[408].

Verilen lisansın, basit lisans mı tam lisans mı olduğuna ilişkin tereddüt mevcut ise[409], basit lisans olduğu bir karine olarak kabul edilmiştir (FSEK md.56/II). Lisansı devralan kişi -bu lisans ister tam ister basit

---

[406] FSEK md.56/I'e göre "Ruhsat; mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine mani değilse basit ruhsat...tır". Doktrinde *Gökyayla* anılan hükümde bir ifade zaafı olduğunu dile getirmiştir. Zira basit ruhsatla, aynı mali hakka ilişkin aynı yetkinin verilmesi değil, o hakka ilişkin başka bir yetkinin devredilmesi söz konusudur. Aksine bir yorum, verilmiş olan bir yetkinin aynısının bir başkasına da verilmesi anlamına gelir ki, bu mümkün değildir (**Gökyayla,** s.50,dpn.109). Aynı yönde **Erel,** s.305; aksi yönde bkz. **Aydıncık,** s.61 ve **Tüysüz,** s.96.

[407] Bir fotoğrafın baskı şeklinde bir reklam ilanında kullanılmasına ilişkin basit lisans tanımış olması, fotoğrafçının bir kitap yayınında kullanılmak üzere aynı fotoğraf üzerindeki hakların kullanımını tekrar lisans vermesini engellemez: **Wanckel,** Rdn.326, s.211.

[408] **Arslanlı,** s.176; **Erel,** s.305-306; **Gökyayla,** s.51-52. Lisansın görünüm biçimlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Aydıncık,** s.59 vd.

[409] *May* teoride bu ayrımı yapmak kolay gibi görünse de, uygulamada eser sahibi-fotoğrafçının basit mi münhasır lisans mı verdiğinin bazen kolaylıkla anlaşılamadığına ve ihtilafları beraberinde getirdiğine değinmiştir. Yazarın uygulamadan verdiği bir örnekte; bir ajans fotoğrafçı X'den bir reklam kampanyası için Q sabunlarını fotoğraflamasını istemiştir. Fotoğrafçı özel çekim teknikleri kullanarak ve harcama yaparak, ajansın da beğendiği, hususiyetini haiz bir fotoğraf çekmiştir. Ancak daha sonra X, çektiği fotoğrafın firmanın ürettiği sabunların her birinin üzerinde de kullanıldığını farketmiştir. X'in itirazı üzerine Ajans fotoğrafçıya bu fotoğraf için ödeme yaptığını, nasıl isterse öyle kullanabileceğini, bu fotoğrafı anlaşmalı olduğu sabun firmasına da ürün fotoğrafı olarak kullandırabileceğini ileri sürmüştür. Fotoğrafçı X, bu durumdan hiç hoşnut olmamıştır; zira fotoğrafın reklam kampanyasında kullanılmasıyla sınırlı olarak ajansa basit lisans vermiş, hiçbir şekilde ajansın sabun firmasına fotoğraf üzerinde hak tanımasını sağlayacak şekilde, ajansa münhasır lisans hakkı tanımamıştır: **May,** s.17-18.

olsun- eser sahibi veya mirasçılarının yazılı izni bulunmak şartıyla, kullanma hakkını başkasına devredebilir (FSEK md.49/I). Yetkisiz kişiden iktisap konusunda ise, hakkın bizzat devrine ilişkin sözleşmelerdekinden farklı bir durum söz konusu değildir.

Lisans sözleşmesi ile, mali hakkın devrinden farklı olarak, mali hakkın kendisi eser sahibi veya mirasçılarının malvarlığında kalmakla birlikte, maddi bir malın hasılat kirasına verilmesinde veya intifa hakkına konu olmasında olduğu gibi, mali hakkı kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkisi karşı tarafa geçmektedir[410]. Doktrinde genel kabul gören görüş[411], eserin geçici veya kısa süreli kullanımı için mali hakkın devri gibi bir tasarruf işlemi yerine, mali hakka ilişkin kullanma yetkisinin tanınmasının daha uygun bir çözüm olduğu yönündedir. Özellikle basit lisansın, devir sözleşmesine nazaran, farklı ihtiyaçlara cevap verebildiği açıktır. Basit lisans ile, eser sahibi eseri üzerindeki hakkını eseri iktisaden değerlendirebilecek sayısız kişiye, aynı anda, aynı şekil ve yöntemde değerlendirmek üzere lisans verebilecektir[412] ki; bu imkan, mali hakların devri sözleşmeleriyle sağlanamaz. Bu şekilde, lisans sözleşmesinin, bu sözleşmeye konu eserin birçok kullanıcı tarafından aynı zamanda ve tarzda değerlendirilmesini mümkün kılan özelliği ortaya çıkmaktadır. Yine, basit veya münhasır şekilde akdedilen lisans sözleşmesinin yer, zaman ve konu bakımından sınırlandırılabilmesi, eser sahibine çok yönlü bir kullanım hakkı tanımaktadır. Bu çok yönlü kullanımıyla lisans sözleşmesi, tarafların her türlü istek ve ihtiyacına cevap verir bir nitelik kazanmaktadır[413].

---

[410] Her ne kadar URG'de açıkça belirtilmemiş ise de, İsviçre Hukuku açısından da fikri hakların lisans sözleşmesine konu olmalarının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Zira URG md.16'da fikri hakların devredilebileceği öngörülmektedir. *Hilty* bu anlamda devredilebilen hakların lisansa da konu olabileceğini, zira lisansın hukuksal niteliği itibarıyla devre kıyasla daha sınırlı bir hukuksal işlem olduğunu belirtmiştir: **Hilty,** R.M.: Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, s.21 (**Aydıncık,** s.47'den naklen).

[411] **Ayiter,** s.202; **Erel,** s.304; **Muttenzer,** R.: Der urheberrechtliche Lizenzvertrag, Basel 1970, s. 50.

[412] **Muttenzer,** s.28; aksi yönde **Arslanlı,** s.175 ve **Erel,** s.304.

[413] **Aydıncık,** s.47-48. Bununla birlikte yazar, basit lisansları ayrı tutmak suretiyle, doktrindeki bu genel eğilime katılmadığını belirtmiştir. Çünkü yazara göre, FSEK kapsamındaki mali hakkın devri sözleşmesi ile münhasır lisans sözleşmesi arasında

b) Lisans Sözleşmesinin Hukuksal Niteliği

Lisans sözleşmesinin hukuksal niteliğini, Borçlar hukukundaki yerini tespit etmeye ve devredilen kullanma hakkının niteliğine yönelik olarak iki açıdan incelemek mümkündür:

Lisans sözleşmesinin Borçlar hukukundaki yerini belirlerken; ilk olarak bu sözleşmenin borçlar hukuku alanında düzenlenmiş sözleşme tiplerinden herhangi birine girip girmediği sorusu akla gelebilir. Fikir ve sanat eserleri kapsamındaki lisans sözleşmeleri bakımından[414] bu belirlemeyi yapmak çok kolay değildir; nitekim doktrinde bu konuda görüş birliği de yoktur. Her ne kadar fikir ve sanat eserlerine ilişkin lisans sözleşmeleri Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olsa da, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bunların şekline ve kısmen de içeriğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca FSEK md.56/III'de bu sözleşmeler açısından açık bir hüküm sevkedilmiş ve yukarıda değindiğimiz üzere, münhasır lisanslara intifa hakkına ilişkin hükümlerin, basit lisanslara da hasılat kirasına ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Buradan hareketle, bazı yazarlar[415], mali hakların kullanılmasına ilişkin lisans sözleşmelerinin kanunda düzenlenmiş olduğunu; bu nedenle bu sözleşmelerin kendine özgü yapısı olan isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmesinin Türk hukuku bakımından yerinde olmadığını ifade etmektedirler ki, biz de bu görüşe katılıyoruz. Diğer bir görüşe göre[416] ise, söz konusu lisans sözleşmelerinin FSEK'te kısmen düzenlenmiş olması, bunların

---

pratik bakımdan farklılık bulunmamaktadır. Zira münhasır lisansın söz konusu olduğu durumlarda, eser sahibinin münhasır lisans sahibi yanında, kural olarak eserden yararlanma hakkının olmaması, yine mali hakların niteliği gereği tamamıyla bir devrin mümkün olmaması, ayrıca her iki işlemin de tasarrufi işlem niteliği taşıması; münhasır lisansın, eser üzerindeki mali hakların bir devir sözleşmesine konu olmasıyla aynı sonuçları doğurması anlamına gelmektedir (**Aydıncık,** s.47).

414 Günümüzde genel olarak lisans sözleşmelerinin ve özellikle sınai haklara ilişkin lisans sözleşmelerinin, kanunda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden hiçbirisine girmediği; isimsiz ve "sui generis" bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Aydıncık,** s.71, dpn.344'de anılan yazarlar.

415 **Tandoğan,** H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/1, İstanbul 1990, s.63; **Gökyayla,** s.243; **Tüysüz,** s.81.

416 **Ayiter,** s.201; **Aydıncık,** s.72; **Erel,** s.306; **Arbek,** Ö.: Fikir ve Sanat Eserlerine ilişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara 2005, s.80-81.

isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmelerine engel teşkil etmez. Yine bu kapsamda, bu sözleşmelerin, tam olarak kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birine girmediği gibi, bu sözleşmelerin unsurlarının birleşmesinden meydana gelmiş de olmadığından, isimsiz sözleşme gruplarından kendine özgü (*sui generis*) sözleşmeler olduğu dile getirilmiştir[417].

Lisans sözleşmesi, mali hakkın devri sözleşmesi gibi, tam iki tarafa borç yükleyen[418], rızai nitelik taşıyan sözleşmelerdendir. Bunun yanısıra, lisans sözleşmesi sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşmedir. Zira lisans verenin lisans hakkından yararlanmayı lisans alana sağlama borcu ve sözleşmeden doğan diğer borçları, kullanım yetkisinin devriyle birlikte son bulmaz. Yine, olağan malvarlığı devirlerinden farklı olarak, eser sahibinin kullanım yetkisini devrettiği hak ile ilişkisi de yetkinin devrinden sonra bile tamamen kesilmez[419].

Devredilen kullanma hakkının niteliğinden yola çıkıldığında; lisans sözleşmesinin hukuksal niteliği çok tartışmalı bir konudur. Tartışma lisans sözleşmesinin bir tasarrufi işlem mi, yoksa bir borçlandırıcı işlem mi olduğu noktasında ortaya çıkmaktadır. Lisans sözleşmesi tasarruf işlemi olarak kabul edildiğinde, sözleşme sonucunda lisans alanın iktisap ettiği hakkın bir mutlak hak olduğu sonucuna[420] ulaşılır ki; bu konu, sadece

---

[417] **Arbek,** s.80-81; **Aydıncık,** s.73.

[418] Sınai haklara ilişkin lisans sözleşmelerinin ivazsız olduğu hallerde, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin söz konusu olduğu yönünde bkz. **Oktay Özdemir,** S.: Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, s.63. Fikri haklara ilişkin lisans sözleşmelerini değerlendiren diğer bir görüşe göre ise; lisans sözleşmesi ivazsız yapılmış olsa bile, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden söz edilemez. Çünkü fikri haklara ilişkin lisans sözleşmesinde, lisans alanın tek asli edimi lisans bedeli ödemekten ibaret değildir; ayrıca lisans alan hakkı kullanmakla da yükümlüdür. Dolayısıyla, sözleşme ivazsız akdedilmiş de olsa, lisans alanın hakkı gereği gibi kullanma borcu asli edim niteliği teşkil edeceğinden, hiçbir zaman sözleşmenin tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği gündeme gelmez. Bkz. **Aydıncık,** s.75, dpn.371.

[419] *Aydıncık*'ın belirttiği gibi, münhasır lisans söz konusu olsa bile, lisans alan bu yetkiyi, mülkiyet hakkında olduğu üzere, mutlak olarak iktisap etmiş olmaz; o, yetkisini ancak lisans sözleşmesinde belirtilen sınırlar çerçevesinde kullanabilir (**Aydıncık,** s.73, dpn.359).

[420] Münhasır lisans sözleşmesinde kullanımı devredilen, basit lisans sözleşmesinde ise sınırlanan hak, eser sahibinin eseri üzerindeki mutlak nitelikteki hakkıdır. Bundan

teorik açıdan önemli olmayıp, lisans alanın, lisans verenle ve üçüncü kişilerle ilişkilerinin belirlenmesi açısından pratik öneme de sahiptir. Örneğin; lisans alan kullanıcıya nispi hak tanınması halinde, kullanıcı, lisans veren fotoğrafçıya karşı yalnızca sözleşmeden doğan talepleri ileri sürebilecektir. Sözleşmenin tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesi halinde ise, lisans alan kullanıcı, lisans veren fotoğrafçı dışındaki üçüncü kişilere de bu hakkını gerektiğinde ileri sürebilecektir.

Bu konu, özellikle fikir ve sanat eserleri açısından sınai haklara nazaran daha büyük önem taşır. Çünkü sınai haklar üzerinde lisans hakkının tescili imkanı ve lisans alanın üçüncü kişilere dava açma hakkı bunlara ilişkin yasal düzenlemelerde açıkça öngörülmüştür[421]. Oysa, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların bir sicile tescili söz konusu olmadığından, mali haklarla ilgili olarak lisans alan kimsenin bu şekilde hakkını tescil ettirip, üçüncü kişilere ileri sürme imkanı bulunmamaktadır[422]. Bu bakımdan, lisans alanın bu hakkını üçüncü kişilere ileri sürebilmesi, ancak hakkının mutlak hak olarak kabul edilmesiyle mümkün olur.

---

dolayı, lisans sözleşmesi olarak ortaya çıkan tasarrufi işlem sonucunda lisans alan da mutlak bir hakka sahip olmaktadır: **Aydıncık,** s.77, dpn.374.

[421] Örneğin; patent lisansı açısından 551 sayılı KHK md.148, marka lisansı açısından 556 sayılı KHK md.21/VI, endüstriyel tasarımların lisansı açısından 554 sayılı KHK md.41/VIII.

[422] 5101 sayılı Kanun, film ve müzik eserlerinde zorunlu olan kayıt ve tescil işlemi imkanını, diğer eserlerde de isteğe bağlı olarak eser sahibine tanımıştır (bkz.FSEK md.13/son). Eser sahibi talepte bulunursa FSEK kapsamında korunan tüm eserlerin kayıt ve tescilini yaptırabilir. Kayıt ve tescili isteme yetkisi kural olarak eser sahiplerine tanınmış olmasına rağmen, mali hak sahiplerinin başvurusuyla mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin de kayıt altına alınabileceği belirtilmiştir. Beyana tabi bu işlemler bakımından Bakanlık sorumlu tutulamaz. Gerçekten de, fikir ve sanat eserlerinin korunmaları, hakların devri, lisans verilmesi vb.işlemlerin yapılmaları konusunda yetkili veya bunlar için herhangi bir şekilde hizmet veren bir kamu kuruluşu mevcut değildir. Çünkü, esasen fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakkın elde edilmesi için herhangi bir sicile kayıt edilmesi gerekmemektedir. Bkz. **Aydıncık,** s.78, dpn.377 ve s.104 vd; yine bkz. **Kılıçoğlu** (Yenilikler), s.69.

Türk hukukunda konuya ilişkin, bizim de paylaştığımız hakim görüş[423], lisans sözleşmelerinin tasarrufi işlem olduğu yönündedir. Bu görüşteki yazarlar, münhasır lisans hakkının aynî etki doğurduğunu ileri sürmekte; buna bağlı olarak da lisans sözleşmesini alacağın temlikinde olduğu gibi bir tasarruf işlemi olarak kabul etmektedirler[424]. *Arslanlı* ve *Erel,* gerek basit gerekse münhasır lisans sözleşmelerinin birer tasarruf işlemi olduğunu ileri sürmüştür[425]. *Erel*, hem basit hem münhasır lisans hakkının mali hakkı daha sonra eser sahibinden iktisap eden üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek güçlendirilmiş bir yetki sağladığını; basit lisansın münhasır lisanstan farkının, sağladığı kullanma yetkisinin daha dar kapsamlı olmasından ibaret olduğunu belirtmiştir. Esasen bu görüşün temelindeki gerekçe ekonomik boyutludur. Buna göre, lisansın sadece onu veren mali hak sahibine karşı öne sürülebilecek bir nispi hak sağlaması, lisans alanı bir şahsi tazminat talebi haricinde tamamen korumasız kılacaktır. Oysa ki, lisans alan kullanıcı, eseri işleterek topluma kazandırmak amacıyla, mali hakkın kullanılması için emek ve sermaye yatırımı

---

[423] **Tekinalp,** § 15 Nr.29, s.219; **Erel,** s.306; **Arslanlı,** s.175; **Aydıncık,** s.84: **Gökyayla,** s.53. Alman ve İsviçre hukukunda bu konudaki baskın görüşler ise, iki hukuk sisteminin dayandığı farklı teorilerin kanunlara yansıması sonucu, birbirinden tamamen farklıdır. Düalist sistemi benimsemiş URG (İsviçre), eser sahibinin hakkının devredilebileceğini öngörmüş, buna karşılık lisans sözleşmesinden bahsetmemişken; İsviçre doktrininde mali haklara ilişkin olarak lisans sözleşmesi de yapılabileceği belirtilmektedir. Bu lisans sözleşmesinin hukuksal niteliği İsviçre doktrininde de tartışmalı olmakla birlikte; hakim görüş, ister basit ister münhasır lisansa ilişkin olsun, lisans sözleşmesinin her zaman bir borçlandırıcı işlem olarak ortaya çıkacağı yönündedir (bkz.**Aydıncık,** s.78, dpn.379'da anılan yazarlar); aksi görüşte **Rehbinder,** s.126. Monist sistemi benimsemiş olan Alman hukukunda ise, hem basit hem münhasır lisansın aynî etkili olduğu kabul edilmektedir (**Schack** (Urheberrecht), Rdn.540, s.279). Alman doktrininde bu yöndeki kabulün pratikte bir anlamı vardır. UrhG'ye göre (UrhG § 29), eser üzerindeki hak devredilemez olduğundan ve eser sahibinin hakları üzerinde sadece lisans işlemlerine izin verildiğinden, Alman hukukundaki devir imkanının yokluğundan kaynaklanan eksikliğin bu şekilde giderilmeye çalışıldığı ileri sürülmüştür (Bkz. **Aydıncık,** s.79).

[424] *Tekinalp*, tasarruf işlemi görüşünü FSEK sistemi açısından uygun ve adil bulmakla birlikte, FSEK md.68'de düzenlenen tecavüzün ref'i davasının ruhsat sahibi tarafından açılamayacağını düşündüğünü ifade etmiştir (**Tekinalp,** § 15 Nr.29, s.219). Yargıtay'ın daha sonra ele alacağımız, aksi yönde bir kararı için bkz. 11.HD, 11.3.1999, E.1998/9958, K.1999/3423 (**Aydıncık,** s.82).

[425] **Arslanlı,** s.175; **Erel,** s.306.

yapmak durumundadır. Halbuki, tasarrufi işlem görüşü kabul edilecek olursa; lisans alana mutlak hak sağlanmış olacak ve lisans alan bu hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecektir. Bu şekilde de lisans alan daha güvenli bir konuma getirilmiş olur[426].

Diğer görüşü savunan yazarlar[427] ise, lisans sözleşmesinin borçlandırıcı bir işlem, lisans hakkının nispi nitelikte olduğunu ileri sürmektedirler. Burada öncelikle lisans hakkının lisans alana aynî bir hak sağladığının kabul edilemeyeceği; zira aynî haktan söz edebilmek için ya bir eşyanın söz konusu olması ya da kanunun bir malvarlığı değerinin aynî hak konusu olabileceğini açıkça düzenlemiş olması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, Türk hukukunda tartışılabilecek olan, lisans hakkının aynî hak olup olmadığı değil; mutlak veya nispi bir hak olup olmadığıdır. Bu noktada da, bir görüşe göre, lisans sözleşmesinin verdiği hak ile lisansa konu olan hak birbirinden bağımsız nitelikte ve lisans sözleşmesi ile devredilen sözleşmeye konu olan gayrimaddi hakkın kullanılması olup kendisi olmadığından, bu hak da her zaman bir şahsi hak olarak ortaya çıkmaktadır[428].

Hukukumuzda özellikle uygulamada görülen ve Yargıtay kararlarında da yansımasını bulan diğer bir görüş ise, basit ve münhasır lisanslar arasında bir ayrıma giderek, basit lisansla tanınan hakkın nispi nitelikte olduğunu, münhasır lisansın tanıdığı hakkın ise mutlak nitelik taşıdığını ifade etmektedir[429]. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzu hazırlayan *Hirsch*[430] de, basit lisansta, lisans alan kimsenin kullanma hususunda yalnız şahsi (nispi) bir talep hakkına sahip olduğunu; münhasır lisansta

---

[426] **Erel,** s.306-307; yine bkz. **Aydıncık,** s.80; **Gökyayla,** s.52.

[427] **Ayiter,** s.201; **Hirsch** (Fikri Say), s.223; **Oktay Özdemir,** s.65-66; **Tüysüz,** s.80; **Arkan,** A.: Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005, s.234. Lisans hakkının hukuksal niteliği ile lisans sözleşmesinin hukuksal niteliğinin öğretide birbiriyle karıştırıldığı yönünde ve konuya ilişkin bkz. **Arbek,** s.77-78.

[428] **Oktay Özdemir,** s.23-24; konuya ilişkin görüşler için ayrıntılı olarak bkz. **Aydıncık,** s.80-81.

[429] Örneğin, bu anlayışın yansıması olarak, *Beşiroğlu*, basit lisans alanın dava hakkını kabul etmezken; münhasır lisans alanın yararlandığı hak konusuna başkaları tarafından yapılan tecavüzler karşısında gereken önlemleri alma ve gerektiğinde dava açma hakkını kabul etmektedir (**Beşiroğlu** (Düşünce Ürünleri), s.584 ve s.591).

[430] **Hirsch** (Fikri Say), s.228.

ise, aynî hakkı andıran bir talep hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir. Yazar, bu görüşüne dayanak olarak ise, özellikle fikri haklara ilişkin lisans sözleşmeleri açısından "tam ruhsatlara intifa hakkına, basit ruhsatlara ise hasılat kirasına ilişkin hükümlerin uygulanacağı" yönündeki FSEK md.56/III hükmünü esas almıştır. Ancak Hirsch'in bu yöndeki görüşünün doktrinde pek fazla taraftar toplamadığını ifade etmek gerekir[431]. Bu konu, özellikle lisans alanın aktif dava ehliyetine etkisi nedeniyle önem taşımaktadır; Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları ve bakış açısı yönünden aşağıdaki başlık altında daha ayrıntılı ele alacağız.

c) Lisans Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuçları

Lisans sözleşmeleri çok kapsamlı, fikri hukuk doktrininde farklı görüşlere en çok ev sahipliği yapan konulardan biridir. Bu sözleşmeleri kapsamlı ele almak[432], çalışmamızın amacını aşacağından; tekrara düşmemek adına, mali hakkın devri sözleşmesiyle ortak uygulama alanı bulan -yukarıda yer verdiğimiz- yasal düzenlemeleri burada kısaca ele alarak, bunun yanında, bu sözleşmeye ilişkin temel esaslara ve uygulamada eser sahibi fotoğrafçının en çok karşısına çıkan uyuşmazlıklara değinmeye çalışacağız.

aa) Genel Olarak

Lisans alan, eğer lisans sözleşmesinde bu konuda herhangi bir hüküm yoksa ve lisans herhangi bir sınırlama içermiyorsa, lisans hakkını istediği zaman, istediği yerde ve istediği şekilde kullanabilir. Ancak uygulamada lisans alan çoğunlukla birtakım sınırlandırmalara tabi tutulur. Bu sınırlandırmalar kanunun da belirttiği şekilde yer, zaman ve içerik itibarıyla karşımıza çıkmaktadır (FSEK md.48/I). Lisans alan sözleşmede kararlaştırılan bu tür sınırlamalara aykırı davranması halinde, hem eser sahibinin eseri üzerindeki mutlak hakkını, hem de sözleşmeyi ihlal etmiş

---

[431] Özellikle *Ayiter* basit ve münhasır lisanslar arasında böyle bir ayrım getirmenin kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca yazar, tam ruhsatlara intifa hakkı hükümlerinin uygulanacağını belirten FSEK md.56/III hükmünün münhasır lisansın aynî veya mutlak etkisini doğrulayan bir hüküm değil, sadece kanunun emrettiği bir kıyas olduğunu ifade etmektedir (**Ayiter,** s.203).

[432] Lisans sözleşmeleri ve bu sözleşmeden doğan borçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aydıncık,** s.147 vd.

olacaktır. Örneğin, fotoğrafçı A'nın yeniyıl takviminde kullanılmak üzere ve bu amaçla sınırlı, belirli fotoğraflarının kullanım haklarını devrettiği X'in bu fotoğrafları bir sergide veya uluslararası bir ticaret fuarında kullanması halinde A'nın fotoğrafları üzerindeki temsil hakkı ihlal edildiği gibi, lisans sözleşmesine de aykırılık söz konusu olur[433]. Lisans alanın sözleşmede belirtilen hakkının sınırlarını aşarak sözleşmeyi ihlal ettiği hallerde, çoğunlukla lisans verenin eseri üzerindeki manevi haklarının da ihlal edildiği görülmektedir[434]. Zira mali hakkın kullanılması çoğu zaman eser sahibinin manevi haklarını da yakından ilgilendirir. Bu durumda eser sahibi, lisans alandan hem mali haklarının hem de manevi haklarının ihlalinden ötürü tazminat talep edebilecektir.

Peki, lisans alanın devraldığı kullanma hakkını kullanması bir zorunluluk mudur? Fikri haklara ilişkin lisans sözleşmeleri bakımından Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'muzda buna ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Lisans alanın, devraldığı kullanma hakkını kullanmasıyla ilgili FSEK'de öngörülen tek hüküm "eser sahibinin cayma hakkı (FSEK md.58)dır[435]. Doktrinde lisans sözleşmeleri bakımından, özellikle münhasır lisans sözleşmesinde lisans alanın kullanma yükümlülüğü olduğu

---

[433] Yine Yargıtay'ın karara bağladığı bir uyuşmazlıkta; davacının davalının yayınlayacağı tanıtım kataloğunda kullanılmak üzere çekmiş olduğu, özgün tasarım ürünlerine ilişkin ve eser niteliği taşıdıklarına ilişkin taraflar arasında uyuşmazlık olmadığı anlaşılan fotoğrafların, sözleşme amacının dışına çıkılarak, izinsiz şekilde dergi ve internette kullanılması ve eser sahibinin isminin belirtilmemesini üzerine İstanbul 1.Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin eser sahibinin mali ve manevi tazminata hükmetmesine ilişkin kararı Yargıtayca onanmıştır: Bkz. 11.HD, 14.07.2009, E.2010/1274, K.2011/10458 (yayımlanmamış).

[434] **Muttenzer,** s.38. Örneğin; lisans alan kullanıcının eser sahibi-fotoğrafçı A'nın yazılı olarak kendisine bildirdiği adı ile birlikte uygun bulduğu diğer telif işaretlerine kullanımda yer vermemesi, fotoğraf üzerinde eser sahibinin izni olmaksızın değişiklikler yapması.

[435] İleride ele alacağımız, yasa koyucunun eser sahibine tanıdığı bu hakka göre; mali bir hakkın kullanma hakkını iktisap eden, kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre kararlaştırılmamışsa somut olaydaki duruma göre uygun bir zaman içinde hak ve yetkilerinden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı ölçüde ihlal edilirse, eser sahibi sözleşmeden cayabilir (FSEK md.58).

kabul edilmektedir[436]. Lisans alana yüklenen kullanma borcunun, sözleşmede açıkça kabul edilen veya sözleşmenin genel niteliğinden kaynaklanan bir borç olduğu belirtilmektedir. Buna karşın, ileri sürülen bir diğer görüşe göre[437], taraflar aksini kararlaştırmadıkça, lisans alanın kural olarak hakkı kullanma yükümlülüğü yoktur[438]. Ancak tarafların sözleşmede böyle bir yükümlülüğü açıkça kararlaştırmaları da mümkündür; açıkça kararlaştırılmasa bile, tarafların zımni iradelerinin yorumlanması suretiy-

---

[436] "Eser sahibi bir mali hakkı devreder veya ruhsat verirken, bundan sağlayacağı iktisadi menfaatler yanında, eserinin yayılmasını ve tanınmasını da ister. O yüzden mali hakkın veya ruhsatın kullanılması, devralan bakımından sadece bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Nitekim bu yükümlülük Borçlar Kanununun yayım sözleşmesini düzenleyen md.372 vd. hükümlerinde, nâşirin devraldığı çoğaltma ve yayma haklarını kullanması bakımından özel olarak belirtilmiştir. Mali hak ve ruhsat kararlaştırılan yahut duruma göre uygun olan bir süre veya tarzda kullanılmaz ve eser sahibi bu yüzden zarar görürse, sözleşmeden ve dolayısıyla tasarrufi işlemden cayılabilir": **Erel,** s.299. Bu yönde **Ayiter,** s.202; **Tüysüz,** s.126, dpn.516'da anılan yazarlar. Doktrinde *Arbek,* lisans hakkının inhisari olup olmamasının, lisans alanın lisans konusundan faydalanma yükümlülüğüyle bir ilgisi olmadığını ifade etmiştir. Nitekim yasa koyucu da, FSEK md.58'de lisans sözleşmesinden caymayı düzenlerken, lisans hakkının kapsamından hareket ederek bir ayrım yapmamıştır (**Arbek,** s.185-186).

[437] " Lisansın kullanılmaması nedeniyle sözleşmeden cayılabilmesi, dolaylı da olsa bir kullanma mecburiyeti bulunduğu iddiasına neden olmaz. Zira böyle bir netice, mukavelenin bizzat kendisinden doğmaz. Lisans alan o lisansı kullanmasa dahi akit kurulurken bu sözleşme bir lisans sözleşmesidir": **Franko,** N.: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yayın Akdinin Hususiyeti, Adalet Dergisi 1980, C:4, S:5, s.536 (**Tüysüz,** s.126, dpn.517'den naklen), ayrıca bkz. aynı dipnotta yer verilen diğer yazarlar. *Aydıncık* da, sözleşmede bu yönde açık hüküm yoksa ve sözleşmenin yorumlanmasından da böyle bir sonuca ulaşılamıyorsa, kural olarak yükümlülükten söz edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Yazara göre, lisans sözleşmesinin niteliğinden lisans alanın böyle bir yükümlülük altına girdiği anlaşılamamaktadır; kaldı ki, kanunda düzenlenen cayma hakkı da eser sahibinin menfaatlerini yeterli derecede korumaktadır (**Aydıncık,** s.174).

[438] İsviçre doktrininde *Muttenzer* lisans hakkının kullanılmasının bir yükümlülük değil ama kural olarak bir "gerekli davranış" (Obliegenheit) olarak da düzenlenebileceğini ifade etmiştir (**Muttenzer,** s.36). Bu görüşe paralel, Türk hukukunda *Aydıncık* da, lisans hakkının kullanılmasının bir "gerekli davranış" niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre, lisans alan söz konusu davranışı yerine getirirse bir borcu ifa etmiş olmaz, kendi menfaatine olan bir hak kaybını (eser sahibinin cayma hakkını kullanmasıyla sözleşmenin sona ermesi) önlemiş olur (ayrıntılı olarak bkz. **Aydıncık,** s.174, dpn.766).

le de lisans alanın kullanma yükümlülüğü bulunduğu sonucuna varılabilir. Örneğin, tarafların (ör: fotoğrafçı- fotoğraf ajansı/yayınevi) lisans bedelinin tamamen veya esaslı bir kısmının lisansta belirtilen eser örneklerinin sürümüne göre ödeneceği hususunda uzlaşılması durumunda, bu yöndeki anlaşma, lisans alanın kullanım yükümlülüğünün bulunduğunun bir ifadesidir. Bu hallerde, kullanım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi üzerine ise, lisans veren TBK md.123-125 (BK md.106 vd) uyarınca kendisine sunulan yasal imkanlardan yararlanabilir: Temerrüt dolayısıyla gecikme tazminatı isteyebilir veya mehil tayin etmek/ettirmek suretiyle gecikmiş ifadan vazgeçerek ifa etmeme dolayısıyla uğradığı müspet zararın tazminini isteyebilir ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilir[439]. Buna karşın, eğer taraflar sözleşmede açıkça bir kullanma yükümlülüğü kararlaştırmamışlarsa ve sözleşmenin yorumlanmasından da bu sonuca ulaşmak mümkün değilse; eser sahibi sadece FSEK md.58 uyarınca kendisine tanınan "cayma hakkı"nı kullanabilecektir.

Lisans alana eserin teslimi[440] ardından, kendisine sağlanan bu kullanım yetkisinin lisans süresince devamının ve korunmasının sağlanması ise lisans verenin yükümlülüğüdür. Bu nedenle, lisans veren lisans sözleşmesinin amacına uygun düşmeyen ve lisans alanın hakkını tehlikeye sokacak nitelikte hiçbir tasarrufta bulunmamalıdır. FSEK'de bu bu konuda açık bir hüküm olmamakla birlikte, lisans verenin bu yükümlülüğü MK md.2'den kaynaklanmaktadır. Bu tasarrufların neler olabileceği sorusuna gelince, öncelikle akla lisans konusu mali hakkın bir üçüncü kişiye devri[441] veya aynı içerikte lisans hakkının üçüncü kişilere tanınması

---

[439] **Muttenzer,** s.36-37.

[440] Lisans alana teslim edilmesi gereken eser, ya eserin kendisi ya da fikir ve sanat dünyasınca kabul edilen esaslara göre, eserle nitelik farkı olmayan kopyası veya nüshasıdır: **Gökyayla,** s.251.

[441] Türk hukukunda bir görüşe göre, lisans verilmiş olması mali hakkı devretmeye engel teşkil etmez. Ancak bu durumda sınırlı aynî haklarla kısıtlanmış mülkiyet hakkının devrinde olduğu gibi, mali hak da üzerinde lisanslarla birlikte devredilmiş olacaktır (**Arslanlı,** s.175; **Gökyayla,** s.50). Buna karşın, *Aydıncık* eser sahibinin daha önce üzerinde lisans hakkı tanıdığı bir hakkını üçüncü kişiye devredebileceğinin kabulü halinde bile, bu durumun pratik açıdan çok anlamlı olmayacağını, zira üçüncü kişinin bu durumda kullanamayacağı bir hakkı devraldığını belirtmiştir (**Aydıncık,**

gelir. Acaba, lisans konusu hakkın devri veya bu hak üzerinde ikinci bir lisans tanınması önceki lisans alan kulllanıcının hakkını ihlal edecek midir? :

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda konuya ilişkin açık bir düzenleme yoktur[442]. Lisans sözleşmesinin tasarrufi işlem niteliğinde olduğu ve bu sözleşmeden doğan hakkın da mutlak nitelikte olduğu görüşünü paylaştığımızdan, kanımızca bu hâlde, mali hakkı veya hakkın kullanım yetkisini münhasır lisans olarak devralan kimse, eser sahibine sözleşmeye aykırılık nedeniyle dava açabilecektir. Lisans alan, sözleşme çerçevesinde kazandığı mutlak hakkını, bu hakkı ihlal eden üçüncü kişilere karşı ve hatta lisans verene karşı ileri sürebilecektir[443]. Yargıtay'ın kararlarında görülen, mali hakları devralanın, bu haklarını hem üçüncü kişilere hem de eser sahibine karşı ileri sürebileceği yönündeki bakış açısı[444], kanımızca münhasır lisans alan bakımından da uygulanmalıdır. Dolayısıyla, bir mali hak veya hakkın kullanımı münhasır lisans olarak devredildikten

---

s.152, don.673). Yazarın bu konuda basit ve münhasır lisansları farklı ele aldığı ve münhasır lisansları mali hakkın devriyle bir tuttuğu; daha önce üzerinde münhasır lisans tanınan veya devredilen hakkın sonra bir üçüncü kişiye devredilemeyeceğini ve bu hakla birebir aynı kapsamda yeni bir münhasır lisans tanınamayacağı; basit lisansta ise, söz konusu hakkın üçüncü bir kişiye devredilebileceği veya bu hakka dair yeni bir münhasır lisans sözleşmesi akdedilebileceğini düşüncesinde olduğu görülmektedir (**Aydıncık,** s.152-153).

[442] Alman yasa koyucusu bu konuyu açıkça düzenlemiş (UrhG § 33); gerek münhasır gerekse basit lisansların, daha sonra lisans alan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceğini açık şekilde ifade etmiştir. Paragrafın ikinci fıkrasında lisans veren hak sahibinin değiştiği ve lisans konusu hakkındanvazgeçtiği durumlarda da aynı kuralın geçerli olacağı belirtilmiştir.

[443] **Tekinalp,** § 15 Nr.30, s.219-220. *Muttenzer,* lisans sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olduğunu savunan görüş kapsamında, sözleşmeye aykırı olarak üçüncü kişilerle yapılmış tasarruf işlemi veya lisans sözleşmesinin geçerliliğini sürdüreceğini belirtmiştir. Ancak yazara göre, lisans alan sözleşmeden doğan borçların ifa edilmemesi sebebiyle TBK md.112 (BK md.96) gereğince zararının tazminini talep edebilir ya da lisans veren sözleşmeden doğan asli edimini yerine getirmediğinden, yani kullanım hakkını diğer rakipleriyle birlikte yahut münhasır lisanslarda onlardan öncelikli surette lisans alana sağlamadığından TBK md.125 (BK md.106) çerçevesinde sözleşmeden dönebilir (**Muttenzer,** s.31). *Aydıncık,* bu görüşe göre, lisans hakkı sahibinin, hakkını üçüncü kişilere karşı ileri süremediğinden, lisans verenin korumasına muhtaç olduğunu ifade etmiştir (**Aydıncık,** s.151, dpn.671). Yine bkz. **Ayiter,** s.204.

[444] Bkz. 11.HD, 30.05.1985, 2606/3372 (**Suluk/Orhan,** s.669-670).

sonra, aynı içerikle başka bir kişiye daha devredildiği takdirde, ikinci devir geçersiz olacak; buna karşın, mali hakkı veya mali hakkın kullanımını münhasır lisans olarak ilk devralan kimse, eser sahibine karşı sözleşmeye aykırılıktan ötürü, aynı hakkı veya münhasır lisansı ikinci kez devralan kişiye karşı da -eğer ki bu kişi geçersiz devre rağmen hakkı kullanıyorsa- lisans hakkına tecavüz nedeniyle dava açabilecektir.

bb) Lisans Verenin Garanti Sorumluluğu

aaa) Hakkın Mevcut Olduğunu Garanti (FSEK md.53)

Lisans veren lisans alana karşı, lisans konusu mali hakkın varlığını ve kendisinin söz konusu eser üzerinde lisans vermeye yetkili olduğunu garanti etmek durumundadır (FSEK md.53). Yani hakkın varlığını tekeffül borcu iki hususu kapsamaktadır: İlk olarak, eser sahibinin veya geniş anlamda lisans verenin hak üzerinde lisans verme konusunda yetkili olduğu; ikinci olarak, lisansa konu olan hakkın fikri hukuk bakımından korunduğu[445].

FSEK md.53 gereğince, mali bir hak üzerinde bir başkasına kullanım hakkı tanıyan kişinin, lisans alana karşı hakkın varlığını TBK md.191 (BK md.169) uyarınca garanti ettiği kabul edilmiştir. Buna göre, lisans konusu hak, lisans verenin malvarlığında doğmamış veya doğmuş olmakla birlikte koruma süresinin dolması yahut feragat gibi bir sebeple son bulmuşsa ya da lisans konusu hak lisanstan önce üçüncü bir kişiye devredilmişse veya üçüncü bir kişiye aynı kapsamda bir hak için münhasır lisans tanınmışsa; lisans veren tekeffül borcu gereğince lisans alanın zararını tazmin etmekle yükümlüdür[446]. Bunun gündeme gelebilmesi için, lisans sözleşmesinin ivazlı olması gerekir; lisans ivazsız olarak tanınmışsa (veya kanun gereğince başkasına geçmişse), lisans verenin lisans konusu hakkın varlığını ve geçerliliğini lisans alana karşı garanti etmiş sayılmayacağı kabul edilmiştir (TBK md.191/BK md.169/III). Örneğin; fotoğrafçı X, ele geçirdiği ve aslında ünlü fotoğraf sanatçısı Y'nin eser sahibi olduğu fotoğrafları kendisi çekmiş gibi davranarak, bunlar üzerinde Z'ye çoğaltma ve yayma haklarına ilişkin yüksek bir bedelle münhasır

---

[445] **Aydıncık,** s.161'den naklen.

[446] **Erel,** s.315; **Arslanlı,** s.182; **Aydıncık,** s.161; **Tüysüz,** s.134.

lisans verirse, Z'nin bu yüzden doğacak zararlarını tazmin etmek zorundadır[447]. Yine doktrinde kanuni ve mecburi lisanslarda da TBK md.191/II (BK md.171/II) hükmüne kıyasen bir tekeffül borcunun bulunmadığı kabul edilmektedir[448]. Ayrıca tarafların lisans sözleşmesine koyacakları bir kayıtla lisans verenin tekeffül borcunu bertaraf etmeleri mümkündür.

bbb) Lisans Hakkını Devir Yetkisi Olmayandan Devralanın İyiniyetinin Korunmaması (FSEK md.54)- Devredenin Devralana Karşı Sorumluluğu

Tekeffül borcunun diğer bir anlamı da, tasarruf işlemini gerçekleştiren kimsenin, kendisinin söz konusu eser üzerindeki haklara ilişkin lisans vermeye yetkili olduğu hususunu garanti etmesidir. Lisansın geçerli bir şekilde aslen iktisap edilebilmesi için lisans verenin eser sahibi, eser sahibinin mirasçısı veya bunların yetkili temsilcisi olması gerekmektedir. Türk hukukunda lisans alan kural olarak bu hakkını başkasına devredemez. Lisans alanın bu hakkını devredebilmesi, yani lisansın devren iktisabı için ise, FSEK md.49/I gereğince eser sahibi veya mirasçılarının yazılı izni gereklidir.

Lisans alan bu hükme rağmen, gerekli izin alınmaksızın, lisans hakkını üçüncü bir kişiye devrederse; FSEK md.54/I hükmüne göre, kullanma hakkını devre yetkili olmayan kişiden iktisap eden, iyiniyetli[449] de

---

[447] Tekeffül borcundan doğan tazmin yükümlülüğünün kapsamı, TBK md.193 (BK md.171)'e göre tespit edilir. Buna göre, lisans veren tekeffülle yükümlü olduğu hallerde, lisans konusu hakkın değeriyle sorumlu tutulmayacaktır. Lisans veren, lisans alana karşı öncelikle ivaz olarak almış bulunduğu lisans bedeli ve bunun kanuni faizini tazminat ödemekle yükümlü olacağı gibi; bunun yanında devralanın sözleşmeyi kurmak için yaptığı masraflardan ve kendisine karşı yürütülen takip giderlerinden de sorumlu olur. Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Aydıncık,** s.162-163; **Tüysüz,** s.135 vd.

[448] **Erel,** s.315; **Aydıncık,** s.162; **Tüysüz,** s.134. Kanuni ve mecburi lisanslar hakkında bilgi için bkz. **Erel,** s.307 vd; **Aydıncık,** s.63-65.

[449] Anılan hükümdeki iyiniyet MK md.3 anlamında subjektif iyiniyettir ve lisans alanın, lisans verenin tasarrufa yetkili olmadığını bilmemesi ve gerekli özeni gösterseydi dahi bilecek durumda olmaması anlamını taşır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuz lisans alanın bu anlamdaki iyiniyetini korumamıştır. Nitekim Yargıtay da pek çok kararında bu hükmü uygulamaktadır. Bu konuda bkz. 11.HD, 9.7.1997, E.1997/4929, K.1997/5624 (**Suluk/Orhan,** s.638).

olsa korunmayacaktır; yani bu hâlde üçüncü kişi lisans hakkına sahip olamayacaktır. Bununla birlikte, FSEK md.54/II'de hüküm altına alındığı üzere, bu takdirde lisansı devreden kişi sözleşme yaptığı üçüncü kişiye karşı bir tazminat yükümlülüğü altına girecektir. Tazmini gereken zarar hükümsüzlük nedeniyle uğranılan menfi zarardır. Devreden kusurlu davranmışsa ve hakkaniyet gerektiriyorsa, hakim daha geniş bir tazminata[450] hükmedebilir (FSEK md.54/II). Yine burada, lisansı devredenin hangi hallerde tazminat ödemekten kurtulacağı da belirtilmiştir. Buna göre, tazminat yükümlülüğünden kurtulabilmek için, devredenin lisansı devre yetkili olmadığını diğer tarafın bildiği yahut bilmesi gerektiği ispat edilmelidir.

cc) Lisans Alanın Üçüncü Kişilere Karşı Dava Açabilme Yetkisi

Fikri haklara ilişkin lisans sözleşmesi, eserden yararlanma haklarının lisans alana geçirilmesini sağlar. Bu haklar lisans alana, lisans sözleşmesi kapsamında, eser sahibi gibi davranma imkanı tanır. Ancak lisans alanın hakkının üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesi halinde durum ne olacaktır? Lisansın hukuksal niteliğine ilişkin değerlendirme, lisans alanın aktif dava ehliyeti hususunu doğrudan etkiler niteliktedir. Yargıtay'ın da, aşağıda ele alacağımız üzere, bu konuya ilişkin farklı kararları mevcuttur.

Bizim de paylaştığımız lisans sözleşmesini tasarruf işlemi, dolayısıyla lisans hakkını mutlak hak kabul eden görüş çerçevesinde, lisans alan sahip olduğu yetkileri gerek eser sahibi veya mali hak sahibine gerekse üçüncü kişilere karşı ileri sürebilir; hakkının kullanımını engelleyen müdahale ve tasarrufları men edebilir[451].

---

[450] Doktrinde bazı yazarlar, hükümdeki "daha geniş bir tazminat" ifadesini müspet zararın tazmini olarak değerlendirmektedirler (**Erel,** s.316; **Öztan,** s.571; **Gökyayla,** s.48).

[451] *Tekinalp* de aynı kanıda olmakla birlikte bir noktada bu görüşteki yazarlardan ayrılmaktadır: Zira, o'na göre tecavüzün ref'i davası lisans sahibi tarafından açılamaz, çünkü lisans sahibine bu hakkı tanımak eser sahibi ve mali hakkı devralan kişinin gelecekteki haklarını ihlal edebilir. Bu nedenle de yazar, lisans sahibine bu hakkı tanımayıp, onu yalnızca maddi tazminat davası (FSEK md.68/II) ile korumanın daha

Yabancı hukuklara göz attığımızda, lisansın hukuksal niteliği kısmında yer yer değindiğimiz üzere, İsviçre ve Almanya'da farklı yaklaşımların kabul gördüğünü ifade etmek mümkündür. İsviçre hukukunda lisans hakkı mutlak nitelikte kabul edilmediğinden, münhasır lisans alanın dahi üçüncü kişilere karşı dava açamayacağı görüşü hakimdir. Bundan ötürü, İsviçre doktrininde lisans verenin, üçüncü kişilerce gerçekleştirilen fikri hak ihlallerinin takibine dair yükümlülüğü –münhasır ve basit lisans ayrımı olmaksızın- her türlü lisans için kabul edilmiştir[452]. Alman hukukuna gelince, münhasır lisans alanın dava açma yetkisinin mevcudiyetinden hareketle, lisans verenin bu tür bir yükümlülüğü olmadığı düşüncesi hakimdir[453]. Basit lisans bakımından ise, genellikle lisans alanın üçüncü kişilere karşı dava açma imkanından yoksun olduğu ve ancak eser sahibi aracılığıyla dolaylı bir koruma sağlayabileceği düşünülse de; lisans verenin yine basit lisanslarda da hakkı ihlal edene karşı takipte bulunma yükümlülüğünün olmadığı kabul edilmektedir[454].

Türk hukuk uygulamasında da bu durum açık değildir. Yargıtay'ın konuyu özellikle münhasır lisans alanın aktif dava ehliyeti açısından değerlendiren farklı kararları mevcuttur. Yargıtay 1998 tarihli bir kararın-

---

adil bir çözüm olacağını düşünmektedir (**Tekinalp,** § 15 Nr.29, s.219 ve § 20 Nr.74, s.307). Lisans sözleşmesini borçlandırıcı işlem olarak kabul eden görüşe göre ise; lisans sözleşmesiyle hakkın devri gündeme gelmediğinden, lisans alanın hakkı ihlal eden herkese karşı bu hakkını ileri sürmesi mümkün değildir. Lisans sözleşmesinin amacına ulaşabilmesi ve bu şekilde lisans alanın haklarını başkaları tarafından ihlale maruz kalmadan kullanabilmesi için, lisans verenin eser sahibi olarak eser üzerindeki hakların ihlali şeklinde ortaya çıkan lisans tecavüzlerini önlemesi gerekmektedir; zira lisans alan bunu gerçekleştiremez, taraf sıfatı yoktur. Bununla birlikte, lisans alan eğer her türlü belirsizliğin giderilmesini ve dışarıdan gelecek ihlallere karşı kendisini koruyucu hukuksal önlemlerin alınmasını istiyorsa; bu hâlde ya lisans verenle bu hususta ayrıca bir sözleşme akdedip onu böyle bir yükümlülük altına sokmalıdır ya da lisans verenden bu konuda kendisine yetki tanınmasını istemelidir. Taraflar sözleşmeye koyacakları bir hükümle lisans alana tecavüzlere karşı dava açma konusunda yetki verebilir, hatta bu konuda ona yükümlülük yükleyebilirler (**Muttenzer,** s.31,50; **Ayiter,** s.203).

[452] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hilty,** R.M.: Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, s.464; **Ortan,** A.N.: Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979, s.237; **Aydıncık,** s.159.

[453] Bkz. **Hilty,** s.464, dpn.49'da anılan yazarlar; **Aydıncık,** s.159.

[454] **Ortan,** s.241.

da[455] "*Tam ruhsat sahibi de mali hak sahipleri gibi tecavüzün önlenmesi ve maddi tazminat davası açabilirler. Hatta açmadığı takdirde doğacak zarardan mali hak sahibine veya eser sahibine karşı sorumlu olabilirler.*" ifadesini kullanmıştır. Yargıtay'ın genellikle münhasır lisans sahibinin aynen eser sahibi ve mali hak sahibi gibi, fikri hukuk ihlallerine karşı öngörülen davaları açmaya yetkili olduğu yönünde bir bakış açısını haiz olduğu görülmektedir.

Bununla birlikte Yargıtay'ın daha yakın tarihli bir kararında bu görüşünden dönerek farklı bir görüş benimsemiş olduğu görülmektedir. Dava konusu olayda, "Getty Image Limited" unvanlı şirketle arasındaki lisans sözleşmesine istinaden, şirketin Türkiye temsilcisi olarak faaliyet gösteren davacı, bu firmanın malı olan sanat fotoğrafı diaların pazarlanması ve kiralanması işini yaptığını; davalının uyuşmazlık konusu kayıtlı diayı TV kanalında izinsiz kullandığını, uyarıların sonuçsuz kaldığını, mali haklara tecavüz edildiğini ileri sürerek dava açmıştır. Davalı, davacının eser sahipliğini/hak sahipliğini ispat etmesi gerektiğini, iddiaların yersiz, talep edilen tazminatın fahiş olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir. Yerel Mahkemenin, davacının yurtdışında bulunan yabancı firmayı temsil yetkisi bulunduğu, davalının izinsiz olarak diayı TV'de yayınladığı ve davacının FSEK md.68 uyarınca üç kat tutarında tazminat isteyebileceğine karar vermesi üzerine, davalı temyiz yoluna başvurmuştur. Yargıtay bu uyuşmazlığın incelenmesi esnasında, kararında münhasır lisans hakkı sahibinin dava açma hakkının olmadığını ifade etmiştir. Karara göre, "*...FSEK.nun 68/1. maddesine göre telif tazminatı talep hakkı eser sahibine veya eser sahibinden "mali hakları FSEK.nun 48/1. Maddesine göre devralan" kişi veya kişilere aittir. Aynı yasanın 48/2. fıkrası uyarınca "mali hakları kullanma yetkisini (ruhsat/lisans) devralan" kişinin bu maddeye dayalı olarak dava açma hakkı ise mevcut değildir. Çünkü, lisansa konu eser üzerindeki mali hak sahipliği halen devreden (lisans veren) kişi üzerinde kalmaya devam etmektedir.*

Somut uyuşmazlıkta da, davacı ile dava dışı yabancı uyruklu şirket arasındaki 21.11.1997 tarihli lisans sözleşmesi içerik itibariyle; dava

[455] 11.HD, 11.3.1999, E.1998/9958, K.1999/3423 (**Suluk/Orhan,** s.715-717).

konusu eser de dahil olmak üzere bir kısım eserlerin çoğaltma hakkının Türkiye'de inhisari kullanım yetkisinin devrine ilişkin olup mali hakların devri söz konusu olmadığından, davacı bu lisans sözleşmesine dayalı olarak FSEK.nun 68/1. maddesine dayalı olarak telif tazminatı isteyemez... "[456].

Görüldüğü gibi, Yargıtay'ın önceki tarihli kararları ile bu kararı arasında açık bir çelişki bulunmaktadır. Önceki kararlarında Yargıtay münhasır lisans sözleşmesini hakkı devreden bir tasarruf işlemi olarak kabul edip, lisans alanın dava açma hakkının hatta yükümlülüğünün bulunduğunu, açmadığı takdirde lisans verene karşı sorumlu tutulacağını kabul ederken; daha sonra lisans alanın dava açma hakkı olmadığını belirtmiştir. Kanımızca Yargıtay'ın bu son kararı yerinde değildir. Doktrinde de isabetle belirtildiği gibi[457], lisans sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olduğu yönündeki düşünceler her ne kadar Türk hukuk sisteminin ilkelerine daha uygun görünse de; Türk hukuku açısından FSEK kapsamında tanınan lisans hakkının mutlak bir hak olduğunu, fikir ve sanat eserlerine

---

[456] 11.HD, 20.01.2006, E.2005/166, K.2006/330 (www.kazanci.com, 8.08.2011). Bununla birlikte, anılan kararda gözden kaçırılmaması gereken önemli bir nokta vardır: Taraflar arasındaki sözleşmede yer alan "lisans alanın eser sahibinden izin almaksızın dava açma hakkı bulunmadığına dair" koşul da karara esas alınmıştır. Kararda "...Kaldı ki, 21.11.1997 tarihli lisans sözleşmesinin 8/4.maddesinde; lisans verenin telif haklarının ihlali halinde lisans alan davacının kendiliğinden harekete geçemeyeceği ve izinsiz dava açamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm itibarıyle dahi, davacının lisans verenden izin almaksızın dava açma hakkı bulunmamaktadır. Böyle bir izin belgesi de dosyaya ibraz edilmemiştir. Yukarıdaki paragraftaki açıklama itibariyle bu iznin sonradan dosyaya ibraz edilmesi hali de davacının aktif dava ehliyetine sahip olacağı sonucunu doğuramaz..." denilmiştir. Doktrinde *Aydıncık,* eğer sözleşmede bu yönde bir koşul varsa; bu durumda sözleşmenin ya münhasır lisans sözleşmesi olmaktan çıkıp basit lisans sözleşmesi olarak nitelendirileceğini ya da sözleşme münhasır lisans sözleşmesi niteliğini korumakla birlikte, lisanstan doğan hakka sözleşme ile nispi bir etki tanınmış olacağını belirtmiştir. Yazara göre, bu hâlde artık lisans alan, lisansa konu hakkını ihlal eden üçüncü kişilere karşı dava açamayacaktır (**Aydıncık,** s.83, dpn.404). Kanımızca, taraflar arasındaki sözleşmeye konan bu yönde bir kayıt ile tanınan lisansın hukuksal niteliğini değiştirmek mümkün olamayacağı gibi; bu tür bir koşul öngörülmesi münhasır lisans alanın, Anayasamızın 36.maddesinde koruma altına alınan, hak arama özgürlüğünü de ihlal eder nitelikte olduğundan, geçersiz olmalıdır.

[457] Bkz. **Aydıncık,** s.84.

ilişkin lisans sözleşmelerinin de tasarrufi işlem niteliği taşıdığını kabul etmek daha yerindedir. Dolayısıyla lisans alan da, eser sahibinin veya mali hak sahiplerinin sahip oldukları dava haklarına sahip olmalıdır.

Bununla birlikte, basit lisansın niteliği gereği eser sahibinin veya üçüncü kişilerin aynı hakkı kullanmalarına engel teşkil etmeyen niteliğinden yola çıkarak; basit lisans alanın dava hakkının bulunmadığı düşüncesindeyiz. Dolayısıyla, sonuç olarak, eser sahibinin haklarını ihlal eden üçüncü kişilere karşı münhasır lisanslarda lisans alanın yanında, basit lisansta ise münhasıran dava açma hakkı bulunmaktadır. Ancak eser sahibinin bu konuda bir "yükümlülüğü" bulunup bulunmadığı Türk hukukunda açık değil ise de; lisans veren eser sahibinin de, üçüncü kişilerin hak ihlallerini takip etmekle yükümlü olacağı lisans sözleşmesinde kararlaştırılabilir.

d) Sözleşmeden Cayma Hakkı (FSEK md.58)

Eser sahibi mali hakları üzerinde tasarrufta bulunurken, maddi menfaatlerin yanında bazı manevi menfaatler elde etmeyi de amaçlar. Eser sahibinin maddi ve manevi menfaatleri bakımından tatmin edilmesi ise, ancak hakların devralan veya lisans alan tarafından kullanılmasıyla mümkün olur. Lisans alan lisans konusu mali hakları kullanmadığı takdirde eser sahibinin menfaatleri tatmin edilmiş olmaz. Bu durumun sakıncalarını gidermek adına, yasa koyucu eser sahibini koruyucu bir hüküm öngörmüştür. Eser sahibine bu durumda sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirme yetkisi, yani "cayma hakkı" tanınmıştır (FSEK md.58)[458].

---

[458] Benzer bir düzenlemeye Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da yer verilmiş (UrhG § 41) olmakla birlikte, Alman Kanununun özel bir cayma sebebi saydığı "Kanaat değişmesi dolayısıyla cayma hakkı" (Rückruf wegen gewandelter Überzeugung-UrhG § 42) bizim Kanunumuza ayrıca alınmamıştır. Bununla birlikte, doktrinde *Ayiter* bizim hukukumuzda UrhG § 42'yi karşılayan hükmün manevi haklara ilişkin FSEK md.14'ün sonuncu fıkrası olduğunu belirtmiştir; bu hükümde, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek bir yayımlamayı men etme yetkisi söz konusudur (**Ayiter,** s.210). İsviçre hukukunda ise bu yönde bir hak eser sahibine kanunda tanınmamış olmakla birlikte, sözleşmede eser sahibi lehine bu şekilde bir hakkın kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Rehbinder,** s.154. Türk hukukunda

Cayma hakkının kullanılabilmesi için, mali bir hakkı veya lisans hakkını iktisap eden kimsenin, kararlaştırılan süre içinde veya süre kararlaştırılmamışsa durumun şartlarına göre uygun bir zaman içinde, hak ve yetkilerinden hiç veya gereği gibi faydalanmamış olması ve bu yüzden eser sahibinin menfaatlerinin önemli ölçüde zarar görmüş olması gerekir (FSEK md58). Bu anlamda, cayma hakkının sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından özel bir tek taraflı sona erdirme sebebi olduğu söylenebilir.

Cayma hakkı özellikle münhasır lisanslar bakımından önem arz eder; zira doktrinde de belirtildiği üzere[459], basit lisans verilmesi halinde aynı izin başkalarına da verilebileceğinden, menfaatlerde büyük bir zedelenme gündeme gelmeyebilir. Münhasır lisansta ise eser üzerindeki haklara ilişkin kullanım ciddi biçimde sınırlandığından, eserin kullanılmamasından ötürü eser sahibinin menfaatlerinin zarar görmesi ihtimali daha yüksektir. Örneğin, bir fotoğraf sanatçısı belirli fotoğraflarının sergilenmesine ilişkin bir sanat galerisiyle anlaşarak münhasır lisans tanısa ve kararlaştırılan ücreti peşin olarak almış olsa dahi, daha sonra eserlerinin sergilenmemiş olması bile yeterli bir cayma sebebi olarak kabul edilebilecektir.

Cayma hakkının kullanılabilmesi için karşı tarafın kusuru şart değilse de; eğer eser sahibi kendi kusuruyla lisans hakkı sahibinin hakkından gereği gibi faydalanmasına engel olmuşsa, artık cayma hakkından yararlanamaz[460]. Yasa koyucu, lisans alanın mali hakkı kullanmamakta kusuru yoksa veya eser sahibinin kusuru daha ağır ise, hakkaniyet gerektirdiği takdirde uygun bir tazminat isteyebileceğini belirtmiştir (FSEK md.58/IV). Tazminata gerek olup olmadığı ve miktarına karar verme konusunda hakime açıkça takdir yetkisi tanınmıştır.

---

cayma hakkına ilişkin ayrıntılı olarak bkz. **Kılıçoğlu,** s.282; **Aydıncık,** s.193; **Tüysüz,** s.125 vd; **Tekinalp,** § 15, Nr.40, s.223 vd; **Erel,** s.299 vd.

459 (**Ayiter,** s.209). UrhG § 41'de de hakkın kullanılmaması sebebiyle caymanın münhasır lisans halleriyle sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır.

460 **Tekinalp,** § 15, Nr.43, s.224; **Erel,** s.300.

4. Eser Sahibinin Meslek Birlikleriyle Yaptığı Sözleşmeler

Mali hakların veya bunların kullanımının devrinin başlıca sebebi, devralanın bu haktan yararlanmasını sağlamak olmakla birlikte; doktrinde devrin ikinci bir sebebi olarak, mali hakların veya lisansların yararlanma yanında koruma (Wahrnehmung von Nutzungsrechte)[461] amaçlı devri gösterilmekte, eser sahibinin meslek birlikleriyle yaptığı sözleşmelerin de bu türden sözleşmeler olduğu ifade edilmektedir[462].

Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzük md.2/I,c uyarınca; meslek birlikleri, "*fikir ve sanat eseri sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin ortak çıkarlarını korumak, Kanun ile tanınmış hakların idaresini ve takibini, alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak üzere Kanun ve Tüzük hükümlerine göre kurulmuş birlikler*"dir. Bu birlikler (Verwertungsgesellschaften), eser sahipleri tarafından "yetki belgesi" adıyla verilen bir belgeyle eser sahiplerinin haklarının takibi konusunda yetkilendirilmektedir[463] (FSEK md.42/A/VIII).

FSEK md. 42/A/VIII'e göre, "*Meslek birliğine üye eser veya bağlantılı hak sahiplerinin alenileşmiş veya yayımlanmış tüm eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlarına ilişkin haklarının takibi meslek birliğine*

---

[461] *Tekinalp* "Wahrnehmung" kelimesinin Türkçe olarak tam karşılığını yansıtmanın güçlüğüne değinmiş; kelimeyi meslek birliğinin işlevine de uygun düşecek şekilde korumak ve kullanmak olarak tercüme etmiştir (Bkz. **Tekinalp,** Ü.: Eser Sahipleri Meslek Birlikleri, Batider 1979, C.10, s.72).

[462] **Tekinalp,** § 15, Nr.12, s.214; **Aydıncık,** s.53; bkz. **Rehbinder,** s.173 vd; yine bkz. **Öztan,** s.858.

[463] "...Davacılar vekili, müvekkillerinden Gesam'ın 5846 sayılı Kanun gereğince yetki belgesi ile temsil hakkına sahip olduğu diğer davacıların "Arastan Volga'ya Kafkaslar" ve "Batum'dan Burgaz'a Karadeniz'in Öte Yakası" adlı albümlerinde yer alan fotoğrafların davalıların sahibi ve yazı işleri müdürü olduğu Yeni Avrasya Dergisi'nin değişik sayılarında izinsiz ve kaynak gösterilmeksizin yayınlandığını ileri sürerek, ıslah ile 3.060.000.000 TL mali hak, 3.000.000.000 TL manevi tazminatın davalılardan tahsilini istemiştir...": Bkz. 11.HD, 11.5.2004, E.2004/4528, K.2004/5302 (yayımlanmamış).

verilecek yetki belgesine göre yapılır. Yetki belgesine ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir".[464]

Tekinalp, eser sahibi ile meslek birlikleri arasında akdedilen sözleşmeleri "menfaatleri koruma sözleşmesi" (Wahrnehmungsvertrag) olarak nitelendirmiş ise de, biz anılan sözleşmeleri "hak gözetim sözleşmesi" olarak nitelendirmeyi uygun görmekteyiz. Yazar, bu sözleşmeyle eser sahibinin (1) mali hakları kendi adına, üçüncü kişilere devretmek veya bunlarla ilgili lisans vermek, (2) bunların bedellerini tahsil etmek, (3) ifa etmeme durumlarında dava açmak ve takip yapmak ve (4) genel olarak anılan hakları inanç ilişkisi bağlam ve kapsamında yönetmek haklarını inhisari olarak meslek birliğine devrettiğini ifade etmiştir[465]. Doktrinde, kanunda açıkça düzenlenmemiş olan bu sözleşmelerin hukuksal niteliği bakımından, "kendine özgü bir devir veya lisans sözleşmesi" (ein urheberrechtlicher Nutzungsvertrag eigener Art) olarak ifade edilebileceği belirtilmiştir[466]. Bunun dışında bazı yazarlara göre, bu sözleşmelere öncelikle ve ağırlıklı olarak vekâlet ve hizmet sözleşmesi hükümlerinin, ayrıca adi ortaklık ve lisans sözleşmesi hükümlerinin de uygulanması gerekir[467].

İlgili mevzuatta üyelerin meslek birliklerine *devrettikleri haklardan* söz edilmesine[468] ve doktrindeki farklı görüşlere karşın, biz *Aydıncık*'ın

---

[464] Maddede sözü geçen yönetmelik, "Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik" adı altında, 04.09.1986 tarihli ve 19211 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir (Bkz. anılan Yönetmeliğin "Yetki Belgesi" kenarbaşlığını taşıyan 3.maddesi).

[465] "Menfaatleri koruma sözleşmesi, mali hakları kendisine konu aldığı için, kaideten, manevi haklara ilişkin bir yetkiyi kapsamaz, yani meslek birliği, sözleşmede açıklık yoksa, FSEK md.19/I anlamında yetkili kişi değildir": **Tekinalp,** § 16, Nr.79, s.253.

[466] **Nordemann** (Verwertung), s.499.

[467] Bkz. **Tekinalp,** § 16, Nr.79, s.253, dpn.24'de anılan yazarlar. *Öztan* da benzer şekilde, bu sözleşmeler kanunla düzenlenmiş değilse de, özellikle vekalet sözleşmesi hükümleriyle olan yakınlığın göze çarptığını; ayrıca adi ortaklık, hizmet ve işgörme esaslı sözleşmelerin unsurlarının da bu sözleşmelerde yer alabildiğini ifade etmiştir (**Öztan,** s.858).

[468] Bkz. Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzük md.4; Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Tip Statüsü md.8; Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik md.4.

görüşünü paylaşarak, meslek birlikleriyle akdedilen sözleşmelerin nitelikleri itibarıyla, FSEK md.48 hükümlerinde düzenlenen anlamda devir yahut lisans sözleşmesi sayılamayacağı kanısındayız[469]. Kanımızca da, eser sahipleri ile meslek birlikleri arasında akdedilen sözleşmeler vekalet sözleşmesi veya en azından vekalet benzeri bir isimsiz sözleşme olarak değerlendirilebilir[470]. Dolayısıyla, meslek birlikleri ile akdedilen sözleşmelere öncelikle özel kanun niteliğindeki FSEK (özellikle FSEK md.42,42/A ve 42/B) ve ilgili mevzuatta yer alan hükümler, daha sonra ise TBK md.502/II (BK md.386/II) uyarınca vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

Yine Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi Hakkında Yönetmeliğin 3.maddesinin son fıkrası uyarınca, meslek birliklerinin yetki belgesi vermiş üyelerin temsilcisi durumunda olduğu belirtilmiştir. Burada eser sahipleri ile meslek birlikleri arasında vekalet veya vekalet benzeri sui generis bir sözleşmeden doğan temsil yetkisi söz konusu olmaktadır. Kanımızca buradaki temsil dolaylı bir temsil ilişkisidir; zira meslek birliği doğrudan üyesi adına ve hesabına değil, kendi adına fakat üyesi hesabına hareket etmektedir[471].

Fotoğraf sanatçılarının telif haklarını kurumsal olarak takip eden özel bir meslek birliği yoktur. Bununla birlikte sanatsal fotoğraflar üze-

---

[469] **Aydıncık,** s.55. Nitekim Yargıtay da eser sahibinin bir meslek birliğini yetkilendirmesiyle, mali hakkını bir kişi veya kuruma devretmesi arasında ayrım yapmaktadır, bkz. 11.HD, 11.3.1999, E.1998/9958, K.1999/3423 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

[470] TBK md.502/I (BK md.386/I) uyarınca, vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Doktrinde vekaletin unsurları, işgörme, işin müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun olarak yapılması, vekilin edim sonucundan değil, edim fiilinden sorumlu olması ve bağımsız olarak işgörmesi olarak ifade bulmaktadır. Meslek birlikleriyle ilgili düzenlemelere bakıldığında, meslek birlikleri ve eser sahipleri arasında akdedilen sözleşmelerde bu unsurların yer aldığı görülmektedir. Bunun dışında ücret ise, vekalet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir; TBK md.502/III2e göre, sözleşmede öngörülmüşse veya bu yönde teamül varsa, vekil ücrete hak kazanır. Ayrıca vekilin ücret isteme hakkına bazı özel düzenlemelerde yer verilmiş olabilir. Nitekim Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik md.4/c bendinde eser sahibine bu yönde bir yükümlülük yüklendiği görülmektedir. Bkz. **Aydıncık,** s.57, dpn.289.

[471] **Aydıncık,** s.58.

rindeki hakların gözetimi GESAM (Güzel Sanat Eseri Sahipleri Meslek Birliği) aracılığıyla gerçekleştirilebilmektedir[472].

C. Yazılı Geçerlilik Koşulu (FSEK md.52)

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 52.maddesi mali haklara ilişkin sözleşmelerin şekli ile ilgili olarak şu hükmü getirmiştir: "Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır". Böylelikle, yasa koyucu mali haklara ilişkin sözleşmelerin geçerli olabilmesi için şekle uyulmasını öngörmüştür. Fotoğraf sanatçılarının eserleri üzerindeki mali haklara ilişkin olarak karşı tarafla akdedeceği sözleşmeler (hakkın devri/lisans), kural olarak, yazılı olarak yapılmadıkça geçersiz olacaktır.

FSEK md.52 hükmünde öngörülmüş olan şeklin sıhhat şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğu sorusuna gelince; TBK md.12/II'ye göre, "*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*". Yine FSEK md.52'de de açık bir biçimde "yazılı olması...şarttır" hükmü yer almaktadır. Buna göre, mali haklara ilişkin tüm sözleşmelerde (devir sözleşmelerinde olduğu gibi,lisans sözleşmelerinde de[473]) yazılı şekil bir ispat değil, geçerlilik (sıhhat) şartıdır. Nitekim Yargıtay da pek çok kararında bu şeklin sıhhat şartı olduğunu vurgulamıştır[474].

---

[472] Güzel sanat eserleri ve fotoğraf eserlerine ilişkin meslek birlikleriyle ilgili bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi için bkz. **Pfennig,** G.: "Die Entwicklung der Verwertungsgesellschaften für bildende Kunst, Fotografie und Film im europäischen Rahmen", in die Verwertungsgesellschaften im Europäischen Binnenmarkt-Symposion für Reinhold Kreile zum 60.Geburtstag, Baden Baden 1990, s.63 vd. Fotoğrafçıların haklarını gözeten meslek birlikleri olarak Fransa'da ADAGP ve SPADEM; Amerika Birleşik Devletleri'nde ise fotoğrafçılar için kurumsal anlamda bir meslek birliği uzun yıllar olmasa da, kısmen bu işlevi üstlenen Picture Network International ve Amerika Basın Fotoğrafçıları Derneği'nce kurulan MP©A (Media Photographers' Copyright Agency) sayılabilir. Bkz. **Heitland,** s.200 ve s.266-267.

[473] FSEK md.52'de lisanstan (ruhsat) açıkça söz edilmemiş olsa da, lisans verme mali hakka ait kullanma yetkisinin bir tasarruf işlemiyle devri anlamına geldiğinden, yazılı şekil mecburiyetinin lisansları da kapsadığı şüphesizdir: **Erel,** s.319.

[474] "...5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 52.maddesine göre, eser üzerindeki mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi bir muteberiyet şartı olup, davacı eser sahibi ile davalı Ka-

FSEK md.52'de ayrıca sözleşmenin konusunu teşkil eden hakların ayrı ayrı gösterilmesi de aranmıştır. Yani yasa koyucu, yazılı şekil şartı ile yetinmemiş, hakların ayrı ayrı gösterilmesini de emretmiştir. Buna göre, mali hakların toptan devri veya tüm mali haklar üzerinde lisans verilmesi imkanı ortadan kalkmıştır; dolayısıyla, "bütün mali haklarımı devrettim" şeklindeki bir beyanı içeren işlem yazılı da olsa, geçersiz olacaktır. Bütün hakların devredilmesi amaçlanmış olsa dahi, yine de bunların teker teker sayılması gerekir[475]. Bu işlemlerde açıkça zikredilmeyen haklar eser sahibinin üzerinde kalacaktır. Ayrıca tereddüt halinde işlemlerin amaç ve konusu dışında kalan hakların devredilmediği kabul edilmelidir[476].

Sözleşme konusu mali hak FSEK md.52 uyarınca yapılacak yazılı sözleşmede mutlaka açıkça belirtilmelidir; ancak doktrinde bunun mutlaka içerik, yer ve süre itibarıyla sınırlandırılmasının sözleşmenin geçerliliği bakımından aranmaması gerektiği ifade edilmiştir. Zira bu durum artık sözleşmenin yorumuna ilişkin bir durumdur ve bu yorumun da İsviçre ve Alman fikri hukuklarında kabul edilmiş bulunan "amaca uygun devir

---

an arasında yazılı bir sözleşmenin yapılmamış olmasına, bu itibarla davalı Kaan'ın bahsi geçen esere ilişkin ve Kanun'un 21 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan mali hakları kullanma ve bunlardan istifadesinin mümkün bulunmamasına göre, davalı Kaan vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir": 11.HD, 27.01.2003, E.2002/8451, K.2003/791 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

[475] **Ayiter,** s.207; **Kılıçoğlu,** s.284; **Erel,** s.319.

[476] **Erel,** s.319; **Gökyayla,** s.222. Doktrinde *Aydıncık* burada öngörülen yazılı şekil şartının ve özellikle mali hakların sözleşmede ayrı ayrı belirtilmesi şartının yerindeliğinin tartışmaya açık olduğunu ifade etmiştir. Zira yazara göre, mali haklara ilişkin anılan sözleşmelerin sıkı şekil şartlarına bağlanması uygulamada, özellikle sözleşmenin içeriğini ve devrolunan veya lisans verilen yetkilerin kapsamını tespitte karışıklığa yol açmaktadır (**Aydıncık,** s.97). İsviçre ve Alman hukuklarında ise, mali hakları konu alan sözleşmeler bakımından böyle bir şekil şartı getirilmemiştir. Her iki hukuk sisteminde de sözleşmenin konusu "Zweckübertragungsgrundsatz", yani "Amaca uygun devir ilkesi" olarak adlandırdığımız ilkeye göre (URG md.16/II, UrhG § 31(5)) belirlenmektedir. Bu ilkeyi *Tekinalp* "Amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisi"(**Tekinalp,** § 16, Nr.16, s.239), *Öztan* ise "Amaçla sınırlı ölçüde devir teorisi" (**Öztan**, s.791) olarak adlandırmaktadır. Bu ilkeye göre, sözleşmenin konusu hakkında bir şüphe duyulması halinde, devir konusu haklar "sözleşmenin amacının gerektirdiği" ölçüye göre belirlenecektir. Bkz. **Corrodi,** s.22; **Kötz/Brüggemann,** s.109-110; **Wanckel,** Rdn.331, s.215-216.

ilkesi" (Zweckübertragungsgrundsatz) çerçevesinde yapılması yerinde olur. Dolayısıyla, şüphe halinde mali hakkın, sözleşmenin amacı ve konusu dışında kalan çerçevede devralana geçmediği ve mali hakkın sözleşmenin amacı ve konusu dışında kalan yer ve zaman bakımından kullanımının, sözleşmeye aykırılık ve hatta bazı durumlarda fikri hakkın ihlali teşkil edeceği kabul edilmelidir[477]. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında da "amaca uygun devir ilkesi"nin yansımalarını görmek mümkündür. Bu kararda Yüksek Mahkeme, sözleşmede sadece mali hakkın türünün hiçbir sınırlama içermeksizin gösterilmesinin sözleşmenin geçerliliği açısından yeterli olduğunu; ancak sözleşmenin herhangi bir sınırlama içermemesinin mali hakkın bütünüyle devri anlamı taşımayacağını, mali hakkın devrinin işin niteliği gereği sınırlanmış sayılacağını ifade etmiştir. Karara göre[478], "*...Mahkemenin hükme esas aldığı bilirkişi raporundaki "sözleşme ile eserin çoğaltma vasıtası olan dia pozitiflerinin mülkiyetinin de davalıya teslim edilmesi nedeniyle davacının çoğaltma ve yayma haklarını da tamamen davalıya devretmiş sayılacağı ve tanıtım kapsamına dergi ilanları ve internette yayımlamanın da dahil olacağı" görüşüne itibar edilemez. Çünkü açıklandığı üzere mali hakların süre, yer ve muhteva itibariyle sınırlı veya sınırsız olarak eser sahibi tarafından devri mümkündür. Dia pozitiflerin davalıya teslimi fotoğrafların katalog vasıtasıyla çoğaltma ve yayma amacına yönelik olup, bu durum işin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan çoğaltma vasıtalarının teslimi halinde mali hakların, sözleşmenin 4.maddesine aykırı olarak, herhangi bir sınırlama olmaksızın davalıya devredilmiş sayılacağının kabulü olanaksızdır. Ayrıca, fotoğrafların katalog için çekileceği sözleşmenin eki olan teklif sipariş formunda açıkça belirtilmiştir. Sözleşmede "katalog-tanıtım" ibarelerinin yazılı olması katalogun tanıtım amacıyla hazırlandığını göstermekte olup, söz konusu fotoğrafların ait oldukları ürünlerin katalog dışındaki dergi ilanlarıyla ve internet ortamında ticari amaçla piyasaya arz edilmesi için de kullanılması halini kapsamaz...*".

---

[477] **Aydıncık,** s.100-101.

[478] 11.HD, 31.10.2005, E.2004/11266, K.2005/10524 (www.kazanci.com, 8.08.2011). Almanya'da verilen benzer yönde kararlar için bkz. **Wanckel,** Rdn.331, s.216.

Son olarak, mali haklara ilişkin akdedilen sözleşmeler açısından da şekle aykırılığı ileri sürmenin, koşulları varsa hakkın kötüye kullanılması sayılacağını ifade etmek istiyoruz. Şekil eksikliği sebebiyle sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürme hakkı kötüye kullanılıyorsa, bunu kanun himaye etmez (MK md.2/II); bu durumda sözleşme geçerliymiş gibi hüküm ve sonuç doğurur. Hakim şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin hükümsüzlüğünü re'sen dikkate aldığı durumlarda, ayrıca bunun dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını da re'sen dikkate almalıdır. Doktrinde fikri haklara ilişkin sözleşmeler açısından da, somut olayın koşullarına göre, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılabileceği kabul edilmektedir[479].

Uygulamaya gelince, Yargıtay'ın bu konuda farklı kararlar vermiş olduğunu, eski tarihli kararlarında şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceğini kabul ederken[480]; daha yakın tarihli kararlarında bu görüşünden dönerek[481], FSEK md.52 uyarınca yazılı olarak yapılması gereken sözleşme ve tasarruflarda da, şekle aykırılığı ileri sürmenin sınırını hakkın kötüye kullanılması yasağı ile çizmiştir. Örneğin, fotoğraf sanatçısı A bir portre fotoğrafı üzerindeki çoğaltma ve yayma hakkını, yayınlanacak kitap kapağında kullanılmak üzere B'ye sözlü şekilde anlaşarak devretmiş; ancak kapakta portrede

---

[479] **Kılıçoğlu,** s.286. *Gökyayla* taraflar sözleşmeye ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemişlerse, kural olarak sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülebileceğini; ancak yazılı şekil şartına uyulmadan telif hakkının devrine ilişkin bir sözleşme yapılmış fakat taraflar edimlerini yerine getirmişlerse, artık sözleşmenin geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca tarafların anlaşmasından sonra uzun zaman geçmiş, koşullar değişmiş ve tarafların geçersizliği ileri sürmelerinde bir menfaat kalmamışsa, yine sözleşmenin geçerli hale geldiği kabul edilmelidir. Aksi takdirde, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur. Bu nedenle, itiraz etmenin hakkın kötüye kullanımı niteliği taşıdığı hallerde, şekle uyulmamış olsa da, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını başından itibaren doğurduğunu kabul etmek gerekir (Bkz. **Gökyayla,** s.223-224, dpn.67 ve 68'de anılan yazarlar).

[480] 11.HD, 4.12.1975, E.1975/4967, K.1975/7001 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

[481] 11.HD, 29.1.1999, E.1998/10031, K.1999/250: Yargıtay, eser sahibinin, eserde değişiklik yapılmasına uzun süre sessiz kalıp, daha sonradan yayınlayana şekle uygun olarak bu yönde bir izin vermediği iddiasının TMK md.2 hükmü karşısında hakkın kötüye kullanılması sayıldığına ve dinlenmeyeceğine karar vermiştir (**Kılıçoğlu,** s.287).

tasvir edilenin sadece gözlerine yer verilmiş, yani fotoğraf kırpılmıştır. Kitabın ilk üç basısında fotoğrafında değişiklik yapılmasına ses çıkarmayan A'nın, daha sonradan kitabın satış rakamları da artınca, B'ye şekle uygun olarak böyle bir izin vermediği iddiası, TMK md.2 karşısında hakkın kötüye kullanılması sayılabilecektir.

IV. FOTOĞRAF ÜZERİNDEKİ FİKRİ HAKLARIN İHLALİNDE KORUMA YOLLARI

A. Genel Olarak Fikri Hakların İhlali

Fikri hakların ihlali, eser sahipliğinden doğan hakların hukuka aykırı olarak kullanılması durumunda söz konusu olur. Bu durum uygulamada iki şekilde ortaya çıkabilir: Fikri hakların ihlali, eser sahipliğinden doğan hakların taraflar arasındaki bir sözleşmeye aykırı olarak kullanılması halinde gündeme gelebilir[482]. Örneğin; Bir kültür sanat dergisinde yayınlanmak üzere fotoğraflara ilişkin çoğaltma ve yayma hakkı devralınmış iken, bu eserlerin bir kısmının eser sahibinin izni olmaksızın sanat galerisinde sergilenmesi veya sözleşme dışı reklamlarda kullanılması. Bu durumda, eser sahipliğinden doğan hakkın korunmasında sözleşmeye aykırılık ile ilgili hükümlerden yararlanılır[483]. İkinci durumda, eser sahipliğinden doğan hakların taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadan ihlali gündeme gelebilir. Genellikle "fikri hakların ihlal edilmesi"nden anlaşılan ve uygulamada en çok uyuşmazlığa konu olan durum da budur. Bu durumda eser sahipliğinden doğan hakkın korunmasında haksız fiile ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır[484]. Örneğin; fotoğrafçının çekmiş olduğu estetik fotoğrafların, kendisinden izin alınmaksızın ve eser sahibi başkasıymış gibi gösterilerek bir dergide veya websitesinde yayınlanması.

---

[482] **Kılıçoğlu,** A.: Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak), TBBD 2004, S.54, s.51; **Wanckel,** Rdn.427, s.298.

[483] "Sözleşmeye aykırılık da hukuka aykırı bir eylem olup, eser sahipliğinden doğan hakkı ihlal edebilir. Bu nedenle, 5846 sayılı Kanunun hukuksal korumaya ilişkin...hükümleri taraflar arasında eserle ilgili bir sözleşme olsa bile uygulama bulabilecektir...": **Kılıçoğlu,** s.375; **Kılıçoğlu** (Koruma), s.51-52; bkz. **Çelik,** s.198.

[484] **Kılıçoğlu,** s.375; **Kılıçoğlu** (Koruma), s.52.

Bu ayrım bazı yönlerden önem taşımaktadır: Taraflar arasında sözleşme ilişkisi var ise; sözleşmeye aykırılık halinde, eser sahibinin sözleşmeyi feshederek devrettiği mali hakları geri alması söz konusu olabilir. Sözleşmeyi feshetme yoluna gitmeyerek, bu yüzden doğan zararlarının tazmini istemesi de mümkündür. Yine sözleşmeye aykırılık halinde, eser sahibinin haklarını kullanması daha uzun bir zamanaşımına tabidir; TBK md.146 (BK md.125) gereğince bu durumda zamanaşımı süresi on yıldır. Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi olmaksızın fikri hakların ihlali halinde ise, haksız fiillere ilişkin hükümler uygulama bulacaktır. TBK md.72 hükmü bu konuda üç zamanaşımı süresi öngörmüştür: Kısa zamanaşımı süresi iki yıl (karş.BK md.60) olup, zararı ve faili öğrenme tarihinden itibaren işlemeye başlar. Uzun zamanaşımı süresi on yıl olup, haksız fiil yani olay tarihinden itibaren işlemeye başlar. Ceza zamanaşımı ise, fikri hakkın ihlali aynı zamanda suç teşkil etmekte ve bu suç için daha uzun bir ceza zamanaşımı süresi mevcut ise, bu sürenin tazminat alacağı için de uygulanması öngörülmüştür. Bu ayrım daha önceleri görevli mahkeme açısından da önem taşımaktaydı. Şöyle ki, eskiden fikri hakların ihlali taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanmakta ise, bundan doğan uyuşmazlık ticari dava sayılarak Asliye Ticaret mahkemesinin; arada bir sözleşme ilişkisi yok ise, Asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girmekteydi. Ancak artık bu ayrım ortadan kalkmıştır; fikri hakkın ihlali ister sözleşmeden kaynaklansın isterse haksız fiile dayansın, özel uzmanlık mahkemelerinin kurulmasıyla, görevli mahkeme Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesidir[485].

Son olarak, eser sahipliğinden doğan hakkın hukuksal korumadan yararlanabilmesi için, bu hakkın ihlalinin hukuka aykırılık teşkil etmesi gerektiğini ifade etmek gerekir. Zira eser sahibinin rızasının bulunmadığı her durumda, hakkın ihlal edildiğinden söz edilemez. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı ya da

---

[485] Fikri ve Sınai Haklar Mahkemelerinin henüz kurulmadığı yerlerde ise, Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen Asliye Hukuk Mahkemeleri görevli olacaktır (FSEK md.76/I); yine bkz. 10.05.2005 Tarihli Adalet Bakanlığı İhtisas Genelgesi.

koruma süresinin dolduğu hallerde, eser sahibi fotoğrafçı artık hakkının ihlal edildiğini ileri sürse dahi, böyle bir ihlalden söz edilemez.

B. Kusur Ve Zarar Koşulunu Gerektirmeyen Davalar

Fotoğraf üzerindeki fikri haklarının ihlali halinde fotoğrafı çeken eser sahibine/ diğer hak sahiplerine tanınan hukuksal koruma olanakları iki grup altında ele alınabilir. İlk grupta kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen davalar yer alır. Bu davaların açılabilmesi için haksız fiil failinin kusuru aranmadığı gibi, fotoğraf üzerindeki hakları ihlal edilen kişinin de bu yüzden zarara uğramış olması koşulu aranmaz. Dolayısıyla, haksız fiil faili olayda kusuru olmadığı ya da fotoğraf üzerinde hak sahibi olan kişinin zarara uğramadığı gerekçesiyle kendisine dava açılamayacağını savunamaz. İkinci grupta ise, kusur ve zarar koşulunu gerektiren davalar yer alır. Bu davaların açılabilmesi için ise, failin kusurlu olması ve ayrıca fotoğraf üzerinde hak sahibi olanların bu yüzden zarara uğraması gerekir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuz, eser sahipliğinden doğan hakların ihlal edilmesi nedeniyle açılabilecek hukuk davalarını üç başlık altında toplamıştır: Tecavüzün ref'i (saldırının durdurulması) davası, tecavüzün men'i (saldırının önlenmesi) davası, tazminat davası. Bu davalardan ilk ikisi kusur ve zarar koşulunu gerektirmediği halde, tazminat davası için aynı şey söylenemez. Yine fikri haklar alanında kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen davalar yalnızca tecavüzün ref'i ve men'i davalarıyla sınırlı değildir; tespit davası ve elde edilen kazancın iadesi davasını da bu kapsamda ele almak gerekir.

1. Tespit Davası

a) Genel Olarak

Fikri hakların ihlali halinde, eser sahibi veya haleflerinin bu eylemin hukuka aykırı olduğunun tesbitini dava etme hakkı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda somut olarak öngörülmüş değildir[486]. Genel ola-

[486] Böyle bir dava açma imkanı, fikri mülkiyet hukukunda yalnızca 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'nın 49.maddesinin a bendinde hak sahibine açıkça ve özel olarak tanınmış bulunmaktadır.

rak doktrin ve uygulamada, hakkı ihlal edilen kişinin hukuksal yararının bulunduğu hallerde tespit davası da açabileceği kabul edilmekte[487] ise de; FSEK'de yer almadığı gibi, diğer yasal düzenlemelerde de bu dava türüne daha önce yer verilmemiş idi. Bu eksiklik 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu md.106 ile giderilmiş ve tespit davası artık açıkça kanunda düzenlenmiştir[488].

Tespit davası, eylemin tecavüz niteliğinde olup olmadığına ilişkin olarak açılabilecek bir davadır. Tespit davası, devam eden bir tecavüz nedeniyle açılabileceği için, zamanaşımı gündeme gelmez. Tecavüz sona ermiş ise, eda davası açılabileceğinden, tespit davası açılamayacaktır[489].

Esasen yasa koyucu, FSEK md.15/III'de, aşağıda ele alacağımız üzere, tespit davasını eser sahibinin adın belirtilmesine ilişkin manevi hakkıyla ilgili hükümde kabul etmiş bulunmaktadır. Tespit davasına yalnızca bu hükümde yer verilmesinden ötürü, diğer haklarda böyle bir dava kabul edilmediği akla gelebilirse de; doktrinde isabetle belirtildiği üzere, yasa koyucu, eser sahibinin kim olduğunun birçok halde tartışma konusu olabileceğini düşünerek, bu hususun bir tespit davasına konu olabileceğini özellikle vurgulamak istemiştir. Yoksa, diğer haklarda böyle bir davanın açılamayacağı sonucuna varmak yerinde olmaz. Kaldı ki, değindiğimiz üzere, tespit davası HMK'da yer verilen hükümle (HMK md.106) açıkça kanunda düzenlenmiş bulunmaktadır. Böylelikle, FSEK'de genel bir hüküm bulunmamasına rağmen, genel ilkelerden yola çıkarak, fikri hakların ihlal edilmesinde de eser sahibi veya haleflerinin "eylemin fikri hakları ihlal ettiği ve bunun hukuka aykırı olduğunun tespiti" yönünde talepte bulunabilmesi kabul edilmelidir. Bu durum özellikle eserin kullanımının hukuka aykırı olup olmadığının tartışmalı olduğu hallerde önem

---

[487] "...FSEK'den doğan eser sahibi haklarına tecavüz teşkil ettiğinin tespitine ve tecavüzün önlenmesine, hüküm özetinin bir kez ilanına...": 11.HD, 1.05.2003, E.2002/11498, K.2003/4266 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

[488] Alman ve İsviçre hukuklarında "Feststellungsklage" olarak adlandırılan tespit davası, Alman Medeni Usul Kanunu § 256'da, İsviçre Medeni Usul Kanunu md.88'de düzenlenmiştir. Tespit davalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru,** B./**Budak,** A.C.: Tespit Davaları, İstanbul 2010.

[489] **Tekinalp,** § 20 Nr.83, s.310; **Çelik,** s.255.

arz eder. Yine eser sahibi, böyle bir istemle birlikte, bu konuda verilen kararın FSEK md.78 gereğince ilan edilmesini de talep edebilmelidir[490].

b) Özel Olarak (FSEK md.15/III)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 15.maddesinin 3.fıkrasında, eser sahibinin manevi haklarından "adın belirtilmesi yetkisi"nde özel olarak bir tespit davasına yer verilmiştir. Hükme göre " Bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilâflı ise, yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakikî sahibi, hakkının tesbitini mahkemeden isteyebilir". Buna göre tespit davası iki hâlde açılabilir: (1) Bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilâflı ise, (2) herhangi bir kişi eserin sahibinin kendisi olduğunu iddia ediyorsa. Örneğin, sanatsal nitelikte özgün bir fotoğrafın fotoğrafçının rızası dışında bir albümde veya kitapta kullanılması ve yayınlayanın fotoğrafın kendisine ait olduğunu iddia etmesi; ünlü bir fotoğraf sanatçısının kendisinin çekmiş olduğu portrelerin bir başka fotoğrafçı tarafından yayımlandığını/sergilendiğini iddia etmesi gibi hallerde, eser sahibinin kim olduğu[491] tespit davasına konu olabilecektir.

Peki, ünlü bir fotoğraf sanatçısının vücuda getirmediği bir fotografik eser, şöhretinden yararlanmak ya da onu kötülemek amacıyla, kendisine mâl ediliyorsa durum ne olacaktır? Örneğin, ünlü bir fotoğraf sanatçısının ismini kullanarak bir fotoğraf albümü yayınlamak veya uluslararası ödüllü bir yarışmaya fotoğraf göndermek. Doktrinde bazı yazarlar[492], bu hâlde, bir kişinin adı ile tanıtılan bir eserin, bu kişi tarafından eserin kendisine ait olmadığı şeklinde menfi tespit davasına konu edilebileceğini ifade etmişlerdir. Buna karşın, bir diğer görüş[493], anılan hükmün bir menfi tespit davası şeklinde uygulanamayacağı; bir kimse kendisine izafe edilen eserin sahibi olmadığını iddia ediyorsa, bu hususta FSEK

---

[490] **Kılıçoğlu,** s.381; **Kılıçoğlu** (Koruma), s.62.

[491] Fotoğraf eserleri açısından, örneğin, kişinin uyuşmazlık konusu fotoğraf ile mukayese edilebilecek benzer tarzdaki diğer çalışmalarını, aynı fotoğraf makinesi ile peşpeşe çekilen ve seri numaraları birbirinin takip eden fotoğraflarını mahkemeye sunarak eser sahibi olduğunu ispat etmesi mümkün olabilecektir.

[492] **Ayiter,** s.116; **Erel,** s.144.

[493] **Tekinalp,** § 20 Nr.22, s.294.

md.15 hükmüne değil, TMK md.23 gereğince kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlere dayanılması gerektiği yönündedir.

2. Tecavüzün Ref'i (Saldırının Durdurulması) Davası

a) Genel Olarak

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 66.maddesinde, mali ve manevi haklar bakımından tecavüzün ref'i davasının[494] genel hükümleri ortak düzenlenmiştir. FSEK md.66/I'e göre "Manevi ve mali hakları tecavüze uğrayan kimse tecavüz edene karşı tecavüzün ref'ini dava edebilir". Buna göre, bu dava hem mali hem de manevi hakların ihlal edilmesi halinde gündeme gelebilecektir.

Tecavüzün ref'i davasında, devam etmekte olan veya etkilerini sürdüren bir haksız fiil söz konusudur. Fotografik eser üzerindeki hak sahibi, haksız fiile son verilmesini veya etkilerinin ortadan kaldırılmasını talep edebilir. Bu dava ile amaçlanan hak sahibinin daha fazla zarara uğramasının önüne geçmektir. Örneğin, bir fotoğraf sanatçısının özgün fotoğrafları, rızası olmaksızın bir kitapta, üstelik ismi yazılmaksızın basılıp yayınlanmış[495] veya bir sergide kullanılmıştır. Kendisi eser sahibi olarak zarara uğramışsa, bu zararın giderilmesi tazminat davasına konu olacaktır. Ancak eser sahibi, tazminat davasından önce ya da zararı olmasa bile öncelikle bu haksız fiile son verilmesini; kitabın satıştan kaldırılmasını ve basımının durdurulmasını veya adının esere eklenmesini ya da fotoğrafla-

---

[494] Doktrinde, tecavüzün ref'i davası yerine davanın niteliğini daha iyi anlatması ve daha uygun bir Türkçe olması nedeniyle "saldırının durdurulması davası" teriminin tercih edilmesinin daha yerinde olacağı ifade edilmiştir: **Kılıçoğlu,** s.382; **Kılıçoğlu** (Koruma), s.62.

[495] "...Davacı vekili, davalının basım ve yayıncılığını yaptığı "AZRA ERHAT-Mektuplarıyla Halikarnas Balıkçısı" adlı 1985 Kasım baskılı kitapta, müvekkiline ait ve onun tarafından çekilen ve birçok roman ve öykülerin kahramanı "Çakır Ayşe" ile Cevat Şakir Kabaağıçlı'nın arkadaşı "Gavur Ali" alt yazılarıyla yayınlanan fotoğrafların altlarına müvekkilinin ismi yazılmadan basılıp yayınlandığını, söz konusu fotoğrafların sanatsal değeri haiz olduklarını, müvekkilinden izin alınmadan basılıp yayınlanmasının ve ihtara rağmen devam edilmesinin mali haklarına zarar oluşturduğunu belirtip 5846 sayılı F.S.E.K.'nun 68 ve 70/2.maddelerine dayanılarak 350.000 TL maddi ve 350.000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline, hükmün gazete ile ilanına, *tecavüzün kaldırılmasına* karar verilmesini istemiştir...": 11.HD, 21.3.1989, E.1988/4668, K. 1989/1821 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

rının sergiden kaldırılmasını arzu etmektedir. Davanın esas amacı eser sahibinin bu yöndeki isteklerine hizmet etmektir. Dolayısıyla, eser sahipliğinden doğan hakka yönelik saldırı gerçekleşmiş ve artık son bulmuşsa, tecavüzün ref'i davası açılamayacaktır. Zira tecavüz ya da etkisi son bulmuşsa, artık bunun durdurulmasından söz etmek mümkün değildir.

Tecavüzün ref'i davasını açabilmek için, tecavüzün objektif olarak hukuka aykırılık teşkil etmesi gerekli ve yeterli koşuldur. Tecavüzde bulunan kişinin veya bu kişi bir tüzel kişinin organı yahut bir işletmenin çalışanı olarak hareket ediyorsa, tüzel kişinin veya istihdam edenin kusuru aranmaz (FSEK md.66/III). Kusur koşulu[496] sadece tazminat davaları için gereklidir. FSEK md.66/IV'de mahkemenin failde kusur olup olmadığını, varsa ağırlığını takdir edeceği belirtilmişse de, bunun tesbiti tecavüzün ref'i bakımından değil, çoğu kez onunla birlikte ve aynı mahkemede açılacak olan tazminat davaları bakımından önem arz eder. Yine tecavüzün ref'i davası için, eser sahibi ya da haleflerinin zarara uğramaları da zorunlu değildir. Zira bu dava, tazminat davasından farklı olarak, zararın giderilmesini değil; zararın doğmamasını ya da artmamasını amaç edinir[497]. Şüphesiz, eser sahibinin ayrıca zararı varsa, bunun giderilmesi için tazminat davası da açabilecektir.

Yine yasa koyucu, tecavüzün ref'i davasının uzun zaman sonra karara bağlanabileceğini, geçen süre içinde saldırının amaca ulaşacağını ve bu hâlde, eser sahibinin bu davadan beklediği amacın gerçekleşmeyeceğini düşünerek özel bir ihtiyati tedbir hükmüne yer vermiştir (FSEK md.66/IV). Bu hükme göre mahkeme, ihlâl konusu olan manevi ve mali hakkı, ihlâlin kapsamını, ihlâlde bulunan kişinin kusuru olup olmadığını, kusuru varsa bunun ağırlığını, tedbire karar verilecek olursa ihlâli gerçek-

---

[496] Alman Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda da tecavüzün ref'i davası açıkça öngörülmüştür (UrhG § 97 Abs.1). Alman hukukunda da bu davanın açılabilmesi için fikri hakların hukuka aykırı şekilde kullanılmak suretiyle ihlali yeterli olup, kusur aranmamaktadır: **Wanckel,** Rdn.432, s.302; Hoeren/**Nielen,** Rdn.211, s.141.

[497] **Kılıçoğlu,** s.385-386; **Kılıçoğlu** (Koruma), s.63; yine bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.211, s.141.

leştiren kişinin doğması muhtemel zararlarını takdir ederek, davanın amacına yönelik gerekli tedbirleri alacaktır[498].

b) Manevi Hakların İhlali Halinde Tecavüzün Ref'i Davası

FSEK md.67 "Manevi Haklara Tecavüz Halinde" kenar başlığı altında tecavüzün ref'i davasının manevi haklar bakımından genel koşullar dışında özel koşullarını ve sonuçlarını hükme bağlamıştır. Hükümde manevi hakların türleri bakımından (eseri umuma arz yetkisi, adın belirtilmesi yetkisi ve eserde değişiklik yapılmasını yasaklama yetkisi) tecavüzün ref'i davasının özel koşulları ve kararın neleri içereceği ayrı ayrı ele alınmıştır[499]. Kısaca ele almak gerekirse:

Eseri umuma arz (kamuya açıklama) yetkisinin ihlali nedeniyle tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi için FSEK md.66'daki genel koşulların yanında bazı özel koşulların da gerçekleşmesi gerekir (FSEK md.67/I): (1) Eser henüz alenileşmemiş olmalıdır; (2) Eser sahibinin rızası dışında veya arzusuna aykırı olarak kamuya açıklanmış ya da esere sahibinin adı arzusuna aykırı olarak konulmuş olmalıdır; (3) Eserin çoğaltılmış nüshaları yayınlanmış olmalıdır.

Adın belirtilmesi yetkisinin ihlali nedeniyle tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi için FSEK md.66'daki genel koşulların yanında şu özel koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekir (FSEK md.67/II,III): (1) Eser üzerinde eser sahibinin adı hiç konulmamış olmalıdır; (2) Eser sahibinin adı yanlış konulmuş olmalıdır; (3) Eser sahibinin adı karışıklığa, başka adlarla karıştırmaya (iltibasa) meydan verecek nitelikte olmalıdır; (4)

---

[498] İhtiyati tedbire ilişkin getirilen bu düzenlemede kusur ve zarara değinilmesi, davanın bu koşulları gerektirebileceği şeklinde algılanmamalıdır. Zira yasa koyucu ihtiyati tedbire karar vermek için aranan unsurlardan biri olarak kusurun göz önünde tutulabileceğini belirtmişse de, sadece kusurun bulunmaması tedbir talebinin reddine yol açmayacaktır. Fıkrada (FSEK md.66/IV) sözü edilen zarar ise eser sahibinin zararı olmayıp, tedbire karar verilecek olursa ihlâlde bulunan kişinin uğraması muhtemel zarardır. Yani bu düzenlemeyle tecavüzün ref'i davasının zarar koşulu gerektirmemesi ilkesine istisna getirilmiş değildir: Bkz. **Kılıçoğlu,** s.386. **Kılıçoğlu** (Koruma), s.64-65.

[499] Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve düzenlemelere ilişkin eleştiriler için bkz. **Kılıçoğlu,** s.386 vd; **Kılıçoğlu** (Koruma), s.66 vd; **Tekinalp,** § 20 Nr.31, s.296 vd; **Öztan,** s.638 vd.

Kamu yararı ya da özel yarar amacıyla eser sahipliğinden doğan haklara getirilmiş kısıtlamaların söz konusu olduğu hallerde, kaynak[500] gösterilmemiş ya da yanlış veya yetersiz gösterilmiş olmalıdır (FSEK md.67/III)[501]. Tecavüzün ref'i davasının genel koşulları ile burada sayılan bir koşulun gerçekleşmesi halinde, davanın hangi talepleri ve verilecek kararın neyi kapsayacağı da hükme bağlanmıştır (FSEK md.67/II). Buna göre, eser sahibi eserin hem aslı hem de çoğaltılmış nüshaları üzerinde adının gösterilmesini talep edebilecek; masrafı tecavüz edene[502] ait olmak üzere hükmün en fazla üç gazetede ilan edilmesini de isteyebilecektir.

Eser sahibinin izni olmaksızın eserde değişiklik yapılması da eser sahibinin manevi hakkına tecavüz teşkil eder. Eserde değişiklik yapılmasını yasaklama yetkisinin ihlali halinde (FSEK md.67/IV), tecavüzün ref'i davasında eser sahibinin ne gibi taleplerde bulunabileceğini, verilecek olan kararın kapsamını yasa koyucu tayin etmiştir. FSEK md.16/II istisna tutulmak üzere, belirli teknikler icabı zorunlu olanlar dışında eser üzerinde değişiklik yapılmışsa ve bunun için eser sahibinden izin alınmamışsa, tecavüzün ref'i davasıyla bu değişikliklerin giderilmesi istenebilecektir. FSEK md.67/IV'de farklı eser türlerine göre, bu sonuca nasıl ulaşılabileceği gösterilmiştir:

---

[500] "Kaynak" eserin alındığı yerin ve eser sahibinin adının tam ve doğru olarak belirtilmesidir: **Tekinalp,** § 20 Nr.41, s.298.

[501] FSEK md.67/III'de adın belirtilmesi yetkisinin ihlali halinde tecavüzün ref'i (saldırının durdurulması) davasının önemli bir uygulamasına yer verilmiştir. Bu fıkra hükmüyle, eser sahipliğinden doğan mali haklara getirilen sınırlandırmalarda adın belirtilmesi yetkisinin de kısıtlanması veya ihlal edilmesi önlenmek istenmiştir. Eser sahipliğinden doğan manevi hakkın bu şekilde ihlal edilmesinin en yaygın halini, FSEK md.35'de kamu yararı amacıyla öngörülmüş olan iktibas serbestisi oluşturmaktadır. Uygulamada iktibasta bulunanların bu maddede öngörülen yetkiyi çoğu kez suistimal ettiği; iktibas usulüne uygun yapılmadığından ve eser sahibinin kimliği yeterli bir şekilde açıklanmadığından eser sahibinin haklarının gaspedildiği görülmektedir: **Kılıçoğlu,** s.388-389; **Kılıçoğlu** (Koruma), s.68.

[502] Bu hükmü ihlalden sorumlu tutulabilecek kişiler olarak geniş yorumlamak gerekir. Zira tecavüzün ref'i davasıyla ilgili FSEK md.66/II'de açık şekilde, haksız fiil faili dışında, onu çalıştıranların da sorumlu tutulabileceği kabul edilmiştir.

- İlim ve edebiyat, musikî ve sinema eserlerinde, eserin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının, yayım ve temsilinin, radyo (ve tv) ile yayımının men edilmesi ve tecavüz edenin tedavülde bulunan nüshalardaki değişiklikleri düzeltmesi veya bunların eski hale getirilmesi eser sahibince talep edilebilir (FSEK md.67/IV,c.1).

- "Güzel sanat eserlerinde, eser sahibi, asıldaki değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığının tanıtılmasını veya eserdeki adının kaldırılmasını yahut değiştirilmesini talep edebilir. Eski halin iadesi mümkün ise, değişikliğin izalesi ammenin veya malikin menfaatlerini esaslı surette haleldar etmiyorsa, eser sahibi eseri eski hale getirebilir" (FSEK md.67/IV, c.2). Örneğin, bir fotoğraf sanatçısının ün kazanmış sanatsal bir portresinin yine çok popüler olan bir kitap kapağında, rötuşlanmış ve dijital olarak manipule edilerek kırpılmış şekilde kullanılması halinde, bu değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığının belirtilmesini veya kapak fotoğrafına ilişkin eser sahibi adının kaldırılmasını isteyebilir, hatta fotoğrafın kapaktaki haliyle kullanılmasını ve bu şekildeki sonraki basıları engelleyebilir.

c) Mali Hakların İhlali Halinde Tecavüzün Ref'i Davası: Bu Davanın Bir Türü Olarak Telif Tazminatı

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda mali haklara tecavüz halinde açılacak tecavüzün ref'i davası 68.maddede ele alınmıştır. Mali haklara tecavüz uygulamada çoğunlukla çoğaltma ve yayma yoluyla gerçekleştiğinden, FSEK md.68/I'de işleme, temsil ve radyo-tv ile umuma iletim (yayın) haklarının ihlaline kısaca yer verildikten sonra, müteakip fıkralar çoğaltma ve yayım haklarının ihlaline ve eser sahibinin/mali hak sahibinin taleplerine ayrılmıştır.

Mali hakların ihlali halinde tecavüzün ref'i davası FSEK md.68'de şu ayrımlar yapılarak hükme bağlanmıştır:

- İzinsiz çeviri, izinsiz veya izin verilen sayıdan fazla basım, işlenme, radyo tv gibi araçlarla yayım veya temsil eylemlerinde; eser sahibine ihlalde bulunan kişiyle bir sözleşme yapmış *olsaydı* talep edebileceği bedelin veya emsal ya da rayiç bedelin üç kat fazlasını talep edebilme yetkisi tanınmıştır (FSEK md.68/I).

- İzinsiz bir çoğaltma var ve çoğaltılan kopyalar satışa çıkartılmamışsa; eser sahibi, (1) çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların *imha edilmesini*, (2) maliyet fiyatını aşmamak üzere çoğaltılmış kopyaların ve çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri gereçlerin *uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini*, (3) *sözleşme yapılmış olsaydı talep edebileceği bedelin üç kat fazlasını* isteyebilir (FSEK md.68/II). Böylelikle yasa koyucu, eser sahibi veya haleflerine burada üç seçimlik hak tanımıştır. Ayrıca aynı fıkranın son cümlesinde, eser sahibinin ihlalde bulunana karşı, bu talep dışında diğer yasal haklarını da kullanabilme hakkı saklı tutulmuştur. Bununla, mali hakları ihlal edenin sorumluluğunun, sadece üç seçimlik haktan birinin kullanılmasıyla sınırlı olmadığı, ayrıca doğan zararların tazminine ilişkin sorumluluğunun da devam ettiği ifade edilmek istenmiştir[503].

- İzinsiz çoğaltılan parçalar satışa çıkartılmışsa veya satış haksız bir eylem niteliğinde ise; eser sahibi, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında *ikinci fıkrada yazılı seçeneklerden birini kullanabilir* (FSEK md.68/III)[504].

Mali hakların eser sahibinin eserle olan ekonomik ve mali ilişkilerinden kaynaklanan haklar olduğunu ifade etmiştik. Bu niteliklerinden ötürü bu hakların ihlal edilmesi halinde, ihlal ya da etkileri devam etmekte ise açılacak olan tecavüzün ref'i (saldırının durdurulması) davasının da mali sonuçlar doğurması düşünülmüştür. Zira bu sayılan hallerde, eser sahibinin telif hakları ihlal edilmektedir; bu nedenle davanın eser sahibinin telif haklarının tazmin edilmesine yönelik olması öngörülmüştür. Yasa koyucu, bu amaçla, eser sahibi/hak sahibi ile mali hakları ihlal eden

---

[503] **Kılıçoğlu,** s.396; *Spiegel Cd-Rom,* BGH, GRUR (2002), s.248 (**Hoeren/Nielen,** Rdn.206, s.138).

[504] FSEK md.68/II ve III.fıkralarda eser sahibine tanınmış olan hak seçimlik bir haktır. Seçimlik hakların nitelik ve kullanılma koşullarına ilişkin temel ilkeler burada da geçerli olduğundan; seçimlik haklar yenilik doğurucu hak olup, herhangi bir kayda ve koşula bağlı kullanılamayacağı gibi, bir defa kullanıldıktan sonra bu haktan dönmek de mümkün olmayacaktır. Örneğin; çekmiş olduğu fotoğraflarıyla oluşturulan takvim nüshaları satışa çıkartılmışsa, eser sahibi fotoğrafçı çoğaltılmış nüshaların kendisine bir bedel karşılığı verilmesini talep ettikten sonra, bundan dönüp varsayımsal telif ücretinin üç katını talep edemeyecektir.

arasında *bir sözleşme yapılmış olsaydı* bu haklar için ödenmesi gereken telif ücreti ne olacak idiyse, tecavüzün ref'i (durdurma) davasının bu ücretin ödenmesine yönelik olması esasını getirmiştir. Bununla birlikte, bu davanın sadece telif ücretinin ödenmesi ile sınırlı tutulmasının mali haklara yönelik muhtemel ihlaller açısından caydırıcı olamayacağı öngörülerek, *telif ücretinin üç katının*[505] talep edilebilmesine olanak tanınmıştır.

Böylelikle, eser sahipliğinden doğan mali hakların ihlali halinde, eser sahibinin "telif hakkının ödenmesi" de tecavüzün ref'i (saldırının durdurulması) kapsamında değerlendirilmiştir. Zira mali hakların ihlalinin sadece durdurulmasıyla yetinmek eser sahibi için etkin bir koruma sağlayamaz. Bu ihlal nedeniyle eser sahibi talep edebileceği telif hakkından mahrum kalmış olur. Mahrum kalınan bu hakkın ödenmesi de zarar ve kusur koşuluna bağlı değildir[506].

Yasa koyucu, hükmedilecek telif tazminatı hakkında bir varsayımdan hareket etmiştir. Buna göre, "eser sahibi ile saldırıdan sorumlu kişiler arasında bir sözleşme yapılmış olsaydı talep edilebilecek olan telif ücreti" göz önünde tutulacaktır. Bu hesaplama yapılırken, taraflar arasında bir *varsayımsal/farazi sözleşme*den hareket edilmektedir[507]. Eser niteliğinde-

---

[505] FSEK md.68'de, 2001 yılında 4630 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce şu şekilde bir düzenleme yer almaktaydı: " Sözleşme yapılması halinde talep edebileceği mutat bedelin en çok % 50 fazlasını isteyebilir". Burada yer alan *"%50 fazlası"* şeklindeki oran, eser sahipliğinden doğan hakların ihlaliyle daha etkin ve etkili şekilde mücadele amacıyla *"üç kat fazlası"* şeklinde arttırılmıştır. Yine belirtmek isteriz ki, fıkranın son halinde yer alan "sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal veya rayiç bedel itibarıyla uğradığı *zararın* en çok üç kat fazlasını isteyebilir" ifadesinde yer alan "zarar" kelimesi, mali hakların ihlali halinde tecavüzün ref'i davasının, maddi tazminat davasındaki zarar koşulunu gerektirdiği kanısında yol açmamalıdır. Burada, mali hakların ihlali halinde, eser sahibi veya haleflerinin "telif hakkı" nedeniyle bir kayba uğradıkları, bu dava ile anılan kaybın üç kat fazlasının talep edilebileceği ifade edilmek istenmiştir. Nitekim aynı maddenin ikinci fıkrasında aynı konuyla ilgili olarak, isabetli şekilde, zarar kelimesine yer verilmemiş; "sözleşme olması durumunda isteyebileceği *miktarın* üç kat fazlasını talep edebilir" ifadesi kullanılmıştır. Bkz. **Kılıçoğlu,** s.394.

[506] **Kılıçoğlu,** s.394-395; **Kılıçoğlu** (Koruma), s.71-72.

[507] **Kılıçoğlu,** s.395; **Kılıçoğlu** (Koruma), s.72; bkz. **Tekinalp,** § 20 Nr.50, s.302; *Hirschgewand-* LG Leipzig, GRUR 2002, s.424-425; *Geflügelte Melodie-* BGH GRUR 1975, s.323-324; *Lizenzanalogie-* BGH GRUR 1990, s.1008-1009 (**Hoeren/Nielen,** Rdn.206, s.138, dpn.490).

ki fotoğrafları konu alan bir uyuşmazlıkta, somut olayın özelliğine göre, varsayımsal/farazi sözleşme bedeli tayin edilirken;

- eser sahibinin (fotoğrafı çeken) sanatçı kişiliği, sanatsal yeteneği ve üretim kapasitesi, tanınmışlığı gibi ölçütler[508] subjektif kriter olarak,

- eserin beğeni ölçüsü ve hitap ettiği kitle, estetik görünümü, nitelik ve niceliği, ihlal edilen mali hakkın türü, coğrafi kapsamı, ihlal süresi, ihlalin yapıldığı vasıta ve bunun geniş halk kitlesine ulaşımı vb. ölçütler objektif kriter olarak göz önüne alınacaktır[509].

Burada akla bazı sorular gelebilir. Eser sahibi, ihlalden sorumlu olan kişiden telif tazminatı talep ettiğinde, fotoğrafi üzerindeki mali haklarını belli bir çerçevede ona devretmiş sayılacak mıdır? Başka bir deyişle, önceki mali hak ihlallerinden ötürü hükmedilen telif ücretinin üç katı tutarındaki tazminat, varsayımsal/farazi sözleşme ilişkisine dayalı olarak, ihlal edene, geleceğe etkili bir şekilde, ihlal ettiği mali hakları kullanma yetkisi verir mi ya da aynı konuda daha sonraki mali/manevi hak ihlallerini de hukuka uygun kılar mı[510]? Örnekle somutlaştırmak gerekirse; eser sahibinin/davacının fotoğraflarını rızası olmaksızın ve eser sahibinin adı belirtilmeksizin, bir kitap kapağında, takvimde ya da TV yayınında kul-

---

[508] GRUR 1990, s.36-37 (**Wanckel,** Rdn.440, s.311).

[509] Ankara 3 No'lu Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'ne 2010/228 sayılı dosyaya ilişkin olarak Haziran-2011'de sunulmuş olan bilirkişi raporundan naklen (yayımlanmamıştır). Yine bkz. **Tekinalp,** § 20 Nr.50, s.302-303. Alman doktrininde, varsayımsal sözleşme bedelinin hesaplanmasında, bir yandan söz konusu fotoğrafın önemi, niteliği ve iktisadi yararlanma olanaklarının, diğer yandan fotoğrafçılık alanında geçerli kabul edilen, mevcut tarifelerin kıstas olarak anılacağı ifade edilmiştir: Bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.207, s.139. Yine doktrin ve uygulamada, ünlü bir fotoğrafçının fotoğraflarını izinsiz kullanan kişinin -sözü edilen fotoğrafçının çoğu zaman yüksel bedeller karşılığında lisans verdiği düşünülürse-, ciddi tazminat talepleriyle karşılacağı; çok tanınmayan veya fotoğraflarını kullandırma yoluna pek başvurmayan bir fotoğrafçının eserleri izinsiz kullanıldığında ise, varsayımsal sözleşme bedelinin fotoğraf-marketing birliği ve ilgili birliklerin kural ve tarifeleri çerçevesinde belirleneceği belirtilmiştir: **Kötz/Brüggemann,** s.116. İngiliz hukukunda konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz. **Michalos,** Rdn.12-040, s.615 vd.

[510] Farazi sözleşme ilişkisi hakkında ilginç bir Yargıtay kararının fikri hukukun ve tazminat hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde ele alındığı bir değerlendirme için bkz. **Tüzüner,** Ö.: Farazi Sözleşme İlişkisi Hakkında Bir Yargıtay Kararının Tazminat Hukukunun Esasları Çerçevesinde İncelenmesi, ABD 2012, Y:70 S:2, s.71 vd.

lanması üzerine FSEK md.68 nezdindeki hukuksal yaptırımlara maruz kalan ihlal eden/davalı, aynı eylemleri sürdürürse ne olacaktır?

Yargıtay'ın yakın tarihte, karar düzeltme talebine konu olan bir uyuşmazlığa ilişkin vermiş olduğu kararda[511], konuyu ele alırken "*yerel mahkemenin telif tazminatına hükmetmesiyle kesinleşen kararın, davacı ile davalı film yapımcısı arasında mali hakların kullanılması yetkisinin devri sözleşmesi yapılmış gibi bir hukuksal durum meydana getirdiği*" düşüncesiyle hareket ettiği; bu yaklaşım sonucu farazi sözleşme ilişkisi sayesinde, hak ihlalinde bulunan kişinin, ödediği bedel karşılığında, mevzuatın öngördüğü kurallarla bağlı olarak, uyuşmazlık konusu mali hakları ve hatta mali hakların kullanılmasına ihtiyaç gösteren manevi hakları kullanma yetkisi elde ettiğinin kabul edildiği görülmüştür. Yargıtay'ın bu içtihatında, farazi sözleşme kavramı amacından sapmıştır.

Söz konusu Yargıtay kararı doktrindeki bazı görüşlerde dayanağını bulmaktadır. *Arslanlı*'ya göre[512] "*...Bu vaziyette tecavüz eden de kanun dairesinde çoğaltma ve yayım hakkının bahşettiği imkanlardan istifade edebilir, mesela iktisap ettiği nüshaları piyasaya sürerek satabilir*". *Erel* de aynı görüştedir[513]: "*Tecavüz eden hükmolunacak tazminatı ödedikten sonra, sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş gibi olacağından, çoğaltma ve yayım haklarını kendi nam ve hesabına kullanarak, çoğalttığı nüshaları kanuni şartlar dairesinde yayımlayabilir*". *Tekinalp* de eserinin bir yerinde benzer şekilde görüş belirtmiştir[514]. *Kılıçoğlu*'na göre ise[515] "*...Telif tazminatı hesaplanırken, taraflar arasında bir "farazi sözleşmeden" hareket edilmektedir. Eser sahibi, saldırıdan sorumlu olan kişiden telif tazminatı talep ettiğinde, eseriyle ilgili mali haklarını bu saldırıyla sınırlı olarak ona devretmiş olacaktır...*".

Buna karşın doktrinde *Yasaman* bu yöndeki görüşlerin tazminat hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre, "*ceza niteliğindeki bir ödemeden sonra, hukuka aykırı bir işlemin meşru-*

---

[511] Bkz. 11.HD, 24.11.2010, E.2010/11881, K.2010/11996 (**Tüzüner,** s.72 vd).
[512] **Arslanlı,** s.218.
[513] **Erel,** s.343.
[514] **Tekinalp,** § 20 Nr.65, s.305.
[515] **Kılıçoğlu,** s.395; **Kılıçoğlu** (Koruma), s.72.

laştığını ileri sürmek mümkün değildir. Caydırıcı nitelikte olan üç misli ödemenin bir yükümlülük olduğu nazara alındığında, mütecavizin kanunen hak sahibi olduğunu savunmak mümkün değildir". Yine yazar, doktrinde hakkı ihlal eden ile hak sahibi arasında kanunen sözleşme kurulduğu yönündeki görüşleri kabul etmenin mümkün olamayacağını; kanunun gerek lafzında gerekse amacında böyle bir sonucun düşünülmediğini belirtmiştir. Hakkı ihlal eden varsayımsal/farazi sözleşmenin nimetlerinden yararlanamayacak ve fakat külfetlerine katlanacaktır[516]. Nitekim bu anlayış paralelinde *Kılıçoğlu*[517] "*...izinsiz olarak çoğaltılmış nüshaların satışa sunulması halinde de farazi sözleşme ilkesi gereğince talep edilebilecek mutat bedelin talep edilmesi eser sahibinin uğradığı zararın tazmininde zararın hesaplanmasıyla ilgili bir ölçü olup, bunun tazminat davasıyla ilgili 70.maddede düzenlenmesi isabetli olur*" demiştir.

Tüzüner'in isabetli olarak ifade ettiği gibi, doktrindeki karşı görüşlerle özünde ortaya konulmaya çalışılan şudur: Fikri hakkın ihlali neticesinde, ihlalde bulunanı tazminat ödemeye mahkum eden ilâm, taraflar arasında gerçekten sözleşme ilişkisi kurmuş değildir. Farazi sözleşme ilişkisinde amaç, tazminat miktarının hesaplanmasını davacının seçimine binaen yeknesak yöntemlere bağlayarak kolaylaştırmaktır. Farazi/varsayımsal sözleşme ilişkisi, mali hakların ihlal edilmesi durumunda öngörülen tazminatın hesaplanması için düşünülen matematiksel bir yöntemden ibarettir[518]. Farazi sözleşme kavramı, bir mahkeme kararının akabinde, bu karar dikkate alınmaksızın tekrarlanan fikri hak ihlallerini ört bas etmeye alet edilemeyeceği gibi; yeni ihlallerin hukuka uygunluk sebebi olarak da yorumlanamaz. Bunun yanında, FSEK md.68/I,II'de

---

[516] **Yasaman,** H.: Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar, Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaşgünü Armağanı, İstanbul 2002, C.I, s.811.

[517] **Kılıçoğlu** (Tasarı), s.335.

[518] **Tüzüner,** s.84; **Hoeren/Nielen,** Rdn.206, s.138. Alman hukukunda tazminatın hesaplanması yöntemlerinden biri hatta uygulamada en çok başvurulanı olarak ifade edilen farazi sözleşmeye göre, taraflar arasında sözleşme yapılmış olsaydı, sözleşme şartları, özellikle de bedelin nasıl kararlaştırılmış olabileceği belirlenmeye çalışılır. Burada, örneğin, fotoğrafçının mahkemeye sunacağı, daha önce akdetmiş olduğu benzer nitelikli kullandırma sözleşmeleri de yol gösterici olabilir: **Kötz/-Brüggemann,** s.117; yine bkz.**Wanckel,** Rdn.437, s.307-308.

ifade edilen üç katı tutarında tazminatın niteliğine ilişkin doktrindeki diğer görüşlere ve bu görüşler arasında en çok benimsediğimiz, yazarın "özel hukuk cezası"[519] şeklinde nitelendirmesine karşın, biz talep edilebilecek telif ücretinin üç katı tutarındaki miktarın kanuni cezai şart olarak değerlendirilebileceği kanısındayız.

Son olarak, kanunda "...isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir" şeklinde ifade edilen varsayımsal sözleşme bedelinin üç katı tutarındaki miktarın, sözleşme olsaydı talep edilecek bedel dışında ayrıca bunun üç katı olarak mı, yoksa talep edilecek miktarın tamamının mı üç kat ile sınırlı olduğu sorusu akla gelebilir. Zira hükmün lafzından bu husus net olarak anlaşılamamaktadır. Doktrinde bu hükmün asıl ücret ve üç katı şeklinde değil, sadece talep edilebilecek ücretin üç katı şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir[520]. Yargıtay'ın da hükmü aynı şekilde yorumladığı görülmektedir[521].

---

[519] **Tüzüner,** s.84-85. Söz konusu talep hakkının kendine özgü (sui generis) ve fiktif nitelikte kanuni bir ek alacak olduğu yönünde bkz. **Üstün,** G.: Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davaları, İstanbul 1995, s.217 (yayımlanmamış doktora tezi). *Tekinalp* ise sözleşme olması durumunda istenebilecek tutarın üç katının talep edilebilmesini tecavüzün ref'i kapsamında görmekte; bunun bir tazminat değil, tecavüzü caydırmaya yönelik "kanuni bir ceza" olduğunu ifade etmektedir (**Tekinalp,** § 20 Nr.53, s.303). Alman hukukunda bu tür bir yasal düzenleme yoktur. UrhG değişiklikleri öncesinde, doktrinde bir tür "ceza" olarak nitelendirildiği görülen ve uygulamada da kabul gören, iki katı tutarında tazminatın Kanunda yer almasıyla ilgili uzun süre düşünülse ve uygulamada benimsense de (bkz. **Wanckel,** Rdn.440, s.310-311), bu gerçekleşmemiştir: **Kötz/Brüggemann,** s.117. Konuya ilişkin yine bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.203, s.137.

[520] **Kılıçoğlu,** s.397; **Tekinalp,** § 20 Nr.50, s.302; **Erel,** s.339; **Yasaman,** s.808; **Arıdemir Genç,** s.189.

[521] "Bir eserin izinsiz çoğaltılması halinde hak sahibinin, tecavüz edenden isteyebileceği maddi tazminat miktarı, farazi sözleşme ilkesi uyarınca hesaplanan miktarın üç kat fazlasını geçemez. Mahkemece bilirkişi raporunda hesaplanan ve hüküm altına alınan miktarın, sözleşme olsaydı istenebilecek miktarın dört kat fazla olduğu gözden kaçırılarak fazla miktarda maddi tazminata hükmedilmesi doğru değildir": HGK, 02.04.2003, E.2003/4-260, K.2003/271 (**Kılıçoğlu,** s.397, dpn.139).

3. Tecavüzün Men'i (Saldırının Önlenmesi) Davası

Tecavüzün men'i davası[522] FSEK md.69'da hükme bağlanmıştır. Bu dava bir eser üzerindeki mali ve manevi haklara karşı olası bir tecavüz tehlikesini önlemek amacıyla açılır. Ayrıca başlamış bir tecavüzün devam ve tekrarının olası görüldüğü hallerde de, yine bu davanın açılabileceği belirtilmiştir (FSEK md.69/I). Örneğin; bir ressam tablosunun reproduksiyonunun yayınlanacağını, bir fotoğraf sanatçısı fotoğraflarının izinsiz olarak bir dergide yayınlanacağını ya da bir takvimde kullanılacağını öğrenmişse, yayım başlamadan önce men davası açarak buna engel olabileceği gibi, bu eylem gerçekleştikten sonra da dava açarak tecavüzün durdurulmasını isteyebilir.

Tecavüzün men'i davasında, eser sahibinin haklarına yönelik hukuka aykırı eylem henüz gerçekleşmemiş ve sonuçları doğmamıştır; ancak tecavüzün gerçekleşmesi "tehlikesi" bulunmaktadır. Örneğin; eseri çoğaltmaya yönelik (fotoğraf) negatifleri çalınmış veya dijital ortamda kopyalanmış ancak henüz eser çoğaltılmamış, yayılmamışsa, tecavüz gerçekleşmediği için tecavüzün ref'i davası açılamayacaktır; ancak tecavüzün gerçekleşme tehlikesi olduğu için tecavüzün men'i davası açılabilecektir. Bu davanın, hukuka aykırı eylemin gerçekleşmesi ya da etkilerinin devam ediyor olması halinde açılması mümkün değildir; bu halde, duruma göre tecavüzün ref'i ya da tazminat davaları açılmalıdır.

Tecavüzün men'i davası da, ref davası gibi kusur ve zarar koşullarını gerektirmez. Bu husus FSEK md.69/II'de yapılan yollamadan açıkça anlaşılmaktadır, zira bu hükümle FSEK md.66/II,III, IV fıkralarının burada da uygulanacağı belirtilmiştir. Hükmün yollama yaptığı FSEK md.66/III ref davasında kusur koşulunun aranmaması ile ilgilidir. Bu nedenle tecavüzün men'i davasında da kusur koşulu aranmaz. Ayrıca bu davada zarar koşulu da aranmaz; zira ilgili FSEK md.69 incelendiğinde, bu davanın amacının eser sahibinin zararı ve tazminiyle ilgili olmadığı açıktır.

---

[522] Doktrinde, tecavüzün men'i davası yerine davanın niteliğini daha iyi anlatması ve daha uygun bir Türkçe olması nedeniyle "saldırının önlenmesi davası" teriminin tercih edilmesinin daha yerinde olacağı ifade edilmiştir: **Kılıçoğlu,** s.397; **Kılıçoğlu** (Koruma), s.74.

Tecavüzün ref'i davasından farklı olarak, bu davanın sonuçları manevi ve mali haklara göre bir ayrıma tabi tutularak ele alınmamıştır ki, bu düzenleme biçimi yerindedir. Zira men davasında, ister mali ister manevi haklara ilişkin olsun, henüz ihlal gerçekleşmemişken; ref davasında doğmuş, devam etmekte olan veya etkilerini devam ettiren ihlal, mali ve manevi haklar bakımından farklı sonuçlar doğurmaktadır.

Eser sahipliğinden/hak sahipliğinden doğan hakların ihlali ya da bu ihlalin tekrarı tehlikesi belirdiğinde, bunun önlenmesine karar verilir. Ne var ki, bu konuda yapılacak araştırma süreci çoğu zaman ihlalin ya da tekrarının doğması, açılan davanın konusuz kalması sonucunu doğurabilir. Örneğin, bir kitap veya albüm kapağında, çekmiş olduğu fotoğrafın kullanılacağını öğrenen fotoğraf sanatçısının açmış olduğu men davası sırasında, fikri ürünün eser niteliği, eser sahipliği ve benzeri konular araştırılırken; kitap yayınlanabilir, albüm piyasaya sürülebilir. Yasa koyucu bunu düşünerek, ref davasında olduğu gibi, men davasında da "özel bir ihtiyati tedbir hükmüne" yer vermiştir (FSEK md.69/II'de md.66/IV'e yapılan yollama ile). Hükmün uygulanması sonucu mahkeme, eser sahibinin mali ve manevi haklarını, ihlalin kapsamını, kusurun olup olmadığını, varsa ağırlığını ve ihlalin önlenmesi halinde ihlalde bulunan kişinin uğraması muhtemel zararları göz önünde tutarak, ihlalin önlenmesi için gerekli göreceği tedbirleri alabilecektir. Yasa koyucu, esasen bu özel hükümle tecavüzün men'i davasına işlerlik sağlamayı amaçlamıştır.

4. Kazancın İadesi Davası

FSEK'in 70.maddesinin 3.fıkrasına göre, maddi ve/veya manevi hakları ihlal edilen kimse, maddi ve manevi tazminat davasından başka, elde edilen kazancın kendisine verilmesini de isteyebilir. Madde şu şekildedir: "Birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde 68'inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir". Buna göre, eser sahipliğinden doğan hakları ihlal edilen kişinin, zararının tazmini istemi dışında, ihlalden sorumlu olan kişinin elde ettiği kazancın da kendisine verilmesini talep etmesi mümkündür.

Sözü geçen hükümde (FSEK md.70/III) öngörülmüş olan "temin edilen kârın verilmesini isteme"ye ilişkin talep tazminat niteliğinde olmayıp, vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan bir taleptir. Burada TBK md.530 (BK md.414)'de düzenlenmiş olan gerçek olmayan anlamda vekaletsiz iş görmenin özel bir uygulaması söz konusudur[523]. Zira, eser/hak sahibinin mali ve/veya manevi haklarını ihlal ederek kazanç sağlayan kimse, hak sahibinin menfaati için yapmamış olsa bile, hak sahibi yönünden vekâletsiz iş görmüştür. Hak sahibi yapılan işten hasıl olan yararların kendisine devrini isteyebilmelidir (FSEK md.70/III)[524]. Örneğin, eser sahibi fotoğrafçı kendisine ait bazı fotoğrafları yetkisiz olarak internette bir fotoğraf pazarlama sitesine koyarak, fotoğrafın her indirilmesi (download) karşılığı bir kazanç elde eden kişiden, diğer talepleri yanında elde etmiş olduğu bu kazancın iadesini isteyebilir[525].

Kazancın iadesi davası kusur ve zarar[526] koşulunu gerektirmez[527]. Zira, FSEK md.70/III'de bu koşullara yer verilmediği gibi, gerçek olma-

---

[523] İhlalden sorumlu olan kişinin elde ettiği kazancın hak sahibine verilmesinin hukuksal niteliği esasen maddede ifade edilmemiştir. Doktrinde de ifade edildiği üzere, bunun niteliğini kişilik hakkının korunmasıyla ilgili benzer bir hüküm olan TMK md.25' den çıkarmak mümkündür. Anılan hükümde, davacıya, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı ihlal dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı tanınmıştır. Bkz. **Kılıçoğlu,** s.401-402; **Kılıçoğlu,** A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.Bası, Ankara 2012, s.506; **Kılıçoğlu,** A.: Fikri Mülkiyette Kazancın İadesi Davası, Prof.Dr.Turgut Akıntürk'e Armağan, Ankara 2008, s.196-197. Yine **Ayiter,** s.252; **Tekinalp,** § 20 Nr. 99, s.316; **Erel,** s.349; **Genç Arıdemir,** s.204. Alman hukukunda, taraflar arasındaki kullandırma sözleşmesinin sınırları aşıldığında gündeme gelebilecek ikincil nitelikte talepler arasında bu durum ele alınmıştır: **Hoeren/-Nielen,** Rdn.215, s.143.

[524] İngiliz hukukunda aynı yönde **Michalos,** Rdn.2-190, s.89.

[525] **Hoeren/Nielen,** Rdn.205, s.138.

[526] İhlale uğrayanın zararı olmasa da, kazancın iadesi talep edilebilir. Bunun gibi, ihlalde bulunanın, ihlal sonucunda elde ettiği kazanç, ihlale uğrayanın zararından fazla olsa, hatta zararı aşan kısım büyük tutarlara ulaşsa bile iade talebi aynen yerine getirilir; yoksa, kazancın zararı karşılayan kısmının devri ile yetinilemez. Zaten ihlale uğrayan kişiye bu hak zararını ve hakkını ihlal edenin kusurunu ispat külfetinden kurtulması için tanınmıştır: **Tekinalp,** § 20 Nr. 99, s.317.

[527] **Kılıçoğlu,** s.402; **Kılıçoğlu** (Kazancın İadesi), s.197; **Tekinalp,** § 20 Nr. 99, s.317-318; **Durgut,** R.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları, Prof.Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s.1094; aynı yönde **Erel,** s.349; kusur koşuluna ilişkin aksi yönde **Arslanlı,** s.221.

yan vekaletsiz iş görme ile ilgili TBK md.530'da da bu koşullardan söz edilmemiştir. Maddenin amacı, haklı bir nedene dayanmaksızın eser sahipliğinden doğan hakları kullanan kişinin elde ettiği kazancın haksız olması nedeniyle, bunu gerçek hak sahibine iade etmektir. Bu hâlde, hakkı ihlal eden kişinin kusurlu olması gerekmediği gibi, hak sahibinin bu yüzden bir zarara uğraması da gerekmeyecektir. Dolayısıyla, eser/hak sahibi bu yüzden bir zarara uğradığını değil, ihlalde bulunan kişinin bu yolla bir kazanç elde ettiğini ispat edecektir[528].

Elde edilen kazancın tazminat ile birlikte ileri sürülüp sürülemeyeceği konusuna gelince; ikili bir değerlendirme yapmak yerinde olur. Hem kazancın iadesi hem de manevi tazminat birlikte istenebilir. Zira manevi tazminat ile kazancın iadesi farklı işlevlere sahiptir. Elde edilen kazanç, o kazancın ait olduğu kişiye (eser veya hak sahibine) bırakılması suretiyle ihlalde bulunanın yanına "kâr" kalmaması anlamı taşır. Manevi tazminat ise ihlalden duyulan üzüntünün hafifletilmesi işlevine sahiptir. Bu iki talep birarada bulunabilir[529]. Maddi tazminat açısından konuyu ele alırsak; kazancın iadesiyle eser/hak sahibinin fiili zararı veya yoksun kaldığı kârı karşılanabiliyorsa, maddi tazminata hükmedilemez; zira malvarlığında tazmini gereken bir zarar kalmamıştır. Zarar bununla karşılanamıyorsa, ayrıca maddi ve manevi tazminat talep edilebilir[530]. Nitekim doktrinde yine, hak sahibinin ihlalde bulunan kişiden hem elde ettiği kazancın iadesini hem de uğradığı zararın tazminini talep ettiğinde, bunlardan miktar itibarıyla daha yüksek olanıyla yetinmek zorunda olduğu, zira elde edilen kazancın iadesiyle zarardan fazla bir miktar elde edilebiliyorsa, malvarlığında haksız eylem nedeniyle bir eksilme olmadığı dile getirilmiştir[531].

FSEK md.70/III'ün son cümlesinde kazancın iadesi talep edildiğinde 68.madde uyarınca talep edilen bedelin indirileceği ifade edilmiştir.

---

[528] **Kılıçoğlu,** s.403; **Kılıçoğlu** (Kazancın İadesi), s.197; yine bkz. **Kılıçoğlu,** A.: Fikri Hakların İhlalinde Açılabilecek Hukuk Davaları, Hirsch'ten Günümüze Fikri Haklar-Tebliğler, Ankara 2004, s.47.

[529] **Tekinalp,** § 20 Nr. 99, s.317; **Durgut,** s.1094; **Genç Arıdemir,** s.206.

[530] **Yasaman,** s.816; yine bkz. **Tekinalp,** § 20 Nr. 99, s.317.

[531] **Kılıçoğlu,** s.403; **Kılıçoğlu** (Kazancın İadesi), s.197; **Ayiter,** s.253.

FSEK md.68'de "sözleşme *yapılsaydı* istenebilecek telif ücretinin üç katı şeklinde hesaplanan bedel" ile çoğaltılmış nüsha ve çoğaltmaya yarayan film, kalıp vs.gereçlerin bir "bedel" karşılığında eser sahibine devredilmesinden söz edilmekte, ancak FSEK md.70/III son cümlesinde hangi "bedel"in kastedildiği anlaşılamamaktadır. Bir görüşe göre[532] burada, eser sahibinin menfaatlerini korumak amacıyla, sadece eser sahibinin çoğaltılmış kalıp ve nüshaların kendisine devrini talep ettiği halde ödeyeceği bedel kastedilmektedir. Buna göre, eser sahibi sözleşme *yapılsaydı* isteyebileceği bedelin en çok üç kat fazlasıyla birlikte elde edilen kazancın iadesini de talep edebilecektir. Bir diğer görüşün savunucuları ise[533], bu yönde ayrım yapmaksızın hükmü uygulamakta ve bunun dışında FSEK md.68'de öngörülen yaptırımlar ile birlikte kazancın iadesinin (kârın devrinin) de istenebileceğini ileri sürmektedir.

C. Kusur ve Zarar Koşulunu Gerektiren Davalar

1. Genel Olarak

Fotoğraf üzerindeki hakları ihlal eden kimse, bu ihlalden ötürü eser sahibinin zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür. Fikri hak ihlalleri ihlalde bulunan açısından gösterdiği zahmete değer bir nitelik taşımamalıdır; dolayısıyla, bir eseri/fotoğrafı yetkisiz şekilde kullanan, hukuka uygun şekilde kullanandan daha iyi konuma yahut aynı konuma sokulmamalıdır. Fotoğraf üzerindeki hakların ihlali, ihlalde bulunanın bir eylemiyle gerçekleşebileceği gibi, ihmali bir davranışı ile de mümkün olabilir[534]. Örneğin; bir kültür-sanat yayınında kullanılan fotoğraflarda eser sahiplerinin adlarının belirtilmesi gerekirken (FSEK md.15) yer verilmemesi.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda tazminat davaları genel olarak 70.maddede düzenlenmiştir. Bu gruba giren davalarda sorumluluğa karar

---

[532] "Kanaatimce, FSEK m.70 (3)'den sadece, devredilen çoğaltılmış nüshalar ile üretmeye yarayan araçlar anlaşılmalıdır. Aksi hâlde, tecavüze uğrayan kişi temin edilen kârdan rayiç telif ücretinin üç katı indirildikten sonra kalan tutarı almak zorunda kalarak zarara uğrar. Devredilenlerin bedelinin indirilmesi halinde ise böyle bir tehlike yoktur...": **Tekinalp,** § 20 Nr. 99, s.317-318.

[533] **Erel,** s.349.

[534] **Hoeren/Nielen,** Rdn.197, s.133.

verebilmek için haksız eylem failinin kusuru arandığı gibi, hak sahibinin bu yüzden zarara uğramış olması da gerekir. Her iki hususun kanıtlanması da TBK md.50 (BK md.42) gereğince hakkı ihlal edilen kişiye aittir.

Fotoğraf üzerindeki hakların ihlali niteliği taşıyan eylemlerde bulunanın kusuru, her türlü delille kanıtlanabilir. Burada sorumluluğun doğumu açısından kusurun türü ve derecesi önem taşımaz. Bu husus ancak hükmedilecek tazminat miktarı bakımından önem taşır (TBK md.51/I).

Yine kusurla bağlantılı olarak, hakkı ihlal edenin iyiniyetinin sorumluluğa etkisi hususu üzerinde de durmak gerekir. Eser sahipliğinden doğan hakların ihlalinde çoğu zaman bu hakkı başkasından devir alan kişi gündeme gelmektedir. Örneğin; A, oteli için bastırdığı tanıtım broşüründe ve websitesinde kullanılan dialar üzerindeki kullanım haklarını eser sahibi B'den aldığını iddia ederse sorumluluktan kurtulabilecek midir? Toplanan kanıtlardan gerçekten de A'nın lisans ücreti ödeyerek eser sahibi zannettiği B'den dialara ilişkin çoğaltma, yayma haklarının kullanımını devraldığı saptanırsa, B sorumluluktan kurtulabilir mi?

Daha önce değindiğimiz üzere, FSEK md.54 bu konularda iyiniyeti korumamıştır. Maddeye göre, eser üzerindeki mali bir hakkı devretmeye veya hakka ilişkin lisans sözleşmesi akdetmeye yetkili olmayan kimseden hakkı iktisap eden iyiniyetli olsa bile korunamayacaktır. Bu çerçevede, yukarıdaki örnekte A da, gerçek eser sahibinin uğradığı zarardan sorumlu olacak; ancak bu hakkı kendisine devreden kişiye karşı alacağı temlik edenin garanti sorumluluğuna ilişkin TBK md.191 vd hükümlerine göre uğradığı zararların tazmini için rücu edebilecektir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 70.maddesinde, yasa koyucu tazminat davasını mali ve manevi hak ayrımı yapmak suretiyle ayrı ele almıştır[535].

---

[535] Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda 70.madde dışında zararın tazminini sağlamaya yönelik, FSEK md.68'de olduğu gibi, –yukarıda ele aldığımız üzere- başka düzenlemeler de yer almıştır. Gerçek anlamda bir zarar olmasa dahi, hukuka aykırı bir davranış ile fikri hak ihlalinde bulunan kimsenin elde ettiği kazancın iadesine ilişkin talep de FSEK'de tazminat davaları kapsamında özel bir yer bulmaktadır.

2. Tazminat Davaları

a) Manevi Hakların İhlali Halinde Tazminat Talebi

FSEK md.70/I'e göre, manevi hakları ihlal edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat davası açabilir. Mahkeme para yerine veya bunlara ek olarak başka bir tazminat şekline de hükmedebilir. Bunun için öncelikle ortada "eser" niteliğini haiz fikri bir ürün olmalı, eser sahibinin bir manevi hakkı ihlal edilmiş olmalı ve ihlal hukuka aykırı olmalıdır.

aa) Maddi Tazminat

Manevi hakların ihlali, manevi zarara yol açabileceği gibi maddi zarara da yol açabilir. Eser sahibi fotoğrafçının rızası dışında fotoğraflarda değişiklik yapılması (her türlü klasik ve dijital değişiklik), fotoğrafların uygun olmayan zamanda veya uygun olmayan vasıtalarla kamuya sunulması yahut özellikle, bu sunuşlarda eser sahibinin adının belirtilmemesi[536] eser sahibini maddi bir zarara da uğratabilir. Bu zararın da tıpkı manevi zararda olduğu gibi tazmin edilmesi gerekir. Ancak eser sahipliğinden doğan hakların ihlali halinde açılacak tazminat davalarını düzenleyen FSEK md.70'de manevi hakların ihlali nedeniyle maddi tazminat davası açılabileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun nedeni ise, 1995 yılında FSEK md.70'de 4110 sayılı kanunla yapılan değişikliktir.

4110 sayılı kanunla değiştirilmeden önce, FSEK md.70/I'de "*manevi hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa zarar ve ziyan; kusur ve tecavüzün ağırlığı icabettirdiği takdirde, ayrıca manevi zarar adı ile bir paranın verilmesini dava edebilir*" hükmü yer almaktaydı. 4110 sayılı kanunla getirilen değişiklikle ise, FSEK md.70/I'de yer alan ve manevi hakların ihlali nedeniyle doğan maddi zararların tazminini hükme bağlayan "*tecavüz edenin kusuru varsa zarar ve ziyan*" ifadesi kanundan tamamen çıkarılmış, manevi zararların tazminini hükme bağla-

---

[536] *Heitland* da eser sahibinin manevi haklarının ihlalinin maddi zarara neden olabileceğini; özellikle eserin kullanımında adının belirtilmediği hallerde bunun eser sahibinin reklamının yapılmasını ve tanınmasını engeller bir nitelik taşıdığını ifade etmiştir (**Heitland,** s.120).

yan *"kusur ve tecavüzün ağırlığı icabettirdiği takdirde, ayrıca manevi zarar"* ifadesi ise TBK md.58 (BK md.49) ile paralellik kurulacak şekilde yeniden kaleme alınmıştır.

FSEK md.70/I hükmünde yapılan bu hatalı değişiklik[537] sonucu, manevi hakların ihlali halinde *bu kanuna dayalı olarak* maddi tazminat talep edilemeyeceği söylenebilir. Ancak eser/hak sahibinin Borçlar Kanunumuzun genel hükümlerinden yararlanarak bu zararının giderilmesini istemesi mümkündür. Taraflar arasında sözleşme ilişkisi varsa TBK md.112 (BK md.96); sözleşme ilişkisi mevcut değilse, TBK md.49 vd (BK md.41) hükümlerindeki koşulların varlığı kanıtlandığında maddi zararın tazmin edilmesi yönünde karar verilebilecektir. Sonuç olarak, manevi haklar konusunda 4110 sayılı kanunla yapılan ve doktrinde de hatalı olduğu konusunda görüş birliği bulunan bu değişiklik -hükümde manevi tazminatın açık biçimde düzenlenip, maddi tazminata yer verilmemesinin akıllarda çeşitli soru işaretleri bırakabileceği de düşünülürse- ilk fırsatta düzeltilmelidir[538].

bb) Manevi Tazminat

Manevi haklarının ihlal edilmesi eser sahibi fotoğrafçının manevi bir zarara uğramasına yol açabilir[539]. Eser sahibinin adının değiştirilmesi,

---

[537] " Hatalı olarak yapılan değişiklik sonucu, maddi zararın tazmini olanağı maddeden çıkartılmış, sanki manevi hakların ihlalinde sadece manevi zararın tazmininin mümkün olduğu düzenlemesi yapılmıştır. Bu denli fahiş bir hatanın anlaşılması ve açıklanması mümkün değildir. Değişikliği hazırlayanlar "manevi hakların ihlalinin hem maddi hem de manevi zararlara yol açabileceği, eser sahibinin bu nedenle hem maddi hem de manevi tazminat davası hakkına sahip olduğu" gerçeğini fark edememişlerdir": **Kılıçoğlu,** A.: 5846'daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini, FMR 2001, C.I, S.3, s.26-27.

[538] Bkz. **Kılıçoğlu,** s.409; **Kılıçoğlu** (5846'daki Hatalı Bir Değişiklik), s.27; **Kılıçoğlu** (Davalar), s.46; **Durgut,** s.1082; karş. **Yasaman,** s.816.

[539] "...Ayrıca,davalı tarafça çoğaltılıp yayınlanan dava konusu kitabın 1.baskısında davacı adlarına anılan kitap künyesinde açıkça yer verildiği halde dava konusu baskılarda ise, davacıların fotoğraf eserlerinin sahibi olarak adlarının kitap künyesinde belirtilmeyip, sadece önsöz bölümünde adlarının belirtilmesi nedeniyle, davacıların FSEK.nun 15.maddesindeki adın belirtilmesi yetkisinin ihlali sonucunda FSEK.nun 70/1.maddesi uyarınca manevi hak tazminatına hak kazandıklarına ilişkin mahkeme görüşü isabetli ise de, hükmedilecek tazminatın amacına uygun olarak hak ve adale-

eserinin bir başka ad altında yayımlanması kendisi için olumsuz ve üzücü sonuçlar doğurur. Bunun dışında özellikle fotoğrafta değişiklikler yapılması (ör:photoshop yoluyla), bu değişiklikler nedeniyle eserin ana temasının anlaşılmaz hale gelmesi, sanatsal ifade gücünün bozulması,bu nedenle bilim ve sanat çevrelerinde eleştirilmesi; eserin sahibinin rızası dışında uygun ve etik olmayan bir ortamda kamuya sunulması (ahlâka aykırı bir yayında kullanılması) eser sahibinin üzüntü duymasına yol açabilir. Bu durumda, eser sahibinin bu manevi zararının tazmini gerekir.

1995 yılında yapılan değişiklikten önce FSEK md.70/I hükmü "kusur ve tecavüzün ağırlığı" koşuluna bağlı olarak manevi tazminat davası açılabileceği şeklindeydi. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun eski 49.maddesine (TBK md.58) paralel olarak kaleme alınmış bu hüküm, anılan 49.maddenin 1988 yılında 3444 sayılı kanunla değiştirilerek "kusurun ağırlığı" koşulunun bu maddeden çıkarılmasından sonra, bu değişiklikle uyum sağlamak amacıyla yine, 4100 sayılı kanun ile 1995 yılında değiştirilmiştir. Maddenin yeni şekline göre, manevi tazminata hükmedebilmek için kusur ve ihlalin varlığı yeterli olup bunların özel bir ağırlığı koşulu aranmayacaktır.

FSEK md.70/I'de yapılan bu değişiklik bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. İlk olarak manevi tazminat davası açabilmek için kusurun gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, özellikle hükmün lafzından yola çıkarak kusur koşulunun aranmaması gerektiğini savunmaktadır. *Tekinalp*[540], FSEK md.67'de eser sahibinin adı ile ilgili manevi hakkın ihlalinde açacağı ref davasında da kusur koşulunun aranmadığını, diğer manevi haklar açısından da aynı sonuca ulaşılmasının uyum açısından gerekli olduğunu ifade etmekte ve manevi tazminat davasının kusur koşuluna bağlı olmaması gerektiğini savunmaktadır. Doktrinde hakim görüşe göre ise[541], FSEK md.70/I'deki değişiklik ile kusur

---

te uygun bir şekilde tespit edilmesi gerekir.": 11.HD, 23.10.2008, E.2007/3470, K.2008/11725 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

[540] **Tekinalp,** § 20 Nr. 89, s.312.

[541] Tekinalp'den farklı görüşte **Yasaman,** s.812 vd. Yine bkz. **Kılıçoğlu,** s.412-413; **Kılıçoğlu** (5846'daki Hatalı Bir Değişiklik), s.27-28; **Erel,** s.345; **İnceoğlu/Tosun,**

koşulundan değil, yalnızca kusurun ağır olması koşulundan vazgeçilmiştir. Manevi tazminat davası sözleşmesel ya da haksız fiil temelli bir davadır ve tüm tazminat davalarında olduğu gibi kural olarak kusur koşuluna bağlıdır; bu anlamda genel hükümlerden ayrılmayı haklı kılacak bir neden yoktur. FSEK md.70/I'de bir kusursuz sorumluluk hali kabul edilmiş değildir[542]. Bu nedenle, kanımızca da, FSEK md.70'in lafzından yola çıkan ve manevi tazminat için kusur şartını aramayan görüşe katılmaya olanak bulunmamaktadır.

Doktrinde tartışmalı olan diğer bir husus da manevi tazminat davası açabilmek için eser sahibinin ayrıca bir zarara uğramış olmasının gerekli olup olmadığıdır. FSEK md.70/I "*manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir*" hükmü ile manevi zarar unsuruna açıkça yer vermiş durumdadır. Buna karşın, uygulamada manevi zarar unsurunun genellikle üzerinde durulmadığı, daha doğrusu manevi hak ihlalinin söz konusu olduğu hallerde manevi zararın da gerçekleşmiş olduğu varsayımından hareket

---

s.91-92; FSEK md.67/II'ye göre açılacak davada kusur koşulu aranmamasının, bu davanın tamamen FSEK'e özgü bir dava olması ve tazminat davası niteliği taşımamasından ötürü olduğu yönünde bkz. **Durgut,** s.1079. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, HGK, 2002 tarihli bir kararında manevi tazminat davası açılabilmesiyle ilgili olarak, "...dava açılabilmesi için eser sahibine ait manevi hakların ihlal edilmesi yeterli olup karşı tarafın kusuru aranmaz..."sonucuna ulaşmıştır: HGK, 1.05.2002, E.2002/11-283, K.2002/340 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

542 Bununla birlikte, doktrinde bir görüşe göre, FSEK md.70 hükmü gerek davalının kusurunun bulunduğu durumlarda gerekse kusursuz sorumluluk hallerinde uygulama alanı bulabilecek olan bir hüküm niteliğindedir. Buna göre, manevi tazminat davası fikri hak ihlalleri bakımından hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluk hallerinde açılabilecektir. Eser sahibinin uğradığı manevi zarardan bir kimsenin kusursuz olarak sorumlu tutulabilmesine ilişkin örnekler için bkz. **Kılıçoğlu,** s.413. *İnceoğlu/Tosun* da aynı şekilde, söz konusu tazminat davasının çoğu zaman haksız temelli bir dava olduğunu belirtmiş, haksız fiiller için öngörülmüş olan kusursuz sorumluluk hallerinin burada da uygulama alanı bulmaması için hiçbir neden olmadığını ileri sürmüştür. Yazara göre de, özellikle adam çalıştıranın sorumluluğunun ya da ayırtım gücü olmayan bir kimsenin hakkaniyet sorumluluğunun söz konusu olması FSEK kapsamında da mümkün olmalıdır (**İnceoğlu/Tosun,** s.93-94).

edildiği görülmektedir[543]. *Tekinalp*'e göre[544], FSEK manevi bir hakkın ihlal edilmesiyle manevi bir zararın da oluştuğunu, tecavüz ile zarar arasında ayrıca ispatı gerekmeyen yasal bir sebep-sonuç bağının bulunduğunu varsaydığından, manevi tazminat davası açabilmek için eser sahibinin manevi bir hakkının ihlal edilmesi yeterli olup, ayrıca bir zarara uğramış olmasına gerek yoktur. Doktrindeki hakim görüşe göre ise[545], manevi tazminat davası açabilmek için eser sahibinin manevi hakkının ihlal edilmiş olması yeterli olmayıp, bu ihlal ile birlikte bir zararın da ortaya çıkması gerekir. Durum böyle olmakla birlikte, uygulamada görülen manevi hakkın ihlali halinde manevi zararın da gerçekleştiği varsayımı, en azından ilk bakışta, çok da isabetsiz değildir[546].

Kanımızca, FSEK md.70'de yer alan "*manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık*" ifadesinden yola çıkarak, yasa koyucunun manevi hakkın her ihlal edildiği durumda manevi zararın da kendiliğinden gerçekleşeceğini varsaydığı sonucuna ulaşmak isabetli değildir. Nitekim 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda "*şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşı-*

---

[543] **İnceoğlu/Tosun,** s.86. "Mahkemelerimiz manevi tazminat istemlerinde genellikle böyle bir zararın doğduğu konusunda kanıt toplamamakta, manevi hakların ihlal edilmesini manevi zararın karinesi olarak kabul etmekte, maddi tazminat talep edilmişse, hükmedilen maddi tazminat miktarına göre objektif ölçülere dayanmadan bir miktar tazminata karar verilmektedir": **Kılıçoğlu,** s.414. Fotoğraflarla ilgili olarak Kılıçoğlu'nun belirttiği bu hususa ilişkin bir karar için bkz.11.HD, 21.3.1989, E.1988/4668, K.1989, 1821 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

[544] **Tekinalp,** § 20 Nr. 84, s.310-311.

[545] **Durgut,** s.1080; **Kılıçoğlu,** s.410; **İnceoğlu/Tosun,** s.87; **Arkan,** s.288-289.

[546] Zira bizim de paylaştığımız hakim görüş, manevi zararı bir kimsenin duyduğu elem ve üzüntü olarak tanımlamaktadır (bkz. **Kılıçoğlu,** s.411; **İnceoğlu/Tosun,** s.99). Bir kişinin duyduğu elem ve üzüntü, o kişinin iç dünyasını ilgilendirdiği ve bu nedenle de gerçek anlamda bir değerlendirmenin yapılması mümkün olamayacağı için, bu konuda dürüst makul bir kişinin esas alınması gerekir. Dürüst, makul bir kişinin de, çok önemsiz bir hak ihlali ihtimali ayrı tutulursa, bir manevi hakkının ihlali neticesinde elem ve üzüntü duyacağını ifade etmek çok yanlış olmayacaktır. Ancak bu varsayımın her zaman doğru olduğunu söylemek mümkün değildir. Başka bir deyişle, esas olan her ne kadar manevi hak ihlalinin gerçekleşmesi halinde bir manevi zararın doğması ise de, bunun aksine durumların da söz konusu olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz. **İnceoğlu/Tosun,** s.88.

*lık"*ifadesine yer verildiği gibi; Türk Borçlar Kanunu'nda da *"kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık"* şeklinde bir ifade yer almıştır. Ancak bu hükümlere rağmen, Borçlar Kanunu açısından manevi tazminat talep edebilmek için manevi zarar unsurunun ayrıca gerçekleşmesi gerektiği konusunda doktrinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Benzer bir ifadenin kullanıldığı, hatta hükmün kaleme alınışında 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun esas alındığı açık olan FSEK md.70 açısından da farklı bir yoruma gitmeyi gerekli kılacak bir neden bulunmamaktadır.

cc) Manevi Hakkın Kişilik Hakkı ile İlişkisi ve Tazminat

Burada, manevi hak ihlallerinin aynı zamanda kişilik hakkı ihlali oluşturup oluşturamayacağı; ayrıca FSEK'de sayılmış manevi haklara ilişkin ihlallere sadece FSEK'de öngörülen yaptırımların mı uygulanacağı yoksa TMK'nın kişilik haklarına ilişkin koruma hükümlerinin de uygulanıp uygulanamayacağı –yani FSEK md.70'den kaynaklanan taleplerin TBK md.58 (BK md.49) karşısındaki konumu- gibi hususları ele almaya çalışacağız.

Öncelikle, eser üzerindeki manevi hakların kişilik hakkının bir uzantısı veya kişilik hakkını oluşturan değerlerden biri olarak algılanması acaba mümkün müdür? Eser üzerindeki manevi hakların doğduğu hukuk olarak bilinen Fransız hukukunda, bu hakların eser sahibinin kişiliğine bağlı olduğunu ileri süren görüşler olduğu gibi; bu hakların kişilik haklarının uzantısı yahut parçası olarak kabul edilmesinin manevi hakların sınırlı sayıda, ayrı birer mutlak hak olarak düzenlenmesi başta olmak üzere genel anlamda niteliğini bozacağını ifade eden görüşler de mevcuttur[547].

Şüphesiz bir eseri yaratan kişinin eseriyle arasında kurduğu bir bağ vardır; ancak esere yapılan izinsiz müdahalelerin eser sahibinin kişilik hakkını ihlal edip etmediği sorusunun tek ve mutlak bir yanıtı bulunma-

[547] Fransız hukukundaki görüşler için bkz. **İnceoğlu/Tosun,** s.81, dpn.19 ve 20'de anılan yazarlar.

maktadır[548]. Zira doktrinde çeşitli açılardan ifade edildiği gibi, manevi hakların kişilik hakkından farklı yönleri bulunmaktadır[549]:

Öncelikle, manevi hakların kaynağı eser ile eser sahibi arasındaki bağdır; ortada bir eser yoksa, manevi haktan da söz edilemez. Oysa, kişilik hakları insana insan olması nedeniyle ve onun korunması için tanınan haklardır; bunun için bir eser meydana getirmiş olmak şart değildir. Kişilik hakları hiçbir şekilde başkalarına devredilemeyecekleri gibi, miras yoluyla da intikal etmez ve kişinin ölümüyle sona erer. Aynı şekilde manevi haklar da devredilmez ve miras yoluyla geçmezse de; bu hakların kullanma yetkisi devredilebileceği gibi, kişinin ölümü halinde kanunda sayılan kişiler manevi hakları kullanma yetkisine sahiptir. Nitekim *Ayiter*[550] *"...bu haklar MK md.23 vd. anlamında şahsiyet hakları olsa idi, ölümle sona ermeleri gerekirdi. Bunların mali hakların kullanılmasıyla içiçe giren özellikleri, eser sahibine eserle olan ilişkisi dolayısıyla tanındıklarını ve şahsiyet hakkı olarak düşünülemeyeceklerini açıkça göstermektedir"* demektedir. *Arslanlı*[551] ise, FSEK md.13'deki eser sahiplerinin mali ve manevi menfaatlerinin FSEK çerçevesinde korunacağına dair düzenlemeye rağmen, manevi haklara ilişkin olarak Türk hukukunun karma bir sisteme tabi olduğunu belirtmiş ve *"Manevi haklarda Kanunun tadad ettiği (saydığı) salahiyetleri Medeni Kanunun şahsiyetin himayesine mütedair hükümleri ile daima tevsi (genişletme) imkanı mevcuttur"* diyerek, eser sahibinin manevi haklarıyla ilgili olarak TMK'nın kişilik hakkının korunmasına ilişkin hükümlerinin de uygulanma ihtimalini ortaya koymuştur.

---

[548] **İnceoğlu/Tosun,** s.81.

[549] Eser yaratıcısının kişiliğinden süzülerek oluştuğu için kuşkusuz onun kişilik hususiyetlerini yansıtacaktır. Bu nedenle, bazı ülkeler kanunlarında manevi hakları "eser sahibinin kişilik hakları/ eser sahipliğinden doğan kişilik hakları" olarak adlandırmıştır (Alman UrhG § 12-14, İsviçre URG Art.9). Bu kavram Almanya ve İsviçre dışında çoğu ülkede ise kişilik haklarından bağımsız bir şekilde "eserden doğan manevi haklar" olarak ifade edilmiştir. Hatta Bern Anlaşmasının 1928 Roma Revizyonu'ndan sonraki tüm tadillerine de "manevi haklar" olarak girmiştir. Çünkü manevi haklar eser yaratıcısının kişiliği ile ilgili olsa da, kişilik haklarından mutlaka farklıdır. Konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz. **Piroğlu,** s.567 vd; **Aksu,** s.134 vd.

[550] **Ayiter,** s.110.

[551] **Arslanlı,** s.79.

Bu noktada, FSEK'de sayılmış manevi haklarla ilgili ihlallerde, sadece bu kanunda düzenlenen yaptırımların mı uygulanacağı yoksa TMK'nın kişilik haklarına ilişkin koruma hükümlerinin de uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, sayfaları eksik olarak basılan bir roman veya yönetmeni renkli göstermek isterken siyah beyaz gösterilen bir sinema filmi karşısında eser sahiplerinin durumuyla, bestesi veya çektiği fotoğraflar pornografik bir filmde izinsiz kullanılan besteci ve fotoğrafçının durumlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır[552].

Eser sahibinin "eser yaratma" eyleminin kişiliğiyle bağlantısı yadsınamazsa da[553], eserleri doğrudan kişilik hakkını oluşturan parçalardan biri olarak kabul etmek yerine, esere karşı gerçekleştirilen haksız eylemin niteliğine göre ayrım yapmak uygun olacaktır. Böylelikle, manevi hak ihlallerinin kişilik hakkı ihlali olarak sayılıp sayılamayacağı, sayılacaksa hangi durumlarda bunun kabul edilebileceği belirlenmelidir. Burada manevi hak- kişilik hakkı ilişkisinin üç farklı durum açısından ele alınması mümkündür[554].

Bu durumlardan ilkinde, FSEK'de sınırlı olarak sayılan manevi hakların ihlalinde, ayrıca kişilik hakkı ihlali olup olmadığı sorusuna bakılmaksızın, FSEK'deki manevi tazminat yaptırımına başvurulabilir. FSEK'de yer alan her manevi hak ihlalinin aynı zamanda bir kişilik hakkı ihlali teşkil ettiğini ifade etmek güçtür[555]. TBK md.58'den farklı olarak, kişilik hakkı ihlali hükümde aranmamış olduğuna göre, manevi hak ihlalinin bir kişilik hakkını ihlal etmediği durumlarda, manevi tazminat talep-

---

[552] **İnceoğlu/Tosun,** s.82.

[553] **Hoeren/Nielen,** Rdn.105, s.81-82. *Aksu* da eser üzerindeki manevi haklar açısından da önemi olan kişinin kendi kendine karar verme hürriyetinin çekirdeğinin de kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, manevi haklar konusunda özellikle eser sahibinin karar verme noktasında kendisine yöneltilebilecek muhtemel engellerin kişilik hakkı oluşturabileceğine dikkat çekmektedir (**Aksu,** s.130).

[554] **İnceoğlu/Tosun,** s.82 vd.

[555] Yargıtay da manevi hak ihlallerinde manevi tazminat istenebileceğini, bunun için kişilik haklarının tecavüze uğramış olması koşulunun aranmayacağını belirtmektedir: 11.HD, 25.02.2003, E.2002/10070, K.2003/1592 (**Aksu,** s.142), aynı yönde 11.HD, 02.03.2000, E.2000/864, K.2000/1697 (**Suluk/Orhan,** s.813-814).

lerinin FSEK md.70'e dayanacağı açıktır[556]. Bu durumda, TBK md.58 ile FSEK md.70 hükümleri arasında bir yarışma söz konusu olmayıp, sadece FSEK md.70'den kaynaklanan bir talep ileri sürülebilecektir[557]. Örneğin; eser sahibi fotoğrafçının/ressamın adına yer verilmeden eserin bir yayında, websitesinde kullanılması, fotoğrafçının izni ve haberi olmaksızın fotoğrafların umuma arz edilmesi gibi[558].

İkinci olarak düşünülmesi gereken durumda, haksız eylemin manevi hakları ihlal etmemesi, bu nedenle de FSEK md.70 uyarınca manevi tazminat talebinin söz konusu olmaması mümkündür. Ancak bu husus genel hükümler çerçevesinde (TBK md.58) manevi tazminat talebi ileri sürülmesine engel teşkil etmemektedir. Söz konusu haksız eylemin bir kişilik hakkı ihlali teşkil etmesinde durum böyledir. Örneğin, bir köşe yazarının veya sanat eleştirmeninin fotoğrafı pornografik olarak değerlendirip aşağılaması. Bu durumda FSEK md.70 anlamında bir manevi hak ihlali söz konusu değilse de; eserin bu şekilde nitelendirilip aşağılanması eser sahibinin kişilik hakkını ihlal edebilir niteliktedir ve fotoğrafı vücuda getiren eser sahibinin TBK md.58 uyarınca manevi tazminat talebini ileri sürmesi mümkündür.

Üçüncü durumda ise, eserin kullanım tarzı eser sahibinin gerek manevi haklarını gerekse kişilik haklarını ihlal eder nitelik taşıyabilir. Burada özellikle eser sahibinin izninin olduğu bir durumda onun verdiği izin kapsamı dışında gerçekleşen ve eser sahibinin -yasa koyucunun ifadesiyle- "*şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan*" her türlü değiştirme veya umuma arz hallerine işaret edilmektedir (FSEK md.14/III ve FSEK md.16/III). Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda umuma arz hakkı ve eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkı için düzenlenen bu ihtimallerde açıkça eser sahibinin şeref ve

---

[556] **Öztan,** s.670; **İnceoğlu/Tosun,** s.96.

[557] **İnceoğlu/Tosun,** s.96.

[558] Bununla birlikte, farklı ve hususiyetini haiz fotoğraflarıyla ün yapmış, tanınmış bir fotoğrafçının adının bilgisi ve rızası dışında başka fotoğraflarda eser sahibi olarak yer alması halinde, fotoğrafçının itibar kaybetmesi ihtimali söz konusu olabileceğinden, fotoğrafçının kişilik hakkının ihlal edildiğini söylemek mümkündür.

itibarının zarar görmesinden söz edilerek, kişilik hakkına atıfta bulunulmuştur. Örneğin; fotoğraf eserinin üzerinde oynamalar yapılarak, kişilik haklarını ihlal eder şekilde, alaycı bir reklam kampanyasında kullanılması; küçük ön izleme resmine (thumbnails) konu olan eserin, eser sahibinin saygınlığının zedelenmesine neden olabilecek başka ön izleme resimleriyle yan yana gözükmesi. Bu gibi birçok halde, manevi hak ihlali ile kişilik hakkı ihlali aynı anda ortaya çıkabilir.

Bu son duruma ilişkin ilk değerlendirilmesi gereken, FSEK md.70 ve TBK md.58 arasında özel hüküm- genel hüküm ilişkisinin bulunup bulunmadığıdır. Doktrinde ileri sürülen bizim de paylaştığımız bir görüşe göre[559], FSEK md.70'in fikri hak ihlallerinde manevi tazminat talebini düzenleyen özel hüküm niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir. Zira aksine bir yorum bir kimseye manevi zararını birden çok tazmin etme olanağı tanıyacaktır ki; aynı ihlal sebebiyle bir kimseye birden fazla manevi tazminat ödenmesi bu kişinin elem ve üzüntüsünün giderilmesinin ötesinde haksız yere zenginleşmesine de yol açabilir. Dolayısıyla, bir ihlalin hem FSEK md.70 hem de TBK md.58 açısından ihlal niteliği taşıdığı durumlarda, özel hükmün olduğu yerde genel hüküm uygulama alanı bulmayacak, zarar gören davasını sadece FSEK md.70'e dayandırabilecektir. Başka bir deyişle, bu iki talebin yarışması söz konusu olmayacaktır.

Buna karşın, doktrinde diğer bir görüşe göre[560], manevi haklara tecavüzün aynı zamanda kişilik hakkını da ihlal etmesi hâlinde, TBK md.58 uyarınca ayrıca manevi tazminat istenebilmesi mümkün olmalıdır. Bu görüşün temelinde FSEK md.70 ile TMK md.24'ün koruma altına aldığı hukuksal kurumların birbirinden farklı olduğu düşüncesi yatmaktadır. Yargıtay da hem 1981 yılında içtihadı birleştirme kararıyla, hem de

---

[559] **İnceoğlu/Tosun,** s.96-97. Alman hukukunda da aynı yönde bkz. **Hocren/Nielen,** Rdn.105, s.82.

[560] "Eser sahibinin manevi haklarının tecavüze uğraması ile kişilik haklarına saldırı halinde açılacak manevi tazminat davalarının birbirinden ayrılması hem Yargıtay kararlarında kökleşmiş hem de öğretide kabul görmüştür": **Tekinalp,** § 20 Nr. 84, s.310-311; **Arkan,** s.289; **Öztan,** s.671.

FSEK md.70'in 1995 yılında değişmesinin ardından yine 2003 yılındaki HGK kararıyla aynı görüş doğrultusunda karar vermiştir[561].

FSEK'in 70.maddesi ile TMK md.24'ün koruduğu hukuksal kurumların birbirinden farklı olduğu yönünde şüphe yoktur. Ancak bu husus aynı zararın birden fazla kez tazmin edilmesi sonucuna götürmemelidir[562].

b) Mali Hakların İhlali Halinde Tazminat Talebi

FSEK md.70/II'ye göre "Malî hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere müteallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir". Buna göre, mali hakları ihlal edilen eser sahibi fotoğrafçı, ihlal edenin kusuru varsa haksız fiil hükümlerine göre tazminat isteyebilir. Aynı davayı FSEK'in 19.maddesinde sayılan kişiler de açabilir (FSEK md.19). Hükmün yollama yaptığı Türk Borçlar Kanunumuzun haksız fiillere ilişkin düzenlemeleri 49-72.maddeleri (BK md.41-60) kapsamaktadır.

Buna göre fotoğrafları üzerindeki mali hakları ihlal edilen fotoğrafçı TBK md.49'daki koşullar mevcut ise maddi zararının, TBK md.58'deki koşullar mevcut ise manevi zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir.

aa) Manevi Tazminat

Mali hakların ihlali ile çoğu kez maddi zarar söz konusu olur. FSEK md.70/II hükmünde bahsedilen tazminat daha ziyade maddi zararın tazminidir[563]. Bununla birlikte bazen bir mali hakkın ihlali dolayısıyla o hakkın bağlantılı olduğu bir manevi hak da ihlal konusu olabilir. Örneğin, fotoğrafçı A ile röportaj yapmaya giden gazeteci B'nin, fotoğrafçının fotoğraf makinesindeki yahut stüdyosundaki -henüz umuma arz edilmemiş bulunan- bazı sanatsal fotoğraflarını gizlice kayıt altına alması ve bunlara gazetesinde/dergisinde başka birini eser sahibi göstererek yer

---

[561] İBK, 18.02.1981, E.1980/1, K.1981/2 (YKD 1981, C.7, S.5, s.533-538). Yine aynı yönde HGK, 2.04.2003, E.2003/4-260, K.2003/271 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

[562] **İnceoğlu/Tosun,** s.97.

[563] **Erel,** s.348.

vermesi halinde, A'nın mali haklarının yanısıra FSEK md.14'de kendisine tanınan umuma arz manevi hakkı da ihlal edilmiş olur[564].

Mali hakları ihlal edilen eser sahibi fotoğrafçının buna bağlı oluşan manevi zararının tazminini talep edebilmesi için TBK md.58'deki koşulların gerçekleşmesi gerekir[565]. Buna göre, eser sahipliğinden doğan mali haklar ihlal edilmiş olmalıdır. Bunun yanında haksız eylem hukuka aykırı olmalıdır; yani hakkın kullanılmasında bir hukuka uygunluk sebebi varsa manevi tazminat gündeme gelmeyecektir. Yine eser sahibi ya da halefleri manevi bir zarara uğramış olmalıdır. Örneğin, fotografik eserlerin kötü bir teknolojiyle çözünürlüğü kötü şekilde çoğaltılmış, yayılmış olması; bir fotoğraf sanatçısının fotoğraflarının tamamen aksi görüşte olduğu bir siyasi partinin tanıtım broşürlerinde yayımlanması gibi. Son olarak, haksız eylem ile doğan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalı ve hakkı ihlal eden kusurlu olmalıdır.

bb) Maddi Tazminat

FSEK md.70 gereğince, mali hakların ihlalinde maddi tazminat talep edebilmek için[566], hukuka aykırı bir eylemle mali hakkı ihlal edenin

---

[564] " Davacı vekili, fotoğraf sanatçısı olan müvekkiline ait iki adet fotoğrafın izin alınmaksızın davalı tarafından reklam amacıyla kullanıldığını ve Fotoğraf Dergisi'nin Ağustos-Eylül 1995 sayısında yayınlandığını ileri sürerek 75.000.000 TL maddi, 25.000.000 TL manevi tazminatın 1.8.1995 tarihinden itibaren reeskont oranında faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir...Mahkemece dosyadaki kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre; iddia edilen maddi vakıanın sabit olduğu ve davacının maddi zararının 75.000.000 TL olduğu ancak davacının manevi haklarının halel olmadığı gerekçesiyle 75.000.000 TL maddi tazminatın dava tarihinden itibaren yıllık %30 oranında yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. *Davacının çektiği fotoğraf izin alınmaksızın ve sanatçı ismi de belirtilmeksizin davalının reklamında kullanıldığına göre davalının manevi hakları ihlal edilmiş bulunduğunun kabulü ile FSEK md.70 gereğince uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken buna ilişkin talebin reddi doğru olmamış ve hükmün bozulması gerekmiştir...* ": 11.HD, 22.9.1998, E.1998/3773, K.1998/5807 (**Suluk/Orhan,** s.819-820). Bu örnekte olduğu gibi, genellikle Yüksek Mahkemenin kararlarında eser sahibinin ihlal edilen haklarına ilişkin tek tek belirtmek suretiyle ayrıntılı bir gerekçelendirmeye gitmediği görülmektedir.

[565] Bkz. İBK, 18.02.1981, E.1980/1, K.1981/2 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

[566] Alman hukukunda *Heitland*, mali haklarının ihlalinde zarar gören hak sahibine üç seçimlik hak tanındığını belirtmiştir. Buna göre zarar gören, kazanç kaybının gide-

kusurlu[567] olmasının yanısıra, bu eylem hak sahibinin maddi zararına yol açmış olmalıdır. Bu dava ile zarar gören hak sahibinin malvarlığının şimdiki durumu ile haksız ihlal gerçekleşmeseydi sahip olacağı durum arasındaki farkın tazminat olarak ödenmesine hükmedilecektir. Bu anlamda, fotoğrafların rıza dışında çoğaltılması, çoğaltılmış nüshaların yayımlanması, bu nedenle fotoğrafçının kendi yayınlayacağı bir çalışmadan vazgeçmek durumunda kalması, yine fotoğrafların iktibas sınırlarının aşılarak kullanılması vb. hallerde, eser sahibinin eserine ilişkin ekonomik ve mali menfaatlerini kaybetmiş olması durumunda maddi tazminat gündeme gelebilecektir.

Mali hakların ihlali, hak sahibinin malvarlığında fiilî bir zarara veya kazanç kaybı zararına (yoksun kalınan kâr) yol açabilir. Fiilî zarar, ihlal sonucu mevcut ve gerçekleşen zararı ifade etmekte iken (damnum emergens); kazanç kaybı zararı, ihlal sonucu fiilen gerçekleşmeyen, elde edilmesi muhtemel kazanç kaybına yol açan zarardır (lucrum cessans)[568]. Fikir ve sanat eserlerinde zarar daha çok, kazanç kaybı zararı şeklinde kendini gösterir[569].

---

rilmesini, farazi sözleşme bedeli olarak makul bir lisans bedelinin ödenmesini ya da ihlalde bulunanın elde ettiği kazancın iadesini talep edebilecektir (**Heitland,** s.118).

[567] FSEK md.70/II'de kusur açık bir biçimde belirtildiğinden manevi haklarda yapılan tartışma burada yoktur.

[568] **Kılıçoğlu** (Borçlar Hukuku), s.297-298.

[569] **Ayiter,** s.251; **Genç Arıdemir,** s.200. "...Mahkemece 7.3.1986 tarihli lisans anlaşmasına, 15.11.1986 ve 11.2.1987 tarihli tesbit raporlarına, diğer belgelere, 11.2.1987 tarihli bilirkişi raporu ile davalının itirazlarını cevaplayan 11.4.1988 tarihli ek rapor ile tüm dosya içeriğine dayanılıp davacının lisans hakkı sahibi olduğu Benissimo Speciale Dergisinin yılda bir yayınlanan özel eki olan Uncinetto dantel ekini de lisans sözleşmesi kapsamında olduğu, davalının dantel dergisinin Kasım 1986 sayısında Uncinetto ek dergisinden kopye ettiği dantel resimlerini yayımlayarak davacının lisans hakkına tecavüz ettiği ve davacının bu yüzden Uncinetto özel sayısını yayınlamak hakkından haklı olarak vazgeçtiği ve *kâr kaybına uğradığı*, tutarının da 49.327.800 TL olduğu sonucuna varılıp davalının haksız tecavüzünün kaldırılmasına, fazla talep hakkı saklı kalmak üzere 30.000.000 TL'nin dava tarihinden itibaren %30 faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir...Davacı işbu davasında davalının haksız eylemi sonucunda uğradığı zararın tazminini istemiş, zarar kalemleri arasında ilan gelirinden yoksun kaldığı ve bu yüzden 26.000.000 TL zarara uğradığını, ayrıca iade edilecek dergileri tekrar satışı nedeniyle 7.500.000 TL gelir kaybı olduğunu belirterek bu miktarların da zarar hesabında dikkate alınmasını talep etmiştir...": 11.HD, 13.02.1990, E.1988/9257, K.1990/856 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

Zararın ispatı ve hesaplanması ile hükmedilecek tazminat miktarının takdiri konusunda TBK md.50-51 (BK md.42-43) hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, zarar gören hak sahibi zararını ve hak ihlalinde bulunan kimsenin kusurunu ispat yükü altındadır. Bunun yanında, tazminat davalarında zararı tespit etmek oldukça güç bir iş olduğu için gerektiğinde hakim TBK md.50/II hükmünden yararlanarak "*olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri*" göz önünde tutarak zararı takdir edecektir.

D. Hükmün İlanı

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu eser sahipliğinden doğan hakların ihlâli halinde, birçok hâlde kamuoyunda eser sahibinin kim olduğu ya da eserin aslının ne olduğu konusunda şüphelerin oluşabileceğini; bu şüpheleri gidermenin en etkili yolunun ise bu konuda verilen hükmün ilanı olduğunu öngörmüştür (FSEK md.78). Böylelikle, hakları ihlâl edilen eser/hak sahibine mahkeme hükmüyle ortaya çıkan gerçek durum hakkında kamuoyunu aydınlatma imkânı sunulmuş olmaktadır.

Yasa koyucu, eser sahibinin adının belirtilmesi hakkının ihlâli hâlinde tecavüzün ref'i (saldırının durdurulması) davasında, mahkeme hükmünün yayımlanmasına ilişkin olarak özel bir hüküm öngörmüştür. Eser sahibinin manevi haklarından adının belirtilmesi hakkının (FSEK md.15) ihlâl edilmesi hâlinde, hak sahibi eserin aslı ve çoğaltılmış nüshalarında adının belirtilmesini talep etme yetkisine sahiptir. Yasa koyucu, eser sahibine bu yetkiyi tanımakla da yetinmemiş; ona, sözü edilen manevi hakka ilişkin bu ihlâlin durdurulması yani eserde ve nüshalarında eser sahibinin adının belirtilmesine karar verilmesi amacıyla açılan davada verilen hükmün en fazla üç gazetede masrafı ihlalde bulunana ait olmak üzere yayımlanmasını talep etme yetkisini de tanımıştır (FSEK md.67/II).

Bu özel hüküm dışında, FSEK md.78 genel olarak eser sahipliğinden doğan hakların ihlâli halinde, hak sahibine mahkeme hükmünün ilan edilmesini talep edebilme yetkisini de bir hukuksal koruma yolu olarak tanımıştır. Hükme göre, hükmün ilanının talep edilebilmesi için; hak sahibinin haklı bir nedeni ya da yararının bulunması, mahkeme kararının

kesinleşmiş olması ve ilan hakkının kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde kullanılması[570] gerekmektedir. Yine ilanın şekli ve içeriğinin kararda tespit edileceği[571] belirtilmiştir.

§ 5 - TÜRK HUKUKUNDA ESER NİTELİĞİNDE OLMA KOŞULU ARANMADAN KORUNAN FOTOĞRAFLAR

I. HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNE GÖRE KORUMA

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun amacı fikri yaratıcılığın ürünü sayılan eseri ve dolayısıyla eser sahibini korumaktır. Bununla birlikte, Kanunda eser sayılmayan ancak eserle yakın ilişkileri bulunan bazı konular da koruma altına alınmıştır. Yasa koyucu, eser niteliğinde olmasa bile, eserle yakından ilgili olan, onun ayrılmaz bir parçası haline gelen ve eser alenileştirilirken ya da yayımlanırken verilen ad ve alametlerin (logo, sembol, amblem vb.) özel olarak korunması gerektiğini düşünmüştür. Bunun dışında yine, eser niteliğinde olsun veya olmasın, yaratılmasında benzer bir fikri çabanın gösterildiği bazı işaretlerin, resimlerin ve seslerin tespit edilmesi ve kullanılmasına ilişkin olarak da koruma altına alınması düşünülmüştür. Bu tür yaratımların başkaları tarafından kullanılmasında "*eser sahipliğinden doğan hakkın ihlali*" değil, "*haksız rekabete neden olunması*" ön plana çıkmaktadır. Haksız rekabete dayanan korumadan yararlanabilmek için genel kural "tacir olmak" ise de; yasa koyucu burada bu tür yaratımların haksız rekabet hükümlerine göre korunması için, bu koşul aranmaksızın özel bir düzenleme getirmiştir[572]. Bu çerçevede Kanunda öngörülen düzenlemeleri çalışma konumuz olan fotoğraflarla ilgili olduğu ölçüde ele almayı uygun görüyoruz.

---

[570] *Kılıçoğlu* hükmün ilanını talep etme yetkisinin üç ay içinde kullanılmaması halinde, bunun yaptırımının olsa olsa bu süreyi kaçıran davacı tarafın ilana ilişkin masrafları davalıdan talep edememesi olacağını belirtmiştir: **Kılıçoğlu,** s.422.

[571] Burada "ilanın şeklinden" anlaşılması gereken husus, hükmün hangi araçlarla ilan edileceğidir; buna göre, hükmün gazetede mi, yoksa tv-radyo gibi iletişim araçlarında mı yayımlanacağı hususu kararda belirtilecektir. "İlanın muhtevası (içeriği)" ise davacının talep ettiği ilanın kararın tamamına mı yoksa özetine mi ilişkin olacağını ifade eder: **Kılıçoğlu,** s.422.

[572] **Kılıçoğlu,** s.142-143.

A. Eserin Adı-Alâmetleri-Şekilleri

1. Genel Olarak

FSEK md.83'de "Ad ve alâmetler" başlığı altında, bir eserin adı, alâmetleri ve çoğaltılmış nüshalarının şekillerinin iltibasa meydan verebilecek şekilde başka eserlerde ve çoğaltılmış nüshalarda kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Anılan düzenleme "haksız rekabet ilkesi"ne dayanmaktadır. Kural olarak bütün edebiyat, müzik ve sinema eserleriyle güzel sanat eserlerinin bir kısmı böyle bir ad veya onu emsallerinden ayırdetmeye yarayacak bir alâmet yahut şekil taşırlar. Buna karşılık, bilimsel ve teknik nitelikteki eserlerde sırf o esere mahsus bir ad kullanılması istisnai bir durumdur. Bu tür eserler daha ziyade eser sahiplerinin adıyla tanınır ve anılırlar[573].

Bu konu fotoğraflarla ilgili olarak uygulamada daha ziyade "fotoğrafın adı"[574] bakımından önem arz edebilir.

2. Koruma Konusu

FSEK md.83'de bir eserin "adı, alâmetleri ve çoğaltılmış nüshalarının şekilleri" korunmuştur. Bir eserin "alâmetleri" ve "çoğaltılmış nüshalarının şekilleri" ibareleri ile neyin kastedildiği[575] madde metninden açıkça anlaşılamamakta ise de, fotoğrafların maddesel niteliği itibarıyla, konumuz açısından fazla önem taşımadıkları söylenebilir. Buna karşın, uygulamada her türlü esere bir ad konması usulü zaman içinde yerleşmiş; fotoğrafçılar da özellikle çektikleri sanatsal ve tarihsel fotoğraflarına ad koyma usulünü -özellikle eserlerini tanıtmak, kalıcı kılmak ve teknolojik araçlarla esere ilişkin görsele kolay ulaşılmasını sağlamak açısından- benimsemeye başlamışlardır. Esere verilen adın başka bir eserde kullanılmasının alıcıyı yanıltması ve eser sahibinin ekonomik menfaatlerine zarar vermesi de ihtimal dahilindedir; bu halde, eserin adının korunma-

---

[573] **Erel,** s.228.

[574] Fotoğrafın adı ile eser sahibinin adı birbirine karıştırılmamalıdır. Eser sahibinin eserde veya eserle bağlantılı olarak adının belirtilmesine ilişkin hakkı eser sahibinin korunan manevi haklarından olup, FSEK md.15'de ele alınmıştır. Buna karşın eser adının eser sahibinin -FSEK'de pek açık ifade edilmemiş bulunan- bir manevi hakkı olduğu yönünde **Tekinalp,** § 10 Nr.19, s.104.

[575] Bu konuda bkz. **Çöl,** s.366.

sında eser sahibinin yanısıra alıcıların da menfaati vardır. Haksız yararlanmaların önüne geçmek amacıyla eser üzerindeki ad FSEK md.83 hükmü ile korunmuştur.

Eser adlarının eser gibi korumadan yararlanıp yararlanamayacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu konuda genel görüş[576], eser adlarının ne denli özgün olursa olsun, eser sayılamayacağı ve eserlere ilişkin korumadan yararlanamayacağı yönündedir.

3. Koruma Koşulları

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 83.maddesi ele alınıp değerlendirildiğinde; bir eserin adı, alâmetleri ve çoğaltılmış nüshalarının şekillerinin korunması için bazı koşulların arandığı anlaşılmaktadır. FSEK md.83/V çerçevesinde öngörülen korumadan yararlanabilmek için bu koşulların "birlikte" bulunması gerekir. Bu koşullar söz konusu koruma konularının *ayırt edici olması*, *iltibasa meydan verebilecek tarzda kullanılması* ve *eserin kamuya sunulmuş olması* 'dır.

a) Ayırt Edici Olma

Bir eserin adı, alâmetleri ve çoğaltılmış nüshalarının şekillerinin anılan hüküm kapsamında korunabilmesi için, herkes tarafından olağan olarak kullanılmaması, bir başka deyişle ayırt edici niteliği bulunması gerekir. Nitekim FSEK md.83/II'de " birinci fıkra hükmü umumen kullanılan ve ayırt edici bir vasfı bulunmayan ad, alâmet ve dış şekiller hakkında uygulanmaz" denilmektedir. Herkesin kullanabildiği ve bu nedenle ayırt edici bir niteliği olmayan ad, işaret ve şekiller anonimdir ve bunun sonucu olarak, haksız rekabete ve haksız rekabet hükümlerine göre korumaya yol açamaz. Bununla birlikte, koruma konularının anonim olma ve ayırt ediciliği her eser türüne göre farklı değerlendirilmesi gereken

---

[576] " Eser sahibine ad ve alâmetlerle çoğaltılmış nüshaların dış ve iç şekli üzerinde, mezkur madde ile tanınmış olan hakları telif hakkı mahiyetinde bir hak olarak telakki etmeye imkan yoktur. Çünkü başlığın bir hususiyeti bulunsa dahi ad ve alâmetler başlı başına mevcudiyeti haiz eser vasfını iktisap edemezler, bu bakımdan "parça" olarak da himayeye mazhar olamazlar. Fikir mahsulünde ad ve alâmetler, daha ziyade eseri tanıtmaya ve tefrike yarayan birer remiz mahiyetini haizdir": **Arslanlı,** s.53; **Kılıçoğlu,** s.143; **Erel,** s.229; karş. **Ayiter,** s.78. Yabancı hukukta fotoğraf adlarına ilişkin aynı yönde bkz. **Duboff,** s.16; **Sherwin,** s.75.

unsurlardır. Fotoğraflar açısından örneğin, "*99 Cent II Diptychon*", "*Afghan Girl*"(*Afgan kızı*), "*Saint-Lazore Garının Arkasında*", "*Gözkuşağı*" gibi fotoğraf adlandırmaları herkesin kullandığı adlar olmayıp, ayırt edici bir niteliğe sahiptir. Buna karşın, "*mutluluk*", "*fayton*", "*günbatımı*", "*bahar kapının ardında*" gibi, yine tasvir edilen mekana veya objeye/sujeye dair doğrudan adlandırmalar, herkes tarafından kullanılabilir ve ayırt ediciliği bulunmayan niteliktedir.

Bir eser adı, alâmetleri ve çoğaltılmış nüshalarının şekilleri iki durumda "ayırt edici olma" koşulunu sağlayabilir: (1) orijinallik, (2) tanınmışlık. Bir başka deyişle, bir eser adı, alâmeti veya çoğaltılmış nüshalarının şekilleri ya orijinal (kendine özgü, değişik) olduğu için ya da tanınmış (şöhretli, bilinen) olduğu için ayırt edicidir[577]. Örneğin, yukarıda saydığımız ayırt edici adlandırma örneklerinden, *Steve McCurry*'nin eserine verdiği "*Afgan Kızı*" eser adının, diğerlerinden farklı olarak, orijinal olmasından ziyade fotoğrafın o adla tüm Dünyada ün kazanmış olmasından ötürü ayırt edici nitelikte olduğunu söylemek mümkündür.

b) İltibasa Meydan Verebilecek Tarzda Kullanılma

FSEK md.83'deki koruma hükümlerinin uygulanabilmesinin diğer bir koşulu, eserin ad, alâmet ve çoğaltılmış nüshalarının şekillerinin *iltibasa meydan verebilecek tarzda*, başka eserlerde veya çoğaltılmış nüshalarda kullanılmasıdır. İltibas sözlükte " iki şeyin birbirine, biri sanki öteki sanılacak kadar benzemesi", kısaca "yanıltıcı benzeyiş" olarak tanımlanmıştır[578]. İltibas (karıştırılma), TTK md.55/1,a,4'de haksız rekabete neden olan dürüstlük kuralına aykırı hareketler içinde düzenlenmiştir. FSEK, iltibasa ilişkin olarak haksız rekabet hükümlerine atıf yaptığına göre, iltibasın olup olmadığı da haksız rekabet ilkelerine göre belirlene-

---

[577] **Çöl,** s.367.

[578] **Yılmaz,** E.: Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş 9.Bası, Ankara 2005, s.545. İltibas (Yeni TTK'daki ifadeyle "Karıştırılma"-TTK md.55/1,a,4), öncelikle mal ya da iş ürünlerinin dış görünüşleri itibarıyla yanıltmayı, kandırmayı, yanlış algılanmaya neden olmayı ifade eder: Bkz. TTK md.55/1,a,4'e ilişkin Hükûmet Gerekçesi. İltibas sebebiyle haksız rekabet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Franko,** N.: İltibas Sebebiyle Haksız Rekabet, Prof.Dr.Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, s.115 vd.

cektir[579]. Sözgelimi, ünlü bir fotografik esere çağrışım yapan bir adı veya aynı adı koyarak, benzer kompozisyonda bir fotoğrafı piyasaya sürerek, üçüncü kişilerin kullanımından kazanç sağlanması halinde iltibasa yol açılmış olduğu söylenebilir.

c) Kamuya Sunulmuş Olma

Bir "eser"in ad, alâmet ve çoğaltılmış nüshalarının şekillerinin korunması için, başka eserlerde veya çoğaltılmış nüshalarında iltibasa meydan verebilecek tarzda kullanılması yeterli değildir. Koruyucu hükümlerin dayanağı haksız rekabet yasağı ilkesi olduğundan, eserin bu ad altında kamuya sunulması, alâmet ve şekli taşıyan nüshalarının tedavüle konulması da gereklidir. Korumanın başlaması için esere ad verilmesi değil, bu adın haksız rekabete yol açacak şekilde kullanılması gerekir. Başka bir deyişle, eser korunacak olan o ad altında ve taklidinden önce kamuya sunulmuş olmalıdır. Bu koşulun sonucu olarak, uyuşmazlık konusu iki eserden, önce kamuya sunulmuş olan eser öngörülen koruma hükümlerinden yararlanacaktır[580].

4. Korumayı Sağlayan Davalar

FSEK md.83/V uyarınca, bir eserin adı, alâmetleri ve çoğaltılmış nüshalarının şekilleri, başka eserlerde ve çoğaltılmış nüshalarda iltibasa (karışıklığa) yol açacak tarzda kullanılmışsa, haksız rekabet hükümlerinin uygulanacağına değinmiştik.

Haksız rekabet, TBK md.57'de ve TTK. md.54 vd hükümlerinde düzenlenmiştir[581]. Haksız rekabette bulunan kişinin hukuksal sorumluluğu TTK md.56-61'de, haksız rekabette bulunan kişinin cezai sorumluluğu ise TTK md.62-63'de ele alınmıştır. TTK md.56'da haksız rekabet nedeniyle açılabilecek hukuk davaları; "tespit", "men", "hukuka aykırı

---

[579] **Tekinalp,** § 10 Nr. 20, s.104-105; **Çöl,** s.369.

[580] **Arslanlı,** s.53; **Çöl,** s.370; **Erel,** s.229.

[581] Haksız rekabet hükümleri ve bu alandaki koruyucu davalara ilişkin ayrıntılı olarak bkz. **Arkan,** S.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012, s.307 vd; **Yavaş,** M.: Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri, Doç.Dr.Mehmet Somer'in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s.771 vd; **Özdamar, M./Ermenek,** İ.: Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat, FMR 2007, Y:7, C:7, S:3, s.43 vd.

durumun ortadan kaldırılması (haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması)", "maddi ve manevi tazminat davası" olarak sayılmıştır. Haksız rekabetten ötürü tespit, men ve hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması davalarının açılabilmesi için failin kusuru aranmazken; tazminat davalarının açılabilmesi için ise kusurlu olması gerekir. Söz konusu davalar; zarar gören veya zarar görme tehlikesine maruz bulunan kimseler, müşteriler ve mesleki ve ekonomik birlikler tarafından açılabilir (TTK md.56/I-II-III). Örneğin, fotoğrafı çeken sanatçı, yayınevi, iltibasa uğrayarak yanlış eseri satın alan sanatsever. Davalı ise, haksız rekabet teşkil eden davranışta bulunan kişidir. Haksız rekabet davalarında zamanaşımı süresi, davaya hakkı olan tarafın bu hakkın doğumunu öğrendiğinden itibaren bir yıl ve her halde bunların doğumundan itibaren üç yıldır (TTK md.60/I). Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin bu hükümlerinin uygulanabilmesi için ise, yukarıda değindiğimiz üzere, haksız rekabette bulunan kişinin tacir olması da gerekli değildir (FSEK md.83/V).

5. Koruma Süresi

Bir eserin adı (alâmetleri ve çoğaltılmış nüshalarının şekilleri) üzerindeki haksız rekabet çerçevesindeki korumanın ne kadar süre devam edeceği hususunda FSEK'de bir hüküm yer almamaktadır. Doktrinde hakim görüşe göre, haksız rekabet yasağına dayanan bu koruma haksız rekabet imkanı ve iltibas (karıştırılma) tehlikesi bulunduğu sürece var olmalıdır. Korumanın kalkması için eserin ticari değerinin kalmamış olması, karıştırma, yanıltma gibi tehlikelerin, yani iltibasa (karıştırılma) yol açma imkanının sona ermesi gerekir. Bunun için eserin tedavülden kalkmış, tükenmiş olması yahut eser için geçerli olan koruma sürelerinin dolması da gerekli değildir. Başka bir deyişle, FSEK md.83 koruma süresi sona eren eserlere de uygulanır. Eserin fikir ve sanat alanında hâlen önem taşıyor olması, ad, alâmet veya şeklinin korunması için yeterlidir[582].

---

[582] **Erel,** s.230; **Arslanlı,** s.54; **Tekinalp,** § 18 Nr.5, s.273; **Çöl,** s.371.

B. İşaret, Resim ve Ses

1. Genel Olarak

FSEK md.84'de "İşaret, resim ve ses" başlığı altında "bir işareti, resmi veya sesi, bunları nakle yarayan bir alet üzerine tesbit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimsenin, aynı işaretin, resmin veya sesin üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıtadan faydalanılmak suretiyle çoğaltmasını ve yayımlamasını men edebileceği" hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme de, FSEK md.83'de olduğu gibi, haksız rekabet yasağı ilkesine dayanmaktadır ve aynı şekilde hükmün uygulanması açısından haksız rekabet eyleminde bulunan kişinin tacir olması şart değildir (FSEK md.84/II). Korumanın amacı, mevcut bir emekten başkalarının yararlanmasını engellemektir.

2. Koruma Konusu

Yasa koyucunun burada haksız rekabet hükümlerine göre koruma altına aldığı yaratımlar "bir alet üzerine tesbit edilen, çoğaltılan ya da yayılan işaret, resim ve sesler"dir. Bir işaret, resim veya ses "eser" niteliğinde ise, eser sahipliğinden doğan haklar kapsamında korunur. FSEK md.84'de sözü edilen işaret, resim ve sesler ne eser, ne bağlantılı hak ne de genel olarak kişilik hakkı kapsamında korunan; ancak haksız rekabet hükümleri kapsamında koruma bulan yaratımlardır[583] [584].

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 84.maddesinin üçüncü fıkrasında, inceleme konumuz olan fotoğrafları da içeren bir düzenlemeye yer

---

[583] **Kılıçoğlu,** s.147-148. "Bir işaret marka ise, ya da bir ses veya resim fikir ve sanat eseri niteliğini taşıyorsa, bunlar kayda alındıkları takdirde ya eser veya komşu haklar çerçevesinde ya da tasarım yahut marka olarak himaye görürler. Ancak bir işaret, resim veya ses yukarıdaki düzenlemelerden hiçbirinin kapsamına girmiyorsa, bunlarla ilgili tespitler gereğinde TK'nın haksız rekabet hükümleriyle korunabilir...": **Tekinalp,** § 18 Nr.6, s.273; **Öztan,** s.761.

[584] "...FSEK 84.maddesine göre resmi yayanın üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıtadan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayınlanmasını men etme hakkı mevcut olduğundan maddedeki yollama ile TTK 58/c maddesindeki haksız rekabet halinin söz konusu olduğu, BK. 42 ve 43.maddelerine göre ve İstanbul Fotoğraf ve Sinema Amatörleri Derneğince bildirilen fotoğrafa harcanan emek ve mesai nazara alınarak haksız rekabetten dolayı tazminatın belirlendiği gerekçesiyle...": 11.HD, 29.05.2008, E.2009/2592, K.2010/8963 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

verilmiştir. Hükme göre "Eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tesbit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da bu madde hükmü uygulanır". Buna göre, eser niteliği taşımayan "her nevi fotoğraflar" (örneğin, bir filozofun veya siyaset adamının yaşadığı veya doğduğu evin fotoğrafları, rutin nitelikli röportaj fotoğrafları), "benzer yöntemlerle kayda alınan resimler" ve "sinema ürünleri" (örneğin, bir romancının videoya kaydedilmiş Nobel armağanı töreni gibi) de FSEK md.84'e göre korunurlar[585].

Fotoğrafların eser sahipliğinden doğan haklar kapsamında korunabilmesi için, ya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 2.maddesinin 3.fıkrasında yer alan "teknik ve ilmi mahiyette" olması ya da 4.maddesinin 5.bendinde yer alan "estetik değere sahip" olması gerekir. Uyuşmazlık konusu fotoğraflar teknik ve ilmi mahiyette ya da estetik değeri haiz fotoğraf olarak değerlendirilemiyorsa, bu tür fotoğrafları kanunda öngörülen eser grupları içinde değerlendirmek mümkün olamayacağından; FSEK md.84/III fıkrasında yer alan "*eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar*"olarak değerlendirmek ve haksız rekabet hükümlerine göre korumak mümkündür[586].

---

[585] Bkz. **Tekinalp,** § 18 Nr.9, s.273.

[586] Ankara 3.Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'ne 2007/337 sayılı dosyaya ilişkin olarak sunulmuş olan 26.06.2008 tarihli bilirkişi raporundan naklen (yayımlanmamıştır). Yargıtay da, bir kararında, uyuşmazlık konusu fotoğrafların Kanunun eser koruması altında bulunan teknik mahiyette fotoğraflar olduğunu; kaldı ki, FSEK anlamında eser niteliği taşımayan fotoğrafların dahi yine de Kanunun himayesi altında bulunduğunun altını çizmiştir: "Nitekim, mahkemece mütalaasına başvurulan bilirkişi de raporunun (2) numaralı bendinde davacı tarafından çektirilen çadırlarla ilgili fotoğraf ve diaların 5846 sayılı Yasa'nın 1. ve 2.maddelerine göre, bu Yasanın himayesi altında bulunan (teknik) nitelikli fotoğraflar olduğu kabul edilerek, bu hususu hatırlatmak suretiyle sonucunu mahkemenin takdirine bırakmıştır. Kaldı ki,...5846 sayılı Yasa'nın 84/son fıkrası hükmü uyarınca bu yasa anlamında eser niteliğini taşımayan fotoğrafların dahi bu kanunun himayesi altında bulunduğu hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde açıklanmış bulunmaktadır" (11.HD, 26.4.1983, E.1983/2205, K.1983/2172, **Suluk/Orhan,** s.483); yine bkz. 11.HD, 10.10.2012, E.2011/8859, K.2012/15637 (yayımlanmamış).

3. Koruma Koşulları

Öncelikle, bir alet üzerine tesbit edilen, çoğaltılan ya da yayılan işaret, resim ve sesler FSEK'in esere veya komşu haklara ilişkin hükümlerinin, Markaların Korunması Hakkındaki KHK'nın ve Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkındaki KHK'nın koruma kapsamına girmemelidir. Anılan hukuksal düzenlemelerin hiçbirinin kapsamına girmeyen işaret, resim ve sesler FSEK md.84'e göre (dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun ve Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet hükümlerine göre) korunurlar[587]. Örneğin, çalıştığı kurumdan fiilen ayrılırken, bu kurumun üzerinde lisans hakkını haiz olduğu, tanınmış bir fotoğrafçıya ait her biri eser niteliğindeki dia, fotoğraf ve video filmleri yanına alarak kurduğu yeni şirkette bu eserleri yetkisiz şekilde ve ticari amaç ile kullanan kişinin gerçekleştirdiği faaliyet haksız rekabet teşkil etmekle birlikte; sözü geçen fotoğrafların izinsiz kullanımına ilişkin FSEK md.84 uygulanmaz. Zira bu fotoğraflar "eser" kapsamında olduğundan, eserin korunmasına ilişkin hükümler uygulanacaktır[588].

Yine FSEK md.84/I'e göre, işaret, resim veya sesi ticari maksatlarla çoğaltan veya yayan kimsenin "haklı olması" gerekir. Haklı olma, işaret, resim veya sesi nakle yarayan araçlar vasıtasıyla çoğaltmaya ve yaymaya yetkili olma anlamındadır. Örneğin, X isimli kişinin resmini (fotoğrafını) çekerek, çoğaltan veya yayan kimsenin, öncelikle X'den FSEK md.86 (kişinin görüntüsüne ilişkin kişilik hakkı) gereğince izin alması yahut bu izni aldığının anlaşılır olması gerekir[589].

---

[587] **Tekinalp,** § 18 Nr.6-9, s.273; **Çöl,** s.373.

[588] "Mahkemece iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacı şirkete ait demirbaş listesinde kayıtlı bir kısım eşyaların davalı tarafından izinsiz olarak götürüldüğü, bunların "Gezievi" isimli işyerinde kullanılmakta olduğu, davalı Arzu'nun davacı şirkette ortaklığı sürdüğüm halde "Gezievi" ismi ile aynı konuda faaliyette bulunduğu, bu halin haksız rekabet teşkil ettiği, davacılara ait dia ve fotoğrafların davalı Arzu tarafından kullanıldığı sabit olmakla davacıların 5846 sayılı Yasa'dan doğan mali haklarına tecavüz edildiğinin anlaşıldığı...": 11.HD, 12.5.2005, E.2004/7721, K. 2005/5038 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

[589] "...Ancak, davacı tarafça söz konusu fotoğraf eser niteliğinde olmasa dahi, kendisine ait internet sitesinden izinsiz olarak alınarak, davalının internet sitesi ve dergi nüshalarında çoğaltılıp yayınlanmasının haksız rekabet oluşturduğu da iddia edilmiştir. *5846 sayılı FSEK.nun 84/1 ve 3üncü fıkralarına göre; eser mahiyetinde olmayan her*

İşaret, resim veya sesin nakle yarayan araç üzerinde "tesbit edilmesi, çoğaltılması ve yayımlanması" gerekir. Tespit, işaret, resim ve seslerin bir araç üzerine herhangi bir yöntemle algılanabilmesini, çoğaltılabilmesini ya da başka bir yoldan kamuya iletilmesini sağlayacak şekilde kaydedilmesidir[590]. Çoğaltma, bunların aynen tekrarlanmasını ve maddi bir varlık olarak tekrarlanacak şekilde tecessüm etmesini sağlayan teknik bir işlemdir[591]. Yayma ise, çoğaltılmış işaret, resim veya sesin dağıtılma, satış, kiralanma, ödünç verme veya herhangi bir yolla ticarete sunulması demektir. Yayma, kısaca ticaret mevkiine koyma (piyasaya sürme) anlamına da gelir[592]. Tespit, çoğaltma ve yayma birbirini izleyen aşamalar görünümündedir. Bu noktada, FSEK md.84'ün uygulanabilirliği açısından; işaret, resim veya sesin nakle yarayan araçlar üzerinde tespit edilmesinin mi yeterli olacağı, yoksa tespit edildikten sonra çoğaltılmasının mı

---

nevi fotoğrafı nakle yarayan bir alet üzerine tespit eden veya ticari maksatla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı fotoğrafın üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıtadan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayınlanmasını men edebilir. Bu madde ile korunan fotoğrafı kayda yarayan bir vasıta üzerine tespit eden veya ticari maksatla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse olup, koruma tespit ve çoğaltma üzerindedir. Somut uyuşmazlıkta, davacının kızına ait fotoğrafı kendisinin çektiğine ve yine pikselart konusunda dersler verdiği "www.yasamdersleri.com" adlı internet sitesinde yayınlayıp çoğalttığına dair iddiasına karşılık, davalı tarafça söz konusu fotoğrafın aleniyet kazandığı, telif tazminatı talep edilebilmesi için eser niteliğinde olması gerektiği, fotoğrafın "www.google.com" sitesinden elde edilip copyright (telif hakkı) uyarısı bulunmadığı savunmasına bulunulmuştur. O halde, fotoğrafın davacı tarafından tespit edilip, kendi internet sitesinde yayınlandığı hususları yanlar arasında çekişme konusu değildir. Nitekim, fotoğrafı çekilen davacının kızı tarafından davalı aleyhine açılan manevi tazminat davasının görüşüldüğü İstanbul 2.Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce verilen 11.07.2006 tarih ve 941/204 sayılı kararda da davacının kızının fotoğrafının davacıya ait internet sitesinde bulunduğu belirtildiği gibi, davacı da bu hususta gerektiği takdirde kızının tanık olarak dinlenebileceğini belirtmiştir...Öte yandan mahkemenin bilirkişi incelemesi için kesin süre verilmesine ilişkin ara kararı da fotoğrafın eser niteliğiyle ilgili olup, bilirkişilerden tazminat hesabı yapılması istenilmediğine göre, uyuşmazlığın 5846 sayılı FSEK.nun 84 üncü maddesi uyarınca değerlendirilip sonuçlandırılması gerekirken kararda yazılı gerekçelerle davanın reddedilmesi doğru görülmemiştir": 11.HD, 06.02.2009, E.2007/12297, K.2009/1332 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

590 **Tekinalp,** § 17 Nr.26, s.262.

591 **Tekinalp,** § 14 Nr.91, s.173.

592 **Tekinalp,** § 14 Nr.95, s.174.

gerekeceği, hatta çoğaltıldıktan sonra da yayımlanmasının mı aranacağı tartışmaya açıktır. İlk bakışta, FSEK md.84 madde metninde, tespit, çoğaltma ve yayma kavramları arasında "*veya*" bağlacı kullanıldığından hareketle; tespit edilen ama çoğaltılmayan, çoğaltılan ama yayımlanmayan araçların da koruma kapsamında olduğu ileri sürülebilir. Ancak, FSEK md.84'de öngörülen korumanın haksız rekabet yasağı ilkesine dayandığı düşünülürse, bu hükmün uygulanabilmesi için, "çoğaltılarak tedavüle konma (yayımlanma)" nın gerekli olduğu anlaşılır[593]. Bu nedenle, FSEK md.84/I'deki "*veya*" ile "*yahut*" bağlacını "*ve*" olarak anlamak yerinde olacaktır. Aynı çözüm, anılan işaretin, resmin veya sesin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasında da kabul olmalıdır; yani, FSEK md.84 korumasının söz konusu olabilmesi için, işaret, resim ve ses üçüncü kişi tarafından çoğaltılmış "*ve*" yayımlanmış olmalıdır.

4. Korumayı Sağlayan Davalar

Nakle yarayan bir araç üzerine tespit edilen "işaret, resim veya ses"in, üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıtadan faydalanılmak suretiyle çoğaltılması ve yayımlanması durumunda, haksız rekabete ilişkin koruma hükümleri uygulanır (FSEK md.84/II)[594]. Haksız rekabet, TBK md.57'de ve TTK. md.54 vd hükümlerinde düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin burada uygulanabilmesi için,

---

[593] **Ayiter,** s.77; **Çöl,** s.373.

[594] Örnek bir olayda (Batman 2.Asliye Hukuk Mahkemesi'ne 2006/671[2007/55 Tal.] sayılı dosyaya ilişkin olarak sunulmuş olan 27.11.2007 tarihli bilirkişi raporundan naklen (yayımlanmamıştır)); davacının, bir sel felaketi sırasında bir babanın çamurlar içinden çıkardığı oğlunu kucağına alırken çekmiş olduğu fotoğrafını yerel gazetesinde yayımlaması sonrasında, aynı fotoğraf ulusal bir gazetede izinsiz ve başkasının izniyle yayımlanmış; bu hatanın fark edilmesinin ardından gazete düzeltme yazısı yayımlamıştır. Uyuşmazlık konusu fotoğraf gerek teknik ve ilmi gerekse estetik niteliği yoksun olduğundan eser niteliğinde değildir. Bu tür fotoğraflar FSEK md.84 uyarınca haksız rekabet hükümleri kapsamında korunabilirler. Somut olayda, haksız rekabet hukukunun temelini oluşturan emek ilkesinin bir yansıması olan TTK md.55.1(c) bendi uyarınca dürüstlüğe aykırı bir davranış olarak değerlendirilen "*başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma hali*" söz konusudur. Zira bu hüküm kapsamına, fikri mülkiyet hukukunda özel olarak korunmayan iş, faaliyet ürünlerinden izinsiz yararlanmak girer (Bkz. **Arkan** (ticari işletme), s.319-320).

haksız rekabette bulunan kişinin tacir olmasının da gerekli olmadığı özel olarak hüküm altına alınmıştır (FSEK md.84/II)[595].

TTK md.56/1'de haksız rekabet nedeniyle açılabilecek hukuk davaları, "tesbit", "men", "haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması" ve ""tazminat davası" olarak sayılmıştır. Bu çerçevede hak sahibi, eylemin haksız olup olmadığının tespitini, uğradığı haksız eylem nedeniyle devam eden veya tekrarlanma tehlikesi bulunan haksız rekabet halinin durdurulmasını, önlenmesini, uğradığı zararların tazmin edilmesini talep edebilir. Örneğin; kendi çekmiş olduğu, negatifleri de kendisinde olan fotoğraflarını kitap halinde yayımlayan foto muhabiri davacı, sözü edilen fotoğrafların bir kısmını başka bir kitapta kullanmak suretiyle yayımlayan davalıya karşı; (1) fotoğraflar çekenin hususiyetini haiz, eser niteliği taşıyorsa eser sahipliğinden doğan hakların ihlaline dayalı, (2) bu niteliği taşımıyor, ancak FSEK md.84'ün koşulları mevcut ise haksız rekabete dayalı olarak dava açabilir[596]. Örneğimizde, FSEK md.84/III'ün koşullarının oluştuğunun kabulü halinde, maddede yapılan yollama ile olaya TTK md.54 vd.daki haksız rekabet hükümleri uygulanacaktır. Haksız rekabet davacıya ait fotoğrafların davalının kitabında kullanılması suretiyle oluştuğundan, talep edilebilecek maddi tazminatın hesabında da haksız rekabet konusu olayın dikkate alınması gerekir. Haksız rekabete fotoğrafların izinsiz kullanılması yol açtığına göre, davacının bu fotoğrafın bedelsiz kullanımından doğan zararını istemesi mümkündür[597]. 5846 sayılı Kanunun 68.maddesinin uygulandığı hallerde, farazi sözleşme ilkesinden hareketle telif tazminatının hesabına ilişkin ilkeler –üç kat ceza uygulaması dışında- burada da uygulanır. Buna göre,

---

[595] *Kılıçoğlu,* bu hüküm olmasaydı, Kanunun haksız rekabet hükümlerine yollama yapmasının anlamı olmayacağını belirtmiştir. Zira, bu hüküm olmasaydı, bahse konu unsurlara tecavüz halinde, haksız rekabete ilişkin TTK md.54 vd hükümleri, ancak koşulların mevcut olması halinde uygulanabilecekti. Böylelikle, anılan hükmü anlamlı hale getiren, haksız rekabette bulunan kimsenin tacir olması koşuluna yer vermemesidir: **Kılıçoğlu,** s.149.

[596] Davacı iddiasını neye dayandırırsa dayandırsın; HMK md.33 (HUMK md.76) maddesiyle, 4.6.1958 tarih ve 1958/15-6 sayılı Yargıtay İBK.da açıklandığı üzere, hakim olaya uygulanması gereken kanun maddesini re'sen araştırıp uygulamalıdır.

[597] Bkz. 11.HD, 26.3.2002, E.2001/11222, K.2002/2730 (**Suluk/Orhan,** s.507).

haksız rekabete yol açan dava konusu kitabın satış fiyatından, muhtemel baskı sayısından, davacıya ait fotoğrafların davalının kitabında kullanılan kapsam ve sayısından hareketle maddi zararın hesaplanması mümkündür. Yine ifade etmek gerekir ki, davacı hem yoksun kaldığı kârın tazminini hem davalının elde etmesi mümkün görülen kazancın ödenmesini[598] isteyemez; bunlardan bir tanesini seçmek zorundadır.

Haksız rekabet halinde maddi tazminatın yanısıra, eğer BK md.58'de öngörülen koşullar mevcutsa, manevi tazminat da istenebilir (TTK md.56/1,e). Yine davayı kazanan tarafın talebi üzerine kesinleşen hükmün ilan edilmesine karar verilebilir (TTK md.59).

5. Koruma Süresi

Nakle yarayan bir araç üzerine tespit edilen "işaret, resim veya ses"e dair korumanın süresi ile ilgili bir hüküm FSEK'de yer almamaktadır. Doktrinde, eserlerin korunmasına ilişkin sürelerin burada da kıyasen uygulanabileceği, ancak eser korumasından daha kısa sürelerin kabul edilmesinin uygun olacağı ileri sürülmektedir[599].

II. KİŞİLİK HAKKI KAPSAMINDA KORUMA – "RESİM ve PORTRELER"

1. Genel Olarak

Bu başlık altında ele alacağımız FSEK md.86 oldukça farklı bir konuya ilişkindir. Zira burada, eser (güzel sanat eseri olarak fotoğraf-

---

[598] Uygulama, haksız rekabet hallerinde -tazminat davasında zararı ispatın kural olarak davacıya ait olması (BK md.50/I) kuralı gereği- davacının uğradığı zarar miktarını ispat etmesinin çok zor olduğunu; zararın BK md.50/II'nin tanıdığı yetkiye dayanılarak hakim tarafından takdir edilmesinin ise tatminkâr sonuçlar vermediğini ortaya koymuştur. Sadece mağdurun uğradığı zararın tazmin edilmesinin de, bu zarar miktarını aşan haksız rekabet kazancından failin yararlanmasına yol açtığı belirlenmiştir. Hakkaniyete aykırı bu durumu önlemek üzere, TTK md.56/1'e yapılan ekleme ile davacı haksız rekabet yüzünden uğramış olduğu zarar miktarını ispat etme yükümlülüğünden kurtarılmış ve mahkemenin, tazminat olarak davalının "haksız rekabet sonucunda elde etmesi mümkün görülen menfaati karşılığına" hükmedebilmesine imkan sağlanmıştır. Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Arkan** (ticari işletme), s.323-324.

[599] **Arslanlı,** s.56; **Ayiter,** s.77; **Çöl,** s.374.

teknik ve ilmî mahiyette fotoğraf) veya eser niteliğinde olmasa bile buna benzer yaratımlar değil, bunlara konu olan kişilerin korunmasına ilişkin bir düzenleme söz konusudur.

FSEK md.86/I'de "Resim ve portreler" başlığı altında, "eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19'uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemez" denilmiştir. Bu düzenleme "kişiliğin korunması" ilkesine dayanmaktadır. Kişinin resim veya portresi, onu tanıtmaya hizmet eden ve onun kişiliğini dış dünyaya yansıtan en önemli araçlardandır. Kişinin kendi dış görüntüsü kadar, bu görüntünün yansıma ve tekrarını sağlayan vasıtaları, yani resim ve portreleri üzerinde de "kişilik hakkı" vardır. Dolayısıyla, FSEK md.86'da korunan kişi tasvir edilen; korunan hak ise tasvir edilenin kişilik hakkıdır[600].

Yasa koyucu, bu korumayı, kişilik hakkının özel hukuk hükümlerine göre korunmasına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 24.[601] ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddesine (TBK md.58); ceza hukuku hükümlerine göre korunmasına ilişkin olarak da Türk Ceza Kanunu'nun 134, 139 ve 140. maddelerine yollama yaparak sağlamaktadır. Kişilik hakkını koruyan bu hükümler varken, yasa koyucunun (bu hükümlere yollama yaparak) resim ve portreler için neden özel hüküm sevketmeye gerek duyduğu sorusu akla gelebilir.

Yasa koyucu, eser niteliğinde olmasa bile resimler ve portreleri, eserle yakından ilgili yaratımlar olarak göz önüne almış; kişilik hakkının korunmasına ilişkin genel hükümlere rağmen, bu tür yaratımlar yoluyla kişilik hakkının özel olarak korunması ve bu korumanın süresini tayin

---

[600] **Arslanlı,** s.58; **Erel,** s.234; **Tekinalp,** § 18 Nr.13, s.274; **Çöl,** s.379. Alman hukukunda da (KUG § 22-24), tasvir edilenin görüntüsü üzerindeki hakkının fikri hak değil, kişilik hakkı (kişilik hakkının özel bir görünümü) olduğu yönünde görüş birliği mevcuttur (**Schricker,** § 60/§22 KUG, Rdn.7, s.1180). Bu hakkın, uygulamada fikir ve sanat eserleri hukukuyla bağlantısı en çok, fikri hukukun fotoğrafı çekene (görüntüyü tespit edene) tanıdığı eser sahipliğinden doğan yetkilerini sınırlandırabilen yönü dolayısıyla söz konusu olmaktadır. Bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.426, s.283.

[601] Eski 743 sayılı Türk Kanunu-u Medenisinin 24.maddesine yapılan bu atıf yeni 4721 sayılı Türk Medeni Kanunumuzun 25.maddesi olarak kabul edilmelidir.

etme gereği duymuştur. Bu çerçevede, bu tür yaratımlar yoluyla kişilik hakkının korunması on yıllık süreyle sınırlanmış; bu süre geçtikten sonra, eser niteliğinde olmasa bile fikri bir çaba ürünü olan bu tür yaratımların anonim hale geleceğini hükme bağlamıştır[602].

2. Koruma Konusu

FSEK md.86'da "resim ve portreler" korunmuştur. Doktrinde, FSEK md.86 kapsamındaki resim ve portrelerin; eser niteliğinde olmasalar bile, gerçek bir kişinin dış görünüşünü teşhis etmeye elverecek biçimde aksettiren, yağlı ve sulu boya, pastel yahut karakalem resimlerini, karikatür, film ve *fotoğraflarını* ve diğer tüm vasıtaları kapsadığı ifade edilmektedir[603]. Bu anlamda fotoğrafta tasvir edilenin hakları da, fotoğrafi ve kişinin görüntüsünü aksettiren saydığımız diğer vasıtaları kapsayan bu hüküm kapsamında korunmaktadır (kişinin resmi/görüntüsü üzerindeki hakkı)[604]. Bu çerçevede, resim ve portrelerin[605] FSEK md.86 kapsamında korumaya konu olabilmesi açısından, belli koşulların aranması gerektiği söylenebilir :

FSEK md.86'da korunmak istenen "tasvir edilenin kişilik hakkı" olduğuna göre, tasvir edilen şey kişinin kendisi değil; ancak onun malvarlığına dahil menkul veya gayrimenkul bir eşya ise -yani insan dışındaki varlıklara ilişkin ise- bu durumda yapılan tasvir hüküm kapsamındaki "resim ve portre" kavramına girmez. Örneğin; A'nın sahip olduğu buldog cinsi köpeğin fotoğrafının kartpostal biçiminde basılarak dağıtıl-

---

602 **Kılıçoğlu,** s.149-150.

603 **Arslanlı,** s.59; **Erel,** s.234; **Güneş** (resim ve portreler), s.31; ayrıca bkz. **Kılıçoğlu** (Basın), s.44-45. Resim, fotoğraf ve portre kavramlarının geniş yorumlanması gerektiği yönünde **Tekinalp,** § 18 Nr.15, s.275; yine bkz. **Eisenbarth,** s.23.

604 Bu çerçevede biz de yasa koyucunun diline paralel olarak, fotoğrafları da kapsayan bir kavram olarak "resim ve portreler" üzerinden konuyu ele alıp değerlendirmeye çalışacağız.

605 Tasvir edilenin resminin portre şeklinde olması zorunlu değildir. Resim sadece insanı kapsayabileceği gibi (portre), insan diğer unsurlar içinde de yer alabilir. Örneğin; futbol sahasındaki kaleci, konferans salonunda yer alan konuşmacı gibi. Bkz. **Kılıçoğlu,** s.154; **Hoeren/Nielen,** Rdn.428, s.285; **Schricker,** § 60/§22 KUG, Rdn.15, s.1182.

ması veya oturduğu malikânenin resimlerinin magazin dergisinde yayımlanması suretiyle menfaat sağlanmışsa, burada FSEK md.86 uygulanmaz.

Yine hüküm kapsamına gerçek kişilerin sadece "dış görüntülerinin" yapıldığı tasvirler girer. Dolayısıyla, gerçek kişinin hastanede çektirdiği göğüs, baş, ayak filmleri, hamile ultrasonu "resim ve portre" kavramına dahil edilemeyeceğinden FSEK md.86 kapsamında düşünülemez. Dış görüntünün hangi cepheden alındığı veya hangi araç kullanıldığı, tasvirin "resim ve portre" kavramına girip girmemesi açısından önem taşımaz[606]. Tasvir edilenin dış görünüşünün resimde ikinci planda kalıp kalmaması ve eğer ikinci planda kalıyorsa, tasvir edilenin FSEK md.86'da kendisine tanınmış olan haktan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda görüş birliği olduğu söylenemez. Doktrinde, belli bir yerin fotoğrafı çekilirken tesadüfen başka bir kişi de resme dahil olmuşsa, yani kişinin "ayrıntı" (teferruat) olarak fotoğrafa dahil olduğu hâllerde, fotoğrafın umuma arzı için FSEK md.86'da öngörülen rızanın ("tasvir edilenin muvafakatı") alınmasına gerek olmadığı ileri sürülmektedir. Örneğin; tarihsel bir yerin, anıtın resmi çekilirken orada bulunanların da fotoğrafın kompozisyonu içine dahil edilmesi halinde, fotoğrafta bulunan herkesten izin alınmasına gerek ve kanımca imkan da yoktur[607]. Bununla birlikte Yargıtay'ın aksi yönde kararları[608] mevcut ise de, bu kararlarda fotoğrafların ticari ve reklam amacıyla kullanılma unsurunun ön plana çıktığı görüldüğünden, somut olaya göre değerlendirme yapılmasının daha yerinde olacağı kanısındayız.

---

606 **Çöl,** s.379.

607 Bkz. **Çöl,** s.380, dpn.57'de anılan yazarlar. *Güneş* de bu görüşe katılmakla birlikte, tarihi yerin önünde kim oldukları resmin orjinalinden belli olmayan bu kişilerin görüntüleri büyütülerek ve netleştirilerek izinleri dışında yayınlanacak olursa, bu durumda kişilik hakkının ihlalinden söz edilebileceğini belirtmiştir: **Güneş** (resim ve portreler), s.34. Alman KUG § 23'de, tasvir edilenin rızasının aranmasına gerek olmayan hâller ele alınırken; belirli bir yer/mekan veya genel bir tema görüntülenirken, sadece "ayrıntı" olarak ("nur als Beiwerk") içinde yer aldığı resimlerin umuma arzına ve yayımlanmasına ilişkin olarak tasvir edilenin rızasının aranmasına gerek olmadığı açıkça düzenlenmiştir.

608 Bkz. HGK, 3.10.1990, E.1990/4-275, K.1990/459 (YKD, Nisan 1991, C.17, S.4, s.522).

FSEK md.86 çerçevesinde, üzerindeki kişilik hakkının ihlal edildiği bir resimden (fotoğraftan) söz edebilmek için gerekli diğer bir koşul, tasvir edilen kişinin "tanınabilir" (Erkennbarkeit) olmasıdır. Olağan bir inceleme ve dikkat[609] tasvir edilenle bağlantı kurmayı mümkün kılıyorsa, bu durum tasviri "resim ve portre" kavramı içine dahil etmek ve tasvir edilenin kişilik hakkını korumak için yeterlidir. "Tanınabilirlik" kavramı geniş yorumlanmalıdır[610]; olağan bir inceleme ve dikkat sonucu belirli bir kişiye ait olduğu çıkartılabiliyorsa, kişinin sadece belirli uzuvlarının resmedilmesi de koruma kapsamına girebilmelidir. Örneğin; bir kişinin profilden veya önden yüzdeki duyu organlarını göstermeyen silüeti, söz konusu silüetin kişinin içinde bulunduğu sosyal çevre içerisinde tanınabilmesine imkan tanıyorsa; bu silüet de üzerindeki kişilik hakkı ihlal edilen bir resim (fotoğraf) olarak kabul edilecektir[611].

Son olarak, tasvirin FSEK md.86 kapsamında "resim ve portre" kavramına girebilmesi ve tasvir edilenin kişilik hakkının korunması, bu görsellerin eser niteliği taşımasına bağlı değildir. Başka bir deyişle, resim ve portreler eser niteliği taşımasalar bile FSEK md.86 kapsamında korumaya dahildir. FSEK md.86, "hususiyeti taşımayan alelâde resimler" ile "eser niteliğinde hususiyeti haiz resimler" arasında koruma bakımından fark gözetmemiştir.

---

609 Olağan bir incelemenin nasıl yapılacağı TMK md.2'deki objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde değerlendirilmeli; tasvire orta zekalı, makul bir kişinin nazarıyla bakılarak sonuca ulaşılmalıdır. "Tanınabilirlik" ölçütüne de kısmen yer veren bir Yargıtay kararı için bkz. 4.HD, 21.11.2006, E.2005/11682, K.2006/12657 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

610 **Hoeren/Nielen,** Rdn.429,s.285; **Trachsler,** s.114.

611 **Gümüş,** s.366. Alman Federal Temyiz Mahkemesi bir kararında, hususi vücut duruşundan ve takımına özel formasından kalede sırtı dönük duran ünlü futbol oyuncusunun resminin -sporla ilgili olan bir kimsenin resimdeki kişinin kim olduğunu tanımakta hiç zorlanmayacağını gözeterek- "tanınabilir" ölçütünü haiz olduğuna hükmetmiştir (BGH GRUR 1979, s.732-733). Yine bir diğer kararında, bir derginin kapak sayfasındaki çıplak sırtı görünen kadının dergi içindeki diğer görsellerden ötürü "tanınabilir" kılındığına karar vermiştir (BGH AfP 1984, s.229 vd). Bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.429,s.286.

3. Koruma Koşulları

Resim ve portrelere ilişkin FSEK md.86/III-IV'de düzenlenen koruma hükümlerinin uygulanabilmesi için, bunların "umuma arz edilmesine muvafakat verilmemiş olması", "muvafakat verme süresinin geçmemiş olması" ve "muvafakat verilmesine gerek olmayan durumların bulunmaması" koşullarının birlikte bulunması gerekir:

a) Genel Kural: Tasvir Edilenin Rızasının Bulunmaması

FSEK md.86/I'e göre, resim ve portrenin umuma arzı için tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse FSEK'in 19.maddesinin ilk fıkrasında sayılanların kural olarak "rızası" aranmaktadır. Tasvir edilenin/resmedilenin veya diğer yetkili kişilerin hükümde öngörülen korumadan yararlanabilmesi için, bu rızanın verilmemiş olması gerekir[612].

Tasvir edilenin vereceği rıza (yasa koyucunun ifadesiyle "muvafakat"), tek taraflı bir hukuksal işlem olup, varması gerekli bir irade beyanı ile sonuç yaratır. Rıza, ivaz karşılığında yahut ivazsız verilmiş olabilir. Ancak ivaz alınması resim ve portre üzerindeki kişilik hakkının devredildiği anlamını taşımaz. Rıza, FSEK 86'da buna ilişkin bir husus zikredilmediğinden, yazılı yahut sözlü de verilebilir; ancak, uyuşmazlıkların ispatı açısından yazılı olmasında yarar vardır. Yine rıza, açık (sarih) olabileceği gibi örtülü (zımni) de olabilir. Konuyla ilgili olarak, doktrinde, ücret karşılığında poz veren, modellik yapanların bu resimlerin yayımlanmasına da zımnen rıza gösterdikleri ileri sürülmüştür. Zira çekilen resmin yayımlanması foto modellik mesleklerinin yahut yapılan işin bir gereğidir ve bu kişiler çektirdikleri resmin umuma arz edileceğini bilerek hatta isteyerek resim çektirmektedir. Dolayısıyla bu gibi hallerde özel olarak rızanın aranmasına gerek yoktur; rızanın baştan itibaren zımnen

---

[612] Basına yansıyan ilginç bir olayda, bizdeki yasal koruma hükmüne paralel olarak, İsveçli bir firmanın çıkardığı Türk yoğurdu üzerinde izni olmaksızın fotoğrafı kullanılan Yunan vatandaşı açtığı dava üzerine 160 bin euro'dan fazla tazminata hak kazanmıştır. Davacı süt firmasına yasal şikayette bulunup; Türkiye ile bağı bulunmayan, Yunanistan'da yaşayan bir kişi olduğunu, bu nedenle şirketin kendisini yoğurt kutularında yanlış yansıttığını söylerken; davalı ise fotoğrafı bir resim ajansından tamamen iyiniyetle aldıklarını ifade etmiştir. Haber için bkz. http://www.bbc.co.uk-/turkce/haberler/2010/07/100714_greekpay.shtml (14.07.2010).

var olduğu kabul edilir[613]. Ancak kanımızca burada önemli olan nokta, resmin kullanımının rıza verenin öngördüğü amaç ve kapsam çerçevesinde kalıp kalmadığıdır. Başka bir deyişle, verilen rıza sınırsız değildir ve hukuka uygunluk ancak verilen rızanın sınırları aşılmadığı sürece söz konusudur. Örneğin; bir modelin modellik yaptığı resmin bir sanat galerisinde teşhirini beklerken, onu bir gece kulübünün kabartmasında görmesi halinde, rızanın aşılması suretiyle gerçekleşen bir ihlal söz konusudur[614]. Farklı şekilde, davalının şirketinde çalışan davacının, kendisine haber verilerek ve yazılı izni alınarak şirketin reklam yayınlarında kullanılmak üzere, özel bir vagonda objektife poz vermesi; daha sonra bu resimlerin DDY reklamlarında kullanılması üzerine tazminat davası açmasında ise rızanın aşıldığından söz edilemez[615]. Son olarak, tasvir edilenin/resmedilen resmin umuma arzına ilişkin rıza gösterdiği ve bu rızanın kapsamı hususunda ispat yükü yararlanıcıdadır[616].

FSEK md.86/I'de, resim ve portrelerde tasvir edilenin resmin umuma arzına ilişkin rıza verme yetkisi süre bakımından sınırlanmamıştır. Dolayısıyla tasvir edilen, görüntülenen kişi hayatta iken, rıza verme süresi işlemez. Ancak tasvir edilen ölmüşse, kanunda sayılan yetkili kişilerin rıza vermeye ilişkin yetkileri, tasvir edilenin ölümünden sonra on yıl süreyle sınırlanmıştır (FSEK md.86/I). Eğer tasvir edilenin ölümünden sonra on yıl geçmişse, resim ve portreler, hiç kimsenin rızası aranmaksızın teşhir ve umuma arz edilebilir.

---

[613] **Wedler,** s.37; **Arslanlı,** s.59; **Çöl;** s.381-382; **Erel,** s.235-236; **Güneş** (resim ve portreler), s.33.

[614] Bu ve benzer örnekler için bkz. **Gümüş,** s.381, dpn.73. Alman hukukunda *Hoeren/Nielen* da, rızanın verilmiş olmasının, resme dair sonraki yayınların tasvir edilenin şeref ve haysiyetini ihlal edici nitelikte olması ve asıl sözleşme amacıyla bağdaşır olmaması halinde, bir anlam ifade etmeyeceğini dile getirmiştir (BGH GRUR, 1985, s.398-399, **Hoeren/Nielen,** Rdn.436, s.290).

[615] Ankara 2.Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'ne 2010/31 sayılı dosyaya ilişkin olarak sunulmuş olan 29.11.2010 tarihli bilirkişi raporundan naklen (yayımlanmamıştır).

[616] **Hoeren/Nielen,** Rdn.436, s.291.

b) İstisna: Tasvir Edilenin Rızasının Aranmadığı Hâller

Yasa koyucu, bazı resim ve portreler üzerindeki hakları, kamu yararı ve toplumun haber alma özgürlüğünü sağlamak amacıyla sınırlandırmış ve kanunda öngörülen bazı durumlarda tasvir edilenin rızasının alınması gerekmeksizin, içinde yer aldığı resim ve portrelerin umuma arz edilebileceğini kabul etmiştir[617].

Rızanın aranmayacağı hâller FSEK'in 86.maddesinin 2.fıkrasında üç bent halinde sayılmıştır[618]:

FSEK md.86/II-1'e göre; ülkenin siyasal ve sosyal yaşamında rol oynayan kimselerin[619] [620]; örneğin, politikacıların, ünlü bilim insanlarının veya sinema-tiyatro sanatçıları gibi kimselerin resimleri -kural olarak-

---

[617] **Erel,** s.236; **Çöl;** s.382; **Karabağ Bulut,** N.: Basın Özgürlüğü ile Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı Arasında Kurulacak Olan Dengenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin von Hannover v. Almanya Vakasına İlişkin 24 Haziran 2004 Tarihli Kararı Işığında Değerlendirilmesi, Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, C.II, Eylül 2010, s.1096 vd.

[618] FSEK md.86/II'de tasvir edilenin rızasının aranmayacağı bu özel durumlar dışında, rızanın aranmadığı bir diğer hâl FSEK md.30'da düzenlenmiştir. FSEK md.30'a göre, "umumi emniyet mülahazasıyla veya adlî maksatlar için" yayımlanan resimler açısından da resimde yer alanın rızasının alınması koşulu aranmamıştır. Örneğin; bir suçlunun resmi savcılığın emriyle gazete ve televizyon vasıtasıyla yayımlanabilecektir (**Arslanlı,** s.60; **Erel,** s.236; **Çöl,** s.383).

[619] Doktrinde bu fıkrada bahsi geçen kişileri ifade etme hususunda terim birliği yoktur. Bu konuda "kamunun ilgisini çeken ve topluma mal olmuş kişiler" (**Gümüş,** s.381); "kamuya mal olmuş kişiler (public figure)" (**Karabağ Bulut,** s.1095 vd) başta, birçok farklı terim kullanıldığı görülmektedir (Bkz. **Çöl,** s.383'de yer verilen diğer bazı görüşler). *Kılıçoğlu,* tüm bu terimlerle ifade edilmek istenen hususun bu kişilerin kamuoyunun devamlı olarak dikkatini çeken kişiler olduğunu belirterek "kamuoyunun dikkatini çeken kişiler" terimini kullanmayı uygun bulduğunu ifade etmiştir (**Kılıçoğlu** (Basın), s.229; aynı yönde **Hoeren/Nielen,** Rdn.442, s.294).Yine yazar, fıkrada zikredilen kişilere ilişkin somut olaya göre değerlendirme yapılmasının uygun olacağını; bu kavramın kapsamını tayinde tasvir edilen/resmedilen kişinin kamuoyunda aktif rol oynayan kişi olup olmaması ölçütünün esas alınması gerektiğini belirtmiştir (**Kılıçoğlu,** s.157).

[620] Bu konuda doktrinde bazı yazarlar "mutlak anlamda/nisbi anlamda kamuya mal olmuş kişiler" yahut başka bir deyişle "kamuoyunun devamlı olarak/geçici olarak dikkatini çeken kişiler şeklinde bir ayrıma gitmişlerdir. Konu hakkında bilgi için bkz. **Kılıçoğlu** (Basın), s.229; **Karabağ Bulut,** s.1097, dpn.80; Alman hukukunda bkz. **Eisenbarth,** s.43 vd.

rızaları alınmadan yayımlanabilir. Zaten aksi durumda, bu kişilerin resimlerinin her umuma arzında rızalarının alınması gerekseydi; basının haber verme ve toplumu aydınlatma işlevini yerine getiremeyeceği de açıktır. Ayrıca bu kişilerin resimlerinin umuma arz edilmesinde bazen kendilerinin de menfaati bulunmaktadır. Ancak şüphesiz bu mutlak olarak kabul edilemez; zira, toplumun haber almasına ilişkin kamu yararının haklı görülemeyeceği hallerde, bu sefer hukuksal korumayı gerektiren bir kişilik hakkı ihlali gündeme gelir[621]. Nitekim, FSEK md.86/IV'de, 1. ve 2. fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hallerde dahi TMK md.24 (ve 25.) hükmü saklı tutularak, rıza verilen veya rıza verilmesinin aranmadığı hallerde dahi kişilik hakkı ihlalinin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.

FSEK md.86/II-2'ye göre; geçit töreninde veya resmi bir törende ya da genel bir toplantıda görülen kimselerin resimleri rızaları alınmaksızın yayımlanabilir. Bu gibi resimlerin amacı, belli bir kimseyi göstermekten ziyade olayın saptanması ve nakledilmesidir[622]. İster toplumsal yaşamda aktif rol aldığından kamuoyunun sürekli şekilde dikkatini çeken bir kişi olsun, isterse sıradan vatandaş olsun bu tarz etkinliklere katıldığında görüntülenmesine tahammül etmek zorundadır[623]. Dolayısıyla bu koşullar altında teşhir ve umuma arz bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin; TBMM toplantıları, bayram kutlamalarında

---

[621] Konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde görülen *von Hannover v. Almanya* davasında, yüksek mahkeme özetle, başvurucunun fotoğraflarının yayınlanmasının yalnızca toplumdaki merak duygusunu gidermeye hizmet edeceği nedeniyle, fotoğrafları özel yaşam kapsamında değerlendirmiş; bu fotoğrafların yayınlanmasında herhangi bir kamu yararının görülmediğine karar vermiştir. Dünya basınında geniş yankı bulan bu karar hakkında bilgi için bkz. **Karabağ Bulut,** s.1055 vd. Yine bkz. **Schricker,** § 60/§22 KUG, Rdn.49, s.1192; **Saymen,** F.H.: Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940, s.119.

[622] **Arslanlı,** s.59; **Çöl,** s.383. Yine bkz. **Kılıçoğlu** (Basın), s.223 vd.

[623] Ancak, örneğin, genel bir toplantıyı görüntüleyen resimde ilgilinin resminin büyütülmüş şekilde verilmesi hukuka aykırı bir ihlal teşkil edebilecektir. Aynı yönde Alman hukukunda da, genel görüntü içerisinden belirli kişilerin teleobjektifle saptanması yahut daha sonra genel kareden kesilip büyütülmesi gibi hallerde, bu istisna hükmüne dayanılamayacağı ifade edilmiştir (**Hoeren/Nielen,** Rdn.449, s.300-301).

gösterilere katılan öğrenciler, bir siyasi partinin basına açık genel kongresi, bilimsel bir kongre gibi[624].

FSEK md.86/II-3'e göre; "günlük hadiselere mütaallik resimlerle radyo ve film haberleri için" de rıza alınması koşulu aranmamıştır. Anılan fıkrada ifade edilmek istenen, esasen, günlük olaylarla ilgili haberler ve filmler içinde kullanılan resimler açısından; bu resimler içerisinde yer alan kişilerin yayım için rızasının alınmasına gerek olmamasıdır. Hükümde sözü edilen "günlük hadiseler", sosyal, ekonomik, siyasi her türlü olayı kapsayabilir. Örneğin; trafik kazasına karışanların, bir spor karşılaşmasına veya protesto gösterisine katılanların, kamuya açık bir alandaki kavgaya karışanların yer aldığı resimler, bu kişilerin rızaları aranmaksızın yayımlanabilir[625].

Ancak yine vurgulamak gerekir ki, tasvir edilenin rızasının aranmadığı bu durumlarda dahi, resim ve portreleri umuma arz eden kişilerin uymaları gereken ilkeler vardır. Resim haber verme amacını aşıp özel yaşama tecavüz niteliği taşıyorsa ya da olayı yansıtma dışında, siyasi veya ticari amaçlarla[626] kullanılıyorsa hukuka aykırılık söz konusu olur. Esasen burada bir menfaatlerin dengelenmesi durumu söz konusudur. Bu denge, toplumun önemli konu ve olayları öğrenme ve bilgilenme hakkı ile kişinin genel olarak kişilik hakkı ve özel olarak da, resmi üzerindeki hakkı arasında kurulacaktır[627].

---

[624] **Kılıçoğlu,** s.158. FSEK md.86/II/2'ye benzer şekilde bu durum, Alman KUG § 23 Abs.Nr.3'de de ele alınmıştır. Alman Hukukunda, tören ve toplantıların kamuya açık olup olmaması bu hükmün uygulanabilmesi açısından tartışılmışsa da; sadece kamuya açık tören ve görüntülerin bu hüküm kapsamına alınabileceği görüşü azınlıkta kalmış, kanunun lafzından bu sonucun çıkarılamayacağı genel görüş olarak benimsenmiştir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Hoeren/Nielen,** Rdn.449, s.300.

[625] **Kılıçoğlu,** s.159. Yargıtay bir kararında, kitle haber verme araçlarının kamuya haber verme amacıyla bazı resim ve fotoğrafları yayımlama zorunluluğu olacağını belirtmiş; gazetelerde basılan davacıya ait fotoğrafların, günlük olaylarla ilgili olup olmadığı üzerinde durulmadan hüküm kurulmuş olmasını usul ve yasaya aykırı bulmuştur: 4.HD, 13.3.1986, E.1483, K.2348 (**Suluk/Orhan,** s.476).

[626] Tokyo Temyiz Mahkemesi'nin, ünlü kişilerin fotoğraflarını kullanarak takvim yapıp satmak suretiyle ticari kazanç elde edilmesinin hukuka aykırılık teşkil ettiği yönündeki "*Oniyanko Club*" kararına ilişkin bkz. ICC 1997, V.28, No:3, s.416 vd.

[627] **Karabağ Bulut,** s.1095 ve s.1099 vd; **Bellican,** s.547.

4. Korumaya Konu Hakkın Hukuksal Niteliği

Kişinin fotoğrafı, genel terminoloji ile resmi (görünümü), onun kişiliğini dış dünyaya yansıtan en önemli araçlardan biridir ve bunun sonucu olarak, herkes resmi üzerinde himayeye hak kazanır. Bu noktada, daha önce değindiğimiz üzere, kişinin resmi üzerinde kişilik hakkı mevcut ise de; bu hakkın hukuksal niteliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler yer almıştır. İsviçre-Türk doktrininde genel olarak, kişinin resmi bir kişisel değer (varlık) olarak görülmekte ve kişinin resmi üzerinde "bağımsız" bir kişilik hakkı kabul edilmektedir[628]. Bizim de katıldığımız bu görüş çerçevesinde; resim üzerinde bağımsız bir hakkın kabulüne bağlı olarak, kişinin rızası olmaksızın salt resminin yayınlanması dahi -kişinin şeref ve haysiyet veya özel yaşamından bağımsız olarak- doğrudan doğruya bir ihlal oluşturur.

Buna karşılık doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre[629] ise, bir kişinin resmini çekmek ve daha da ötesi resmini çoğaltıp yayınlamak, çoğu kez şeref ve haysiyete yönelik hukuka aykırı bir tecavüz ya da kişinin özel yaşamına hukuka aykırı bir saldırı teşkil eder. Dolayısıyla resim üzerinde "bağımsız" bir kişilik hakkının ihlalinin söz konusu olabileceği halleri bulmanın; diğer bir deyişle, resmin yayınının şeref ve haysiyetten ya da özel yaşama saldırıdan soyut olarak kişiliği ihlal etmesinin oldukça zor olduğu ileri sürülmüştür.

Kanımızca, bir kişinin resmi üzerindeki kişilik hakkının doğrudan ihlal edilebilmesi gayet mümkündür. Örneğin; bir kimsenin portre fotoğrafının kendisinin rızası olmadan, kartpostal olarak çoğaltılıp ticari amaçla satılmasında, kişinin şeref ve haysiyeti ihlal edilmediği halde resim

---

[628] **Landwehr,** s.14, 34; bkz. **Gümüş,** s.368 ve s.367, dpn.15'de anılan yazarlar. *Kılıçoğlu* da aynı şekilde, resmin yayını şeref-haysiyet veya özel yaşama saldırı niteliği taşımasa bile, resim üzerindeki kişilik hakkına saldırılmış olabileceğini belirtmiştir (konu hakkındaki görüşlere ilişkin yine bkz. **Kılıçoğlu** (Basın), s.105-106, dpn.168).

[629] **Trachsler,** s.117-118; **Franko,** N.: Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973, s.47; **Dural,** M./**Öğüz,** T.: Türk Özel Hukuku C.II-Kişiler Hukuku, İstanbul 2009, s.132.

üzerindeki hakkı ihlal edilmiştir[630]. Yine Anıtkabir'i ziyaret eden anne ve oğlunun görüntülendiği resmin bir derginin reklamlarında yayınlanmasında olduğu üzere[631], kişinin resminin reklam aracı olarak kullanıldığı hallerde de bağımsız bir kişilik hakkının ihlali gündeme gelir.

5. Korumaya Konu Hakka İlişkin İhlal Hâlleri

FSEK md.86 kapsamında koruma konusu olan resim üzerindeki kişilik hakkının, ihlalinin farklı görünümlerine geçmeden önce; bir kişinin resminin rızası olmaksızın çekilmesi hususuna değinmek istiyoruz. FSEK md.86 kapsamı dışında kalan, bir kişinin resminin rızası dışında çekilmesi de kuşkusuz kişilik hakkına yönelik bir tecavüz oluşturur. Ancak resim teşhir edilip yayınlanmadıkça ortada tazminat veya vekaletsiz iş görme hükümlerine dayalı olarak uğranılan bir zarar mevcut olmayacağından; bu durumda kişi, ancak yakın ve ciddi bir tecavüz tehlikesinin söz konusu olduğu hallerde, men (önleme) davası ile resmin yayınlanmasını önleyebilir[632].

a) Resim Üzerindeki Bağımsız Hakkın İhlali

Değindiğimiz üzere, kanımızca kişinin rızası olmaksızın resminin teşhiri veya yayınlanması doğrudan doğruya resim üzerindeki kişilik hakkının ihlali teşkil edebilir. Yine de uygulamada, aşağıda ele alacağımız hallere nazaran, resim üzerindeki kişilik hakkının "bağımsız" niteliğine bağlı olarak doğrudan ihlal oluşturması haline daha az rastlanmaktadır[633]. Örneğin; küçük bir kızın fotoğrafının bir gıda ürününün ambala-

---

[630] Yargıtay, konuya ilişkin kararında, davacının da içinde bulunduğu okul halk dansları ekibinin Antalya Atatürk Anıtı önünde çekilen resminin kartpostal halinde bastırılıp, Türkiye çapında satışa sunulmasını, kişinin dış görünümünü yansıtan resmi üzerindeki kişilik hakkının ihlali saymıştır: 4.HD, 11.2.1985, E.9517, K.958 (**Gümüş,** s.368, dpn.20).

[631] HGK, 3.10.1990, E.1990/4-275, K.1990/459 (**Suluk/Orhan,** s.468-471).

[632] **Gümüş,** s.373-374.

[633] Doktrinde *Gümüş,* resim vasıtasıyla şeref ve haysiyet veya özel yaşam değerlerinin ihlal edildiği hallerde, ceza hukukundaki failin daga ağır bir suçu işlemek için daha hafif bir suçtan geçmek zorunda kaldığı geçitli (müterakki) suçlardaki gibi; burada da kişinin doğrudan resim hakkının ihlalinin, tecavüzün etki ve sonuçlarının çok da-

jında kullanılması halinde -şeref ve haysiyete yahut özel yaşama saldırıdan soyut olarak- resmi üzerindeki kişilik hakkı ihlal edilmiş olur. Burada aynı zamanda resim üzerindeki bağımsız kişilik hakkının –ileride yer vereceğimiz üzere- ticari amaçla ve reklam vasıtası olarak kullanılmasıyla ihlali söz konusudur[634].

b) Resim Vasıtasıyla Şeref ve Haysiyetin İhlali

Bir kişinin kendi resminin rızası alınmaksızın, özellikle gazete, dergi gibi yazılı basın araçlarıyla yayınlanması halinde resmin yayımının "şeref ve haysiyeti ihlal edici" niteliğinden söz edebilmek için, bu yayımın kişiye toplum tarafından verilen değerlere saldırı niteliği taşıması gerekir. Örneğin, bir kişinin rızası dışında çıplak resminin yayınlanması halinde kişinin şeref ve haysiyetinin resim vasıtasıyla ihlalinden söz edilecektir[635]. Ancak örneğin, bir sinema oyuncusu özel erkek dergisine yarıçıplak poz verirse, bu konunun gazetelerde haber yapılmasına ve bu sırada söz konusu pozlardan birine yer verilmesine tahammül etmek durumundadır[636].

Resmin kişinin şeref ve haysiyetini ihlal etmesi farklı hallerde kendini ortaya koyabilir. Kişinin bedensel yapısına ilişkin bazı eksikleri ortaya koyar şekilde rızası olmadan resminin yayınlanmasında durum böyledir. Örneğin; bir kişinin rızası olmadan, vücudundaki yaraların bir hastalığın tipik örneği olarak gösterilmesine hizmet eder şekilde resminin

---

ha ağır olduğu şeref ve haysiyete ya da özel yaşam değerlerine yönelik ihlalin içerisinde eriyip, yok olduğunu ifade etmiştir (**Gümüş,** s.369).

634 Bkz. bu yönde **Schricker,** § 60/§23 KUG, Rdn.109, s.1228.

635 Rızası dışında çıplak resmi yayınlanan kamuya mal olmuş kişi/kamuoyunun dikkatini çeken kişi olsa dahi, toplumun haber almaya ilişkin yararı gündeme gelmeyecektir. Nitekim Alman mahkemelerinin verdiği bir kararda, ünlü bir sporcunun pantolonunun yırtılması anını yakalayan fotoğrafların büyütülerek ve büyük puntolu yazı başlıklarıyla dikkat çekici şekilde haber yapılamayacağına hükmedilmiştir: *Zerrissene Hose-* OLG Hamburg, ArchPR XVII 1972, s.150 (**Schricker,** § 60/§23 KUG, Rdn.102, s.1227).

636 OLG Hamburg ZUM 1991, s.550-551 (**Schricker,** § 60/§23 KUG, Rdn.103, s.1227).

yayımlanması[637]. Bu yönde ihlale yol açacak bir diğer hâle, resmi yayınlanmak istenen kişi yerine bir başkasının resmini yayımlamak suretiyle uygulamada sık sık rastlanır[638].

Kişinin resminin izinsiz olarak reklam aracı olarak kullanılması, tek başına bağımsız kişilik hakkının ihlali halini oluştursa bile; resmin yayımının, reklam konusu veya reklam olarak kullanılan nesnenin niteliğine göre doğrudan şeref ve haysiyetin ihlali haline yol açması da mümkündür. Örneğin, bir jokeyin at sırtında engelleri aştığını gösteren resminin cinsel gücü artıran bir ilaç reklamında kullanılması[639]; yine ünlü bir film-tv yıldızının resminin diyabetli erkekte iktidarsızlık konulu bir yazıda kullanılması[640]; bir kadının resminin dansöz ve şantözler arasında yayımı[641]; "Fuhuş" isimli bir kitapta ünlü bir Fransız sinema sanatçısının resmine yer verilmiş olması gibi[642] [643].

c) Resim Vasıtasıyla Özel Yaşamın İhlali

Bir kişinin başkalarından gizlediği, yaşamına dair bilinmeyen yönleri ve gizli ilişkilerini resme dökerek yayımlamak da o kişinin gizlilik alanına saldırı niteliği taşır[644]. Uygulamada, özel mülkiyetinde çıplak gezinen sinema oyuncusunun gizlice fotoğraflarını çeken ve yayınlatan fotoğrafçının bu hareketi, sinema oyuncusu daha önce filmlerde çıplak

---

[637] Ancak doktrinde belirtildiği gibi, bu yayım örneğin, tıpla ilgili bir dergide yapılmışsa kamu yararı nedeniyle hukuka uygun olacaktır: Bkz. **Kılıçoğlu** (Basın), s.107.

[638] "Gece yarısı sanatçının evinde yakalanan iki küçük kız" başlıklı haberde yanlışlıkla başka bir kızın resminin yayımlanması: 4.HD, 4.3.1977, E.974/13159, K. 2520 (**Kılıçoğlu** (Basın), s.107). Benzer şekilde, cinayetler ve cezalandırma ile ilgili bir röportajda zikredilen cinayet ve bağlantılı konularla hiç ilgisi olmayan bir kimsenin resminin kullanılması da, Alman hukukunda kişilik hakkının ağır ihlali olarak kabul edilmiştir: *Doppelmörder*-BGH GRUR 1962, s.324 (**Schricker,** § 60/§23 KUG, Rdn.106, s.1228).

[639] BGH GRUR 1958, s.408-409 (**Hoeren/Nielen,** Rdn.455, s.305).

[640] 4.HD, 8.07.2003, E.2003/6919, K.2003/9040 (yayımlanmamıştır).

[641] **Kılıçoğlu** (Basın), s.108'den naklen.

[642] **Franko,** s.44.

[643] Benzer ve tartışılmış başka örnekler ve kararlar için bkz. **Gümüş,** s.375; **Kılıçoğlu** (Basın), s.108.

[644] **Hoeren/Nielen,** Rdn.453, s.303.

sahnelerde yer almış ve sanatsal nü fotoğraflarının yayımına izin vermiş olsa dahi, hukuka aykırı görülerek kişilik hakkının ihlali olarak nitelendirilmiştir[645]. Yine ünlü bir politikacı, toplumun haber almasında kamu yararına değil, olsa olsa merak ve magazin amacına hizmet edecek tarzda özel yaşamının görüntülenmesi halinde, kamuya mal olmuş kişi olsa dahi buna katlanmak zorunda değildir. Bu gibi hallerde, basın özgürlüğü ve kişilik hakkının korunmasına ilişkin menfaatlerin dengelenmesi önem taşır.

Resmin araç olarak kullanıldığı açıklamaların dikkat çekme ve okuyucuyu inandırma gücü daha fazladır. Bu nedenle özel yaşam alanı özellikle resimli açıklamalar karşısında daha fazla korunmaya muhtaçtır[646].

Bu noktada, kamuya açık alan ile özel alan arasındaki sınırın nasıl belirleneceği sorunu ortaya çıkar. Geleneksek olarak kabul edilen, kişinin evinden dışarı adımını atmasıyla özel alan sona erdiği; yine kamuya açık alanın da evin kapısında son bulduğudur[647]. Ancak zaman içerisinde oluşan içtihatlarla, özel alanın korunması evden dışarı atılan adımla sınırlandırılmamış; özel yaşam alanı kavramı genişletilmiştir. Buna göre, kişi dışarıda bulunsa dahi yalnız kalma istediği açıkça anlaşılabiliyorsa (örtliche Abgeschiedenheit) ve somut hallerde geniş bir topluluk içinde yapmayacağı şekilde davrandığı görülebiliyorsa[648], bu haller de o kişinin özel yaşam alanı kapsamında değerlendirilebilmelidir[649].

---

[645] *Heimliche Nacktfotos*- OLG Hamburg AfP 1982, s.41 (**Schricker,** § 60/§23 KUG, Rdn.100, s.1227).

[646] **Kılıçoğlu** (Basın), s.137.

[647] **Hoeren/Nielen,** Rdn.453, s.303.

[648] Prenses Caroline olarak bilinen Caroline von Hannover'ın, dergi ve gazetelerde sürekli fotoğraflarının yayınlanması üzerine açmış olduğu davaların, özel yaşam alanının kapsamının genişletilmesine dair oluşturulan bu içtihatlarda büyük etkisi olduğunu söylemek mümkündür.

[649] **Schricker,** § 60/§23 KUG, Rdn.88, s.1223; **Hoeren/Nielen,** Rdn.453, s.303.

d) Resmin Ticari Amaçla ve Reklam Vasıtası Olarak Kullanılmasıyla Resim Üzerindeki Hakkın İhlali

Resmin reklam amacıyla ve ticari amaçla kullanılması ile resim üzerindeki hakkın ihlaline de uygulamada çok sık rastlanmaktadır. Bazı hallerde resmin reklam amacıyla kullanılması yukarıdaki başlıkta değindiğimiz üzere, kişinin şeref ve haysiyetine saldırı niteliği de taşıyabilir. Esasen resimle bağlantılı olarak, özel yaşama saldırı ile şeref ve haysiyetin ihlalinin, ihlal hallerine ilişkin görünümler olduğunu; resmin ticari amaçla ve reklam vasıtasıyla kullanılmasının ise ihlal aracı olduğunu söylersek sanırız yanlış olmaz. Özellikle kamuya mal olmuş, diğer bir deyişle kamuoyunun dikkatini çeken kişilerin resimlerinin ticari amaçlarla ve reklam vasıtası olarak kullanılması, toplumun haber alma ihtiyacının korunmasına hizmet etmez ve resmin kullanılmasını hukuka uygun kılmaz[650].

Resmin yayını reklam amacıyla yapılmışsa, burada ticariliğin had noktada olduğunu söylemek mümkündür[651]. Örneğin; kişinin resminin bir firmanın bastırdığı ve reklam aracı olan yayında[652] veya tv reklamında kullanılması[653]; bir kimsenin iki çocuğuyla resminin bir banka afişinde rızası dışında reklam olarak kullanılması[654], bir fotoğraf stüdyosunun başarılı ve farklı bir fotoğrafı, fotoğrafçının yeteneğine ilişkin reklam yapmak ve müşteri çekmek için, tasvir edilenin rızasını almaksızın vitrine koyması gibi[655]. Yine bir kimsenin resminin izinsiz olarak reklam dışında şekillerde ticari amaçla kullanılması halinde de hukuka aykırı bir ihlal söz konusu olur. Uygulamada bunun en tipik örneğini ünlü film ve müzik yıldızlarının resimlerinin kartpostal ve poster haline getirilip satılması hali oluşturmaktadır.

---

650 *Familie Schölermann-* BGH GRUR 1961, s.138 (**Schricker,** § 60/§23 KUG, Rdn.108, s.1228); karş. **Saymen,** s.119-120.

651 **Franko,** s.47.

652 4.HD, 7.02.2002, E.2001/10199, K.2002/1371 (www.kazanci.com, 8.08.2011).

653 4.HD, 1.3.1988, E.89, K.1996 (**Gümüş,** s.379).

654 2.HD, 29.1.1976, E.1975/9403, K.1976/325 (YKD 1976, C.2, S.7, s.957-958).

655 **Franko,** s.47.

6. Koruma Süresi

Resim ve portreler üzerinde tasvir edilenin kişilik hakkının korunması süresi, FSEK'de "teşhir ve umuma arz için muvafakat verme süresi" olarak düzenlenmiştir. FSEK md.86/I gereğince; resim ve portreler tasvir edilen yaşarken onun rızası olmaksızın, öldüğünde ise kanunun 19.maddesinde sayılan kişilerin rızası olmaksızın, tasvir edilenin ölümünden on yıl geçmedikçe teşhir veya başka şekillerde umuma arz edilemez.

SONUÇ

Fotoğraf, doğada mevcut gözle görülebilen maddi varlık ve şekilleri, ışık ve bazı kimyasal maddeler yardımıyla, ışığa karşı duyarlı hale getirilmiş film, kağıt veya herhangi bir madde üzerine saptayan fiziksel ve kimyasal bir işlemdir. Fotoğrafın temel unsuru ve oluşumuna olanak sağlayan ışık olduğundan, fotoğrafı kısaca "ışıkla yazma sanatı" olarak tanımlamak mümkündür.

Fotoğraf ve fotoğraf tekniklerinin gitgide daha fazla alanda kullanılması, günümüzde dijital fotoğrafçılığın yaygınlaşması, hızı takip edilemeyen teknolojinin de desteğiyle fotoğraf yaşamımızın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir.

Son yıllarda fotoğraf, sanat alanı ve çevrelerinde devamlı artan şekilde rol oynamaktadır. Özellikle müzeler, sanat tarihçileri ve koleksiyoncular fotoğraf eserlerine her zamankinden daha fazla ilgi göstermekte ve değer biçmektedirler. Fotoğrafın sanatsal alandaki etkinliğinin yanında; "belge" olma işlevini, bilimsel alanlardaki, medya, reklamcılık ve endüstrideki işlevlerini de azımsamamak gerekir. Fotoğrafın değerinin ve fotoğrafçıların haklarının korunması amacına yönelik olarak gerek uluslararası alanda gerekse birçok ülkede meslek birlikleri ve dernekler faaliyet göstermektedir.

Fotoğrafın yaşamımızın hemen her alanında rol oynadığı görüldüğüne göre; fotoğrafın ve fotoğraf üzerindeki hakların farklı şekillerde hukuksal uyuşmazlıklara konu olması kaçınılmazdır. Fotoğrafa ilişkin ortaya çıkan hukuksal uyuşmazlıklara ilişkin yerinde değerlendirmeler yapılması, fotoğrafların, eser sahibi ve diğer hak sahiplerinin gereğince korunabilmesi açısından önem arz eder.

Esasen fotoğrafla bağlantılı ilk fikri hukuk koruması, ilk adımda bizzat fotoğrafa ilişkin değil; fotoğraf vasıtasıyla diğer güzel sanat eserlerinin taklit edilmesine karşı düşünülmüştür. Fotoğrafın korunması ihtiyacı ise, o dönem koşullarında binbir güçlükle çekilen bazı fotoğrafların kolaylıkla çoğaltılıp piyasada kullanılması sonucu, gerçek hak ve emek sahiplerinin mağdur olmasıyla kendini göstermiştir. Uygulamada karşılaşılan güçlüklerle kendini gösteren fotoğrafın hukuken korunması ihtiyacı

ise, ne şekilde ve ne kapsamda korunması gerektiği sorularını beraberinde getirmiştir. Zira fotoğrafa atfedilecek nitelik, onun hangi hukuksal çerçevede ve hangi yasal düzenlemelerle korunması gerektiğini belirleyecektir. Bu bağlamda fotoğrafın sanat olup olmadığı ve eser olarak korunup korunamayacağı 18.yüzyıldan bu yana yoğun tartışmalara sahne olmuştur.

Zamanla fotoğrafın eser olarak korunmasını esas alan görüşler yaygınlaşmıştır. Yine de, niteliğine ilişkin tüm bu tartışmalar, fotoğrafın bir süre fikri hukukta üvey evlat muamelesi görmesine yol açmış; gerek uluslararası anlaşmalarda gerekse ulusal mevzuatlarda fotoğrafın eser türlerine dahil edilmesine ve sonrasında diğer eser türleriyle aynı kapsamda korunmasına ilk etapta çekinceyle yaklaşılmasına sebebiyet vermiş; fotoğrafın eser grupları içerisinde hakkı olan yeri alması ve korumanın sağlanması kısmen gecikmeli olarak gerçekleşebilmiştir.

Fotoğrafların uluslararası anlaşmalarda ele alınması sırasında; hukuksal niteliği ve nasıl korunabileceği konusunda, üye ülkelerin bakış açısına bağlı olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüş farklılıkları zamanla giderilmiş; özellikle Brüksel'deki Uluslararası Fotoğraf Hukuku Kongresi'nin etkisiyle, Bern Anlaşmasının Brüksel revizyonunda, fotoğraflar sonunda Anlaşmanın madde başlığı "Korunan Eserler" olan 2. maddesine bugünkü şekliyle dahil edilmiştir. Bu bakımdan Brüksel Konferansı "fotoğraf eserlerinin diğer fikir ve sanat eserlerine eşit bir korumadan yararlanmaya başladığı" önemli bir kilometre taşıdır. Türkiye'nin taraf olduğu WIPO-Fikri Haklar Anlaşması ve TRIPS Anlaşmasında, Bern Anlaşmasına yollama yapılmak suretiyle fotoğraf eserleri korunmuştur; özellikle WIPO Anlaşmasında etkin bir koruma getirildiğini söylemek mümkündür. Yine, Avrupa Topluluğu'nun fikri haklarla ilgili çıkarttığı direktiflerden, Koruma Süreleri Direktifi ve Yeniden Satış Hakkında Direktif, fotoğraflarla ilgili düzenlemeler içermeleri ve uygulamada etkili olmaları açısından oldukça önemlidir. Görüldüğü üzere, fotoğraflar böylelikle uluslararası hukuksal düzenlemeler çerçevesinde büyük ölçüde koruma altına alınmıştır.

Fotoğrafların korunmasına ilişkin yabancı hukukların mevzuatlarına göz attığımızda ise, ülke yasa koyucuları ve uygulayıcılarının fikri

hukuk bakış açılarına bağlı olarak, çeşitli korumalar öngörüldüğü görülmektedir. Kimi ülkeler koruma için eser niteliğinde olmayı yalnızca özgünlük/hususiyet koşuluna bağlarken; kimi ülkeler ek olarak estetik, bilimsel ya da belgesel niteliği olma koşulu getirmiş; kimileri ise, günümüzde artık pek rastlanmasa da, fotoğrafların salt bağlantılı haklar çerçevesinde korunabileceğini öngörmüştür. Yine bazı yasa koyucular (Türk yasa koyucusu dahil), fotoğraflar arasındaki nitelik farkını hukuksal çerçeveye taşıyarak "eser" olma koşullarını taşıyan fotoğrafların telif hakları, bu nitelikte olmayan diğer fotoğrafların ise bağlantılı haklar veya haksız rekabet hükümleri kapsamında koruma konusu olabileceğini düzenlemiştir. Ayrıca fikri muhtevaya sahip olma, özgünlük gibi bir "eser"in varlığını belirleyecek temel ölçütlerin değerlendirilmesine ilişkin güçlükler de uygulamada farklı yorumlamaları beraberinde getirmiştir.

Farklı hukuk sistemlerinde fikri hukukun tarihsel gelişim ve felsefesine paralel olarak, yaratma seviyesi ve eserin varlığına ilişkin koşullarda anlayış farklılıkları olduğu görülmektedir. Common law hukuk sistemine dahil ülkelerde (Amerika dışında), eser sahibinin hususiyetini taşıma (özgünlük) ölçütünün "kişinin gösterdiği beceri, çaba, sarfettiği emek" şeklinde ele alındığı ve içtihatlarında fotoğraflarda özgünlük ölçütüne ilişkin olarak daha düşük bir standart belirlendiği görülmektedir. Kıta Avrupası hukuk anlayışında ise, eserde özgünlük açısından "fikri yaratıcılık, sahibinin zihinsel ürünü" ölçütünün esas alındığı görülmektedir. Hukuk sistemlerinde, hatta bazen ülkeden ülkeye farklılaşabilen yaklaşımlara rağmen; pek çok ülke kendi "eser" olma koşullarına göre yaptığı değerlendirmeyle, bu nitelikte gördüğü fotoğrafların eser olarak korunması gerektiğini kabul etmiştir. Fotoğrafların korunmasında Türkiye'nin de dahil olduğu sistemi benimseyen ülkelerin, "eser" niteliğinde olmayan/olması aranmayan fotoğrafları da himayesiz bırakmayarak koruma altına almasının nedeni ise, daha ziyade ticari nitelikli bu fotoğrafların (uydu&hava fotoğrafları, medya ve reklamcılık sektöründe kullanılan fotoğraflar, spor organizasyonu fotoğrafları vb.) ciddi bir pazar oluşturması ve emeğin korunması düşüncesidir. Ancak belirtmek gerekir ki; bu fotoğraflara ilişkin tek tip bir korumadan söz etmek mümkün değildir.

Çalışmamızda, fotoğraflara özgünlük bahşeden, "eser" olma niteliği veren unsurları ele alan ve fikri hukuk çerçevesinde korunabilirliğini değerlendiren pek çok yargı kararına yer verilmeye çalışılmıştır. Genel olarak, bir fotoğrafta yaratılan kompozisyon, konu seçimi, arkaplan, ışık kurgusu-gölgeleme, renk tonlaması, objelerin aranjmanı, çekim açısı-anı, kadraj, modelin kamera önünde vermiş olduğu poz gibi somut olayda fotoğrafın özgün ve estetik yönünün oluşmasında net şekilde rol oynayan fotoğrafçının seçimlerinin, fotoğrafa özgün nitelik bahşeden, eser sahibinin hususiyetine katkı sağlayan unsurlar olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Çalışmamızda fotoğrafın ne zaman "eser" koşullarını haiz olduğu, bunu belirleyecek ölçütlerin farklı hukuk sistem ve içtihatlarında nasıl değerlendirildiği ele alındıktan sonra; başta Türk fikri hukukuna yön veren Almanya olmak üzere, hukuk sistemimizle yakından ilgisi olan İsviçre ve Avusturya hukuklarında ve yine Anglo-sakson hukuk felsefesi ve yaklaşımına örnek teşkil etmesi açısından İngiltere'de fotoğrafların ve fotoğraf üzerindeki eser/hak sahipliğinin, ayrıca fotoğraf üzerindeki kişilik hakkının nasıl korunduğu, yasal düzenlemeler, doktrindeki görüşler ve içtihatlar çerçevesinde aktarılmaya çalışılmıştır. Sonuç değerlendirmemizi fazla genişletmemek adına, işlediğimiz ülke mevzuat ve içtihatlarına burada tekrar değinmemeyi uygun görüyoruz.

Genel anlamda fikri haklar, eser sahibine rızası olmaksızın eserinin kopyalanmasını, değiştirilmesini, dağıtılmasını veya çoğaltılmasını önleme, eserin izinsiz kullanımı halinde kişiye hukuksal yollara başvurma olanağı tanır. Eser olarak nitelendirilen birçok farklı fikri çalışma vardır. Bunların bir kısmı uzun zaman dilimleri çerçevesinde sonuçlandırılır. Örneğin, bir kitap genelde yıllar süren bir çalışmanın ürünüdür. Ressam bir tablo üzerinde aylarca çalışabilir. Müzisyenin bir bestesini tamamlaması günler sürebilir. Fotoğraf eserleri ise en azından eserin çekimi süresi itibarıyla saniyelik bir süreyi kapsamaktadır. Fotoğrafçılıkta fikri haklar, deklanşöre basılarak görüntünün filme yerleştirildiği an başlar ve başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden kazanılır.

Sanat eserlerinin hemen hepsinde fikri hukuk koruması, mali yönüyle telif hakları koruması sıkça karşımıza çıkmakla birlikte fotoğrafçı-

lıkta durum daha değişiktir. Zira müzik, edebiyat ve görsel sanatlar alanındaki çoğu fikri çalışmanın aksine fotoğraf, "konu"ya ilişkin daha objektif tanımlama içerir. Bir başka anlatımla fotoğrafçılıkta konu herkes tarafından görülebilir veya elde edilebilir; dolayısıyla fotoğrafta hususiyetin değerlendirilmesi diğer sanat dallarındaki çalışmalara kıyasla daha esnektir. Fotoğrafta özgün değer esasen, fotoğrafçının konuyu çıplak gözle görülenden veya algılanabilenden başka türlü yansıtması halinde mevcut sayılabilir. Bazı fotoğraflar belirli koşulları haiz olması halinde fikri hukukça korunurken, bazı fotoğraflar bu korumadan yararlanamaz.

Türk fikir ve sanat eserleri hukukunda eser "sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri" olarak tanımlanmıştır (FSEK md.1/B,a). Bu noktada, kanunda tanımlanmayan "eser sahibinin hususiyeti"nin ne olduğu, nasıl belirleneceği, eser için öngörülen korumayı nasıl belirlediği ve etkilediği konusu çeşitli bilimsel görüşler ve içtihatlar çerçevesinde somutlaşmaktadır. Kanımızca, fotoğrafta hususiyetten söz edebilmek için; -içtihatlarla geliştirilen, fotoğrafa özgünlük katan unsurlar dışında genel olarak- bunu ortaya koyan kişinin bağımsız fikri faaliyeti ürünü olması, bu faaliyetin serbest biçimlendirme alanında şekillenmesi ve çalışmanın rutinden farklı olarak değerlendirilebilmesi gerekir.

Fotoğraf eserleri, içerik olarak hususiyet verme imkanının diğer eser türlerine nazaran daha kısıtlı olduğu bir eser türüdür. Bununla birlikte fotoğrafların asgari yaratma seviyesinin aşılmış olması hali yeterli görülerek, eser sahibinin hususiyetini yansıtması halinde "eser" olarak fikri hukuk korumasından yararlanacağı ifade edilebilir. Fotoğraf eserleri rutin ve sıradan olandan farklı olarak, fotoğrafı çekenin ferdi düşünüş biçimini, bakış tarzını ya da sanatsal ifade gücünü yansıtır nitelikte olmalıdır. Fotoğraf eserlerinin sıradan bir tesbiti aşan bir ahenk yakalamaları, anlatılmak isteneni izleyici/kullanıcıya nüfuz eden bir ifade gücüyle sunmaları ve onu düşünmeye teşvik eden özellikleriyle ön plana çıktığını söyleyebiliriz. Yabancı hukuklarda genelde sanatsal nitelik taşıyan fotoğrafları eser olarak koruma yönünde bir anlayışın mevcut olduğu; bizden farklı olarak

çoğu pozitif hukuk düzenlemesinde bilimsel fotoğraflara ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı görülmektedir.

Dolayısıyla, fotoğraf eserleri için FSEK'de, çoğu yabancı hukuk düzenlemesine kıyasla, daha kapsamlı bir koruma getirildiğini ifade etmek mümkündür. Yasa koyucu güzel sanat eseri niteliğindeki fotoğrafları FSEK md.4'de koruma altına alırken, estetik değeri bulunmayan teknik ve ilmi nitelikte fotoğrafları FSEK md.2 kapsamında korumuştur. Kanımızca somut olaya göre değerlendirilmek kaydıyla, eser olma koşullarını taşıyan bazı basın fotoğraflarının da FSEK md.2 kapsamında ele alınması mümkün olmalıdır. Teknik ve ilmi nitelikte fotoğrafın yine estetik değeri olması da mümkündür; bu halde, her iki hüküm kapsamında da korunabileceği kabul edilmelidir. Kuşkusuz, eser sayılabilmek için aranan "eser sahibinin hususiyetini taşıma" ölçütünün her iki maddede sayılan fotoğraflar açısından "ayrı" değerlendirilmesi gerekir. Uygulamada, genellikle bu ölçüt bakımından değerlendirme yapılmadığı ve fotoğrafın sadece hangi hüküm kapsamında korunabileceğine yer verildiği, bazen hiç yer verilmediği; bazı mahkemelerin bir fotoğrafın izinsiz olarak kullanılması halinde, niteliğine bakmaksızın FSEK'in eser korumasına ilişkin hükümleri kapsamında değerlendirerek tazminata hükmetme eğilimi olduğu görülmüştür. Fotoğrafın "eser" niteliği olup olmadığının; olması halinde, hangi hüküm kapsamında eser olarak korunduğu en çok görüşüne başvurulacak bilirkişinin niteliğinin ve tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşır. Yargıtayın ve mahkemelerimizin konuya ilişkin açık gerekçelerinin karar metninde yer alması, bu gibi tereddütlerin giderilmesine katkı sağlayacaktır. Nitekim Yargıtay'ın son yıllardaki bazı kararlarda bu usulün isabetli olmadığı belirtilmekte; fikri ürünün eser niteliğinde olup olmadığının mahkemece re'sen dikkate alınması, hususun işin uzmanı bilirkişilerden (fotoğraf sanatçısı,araştırmacı-hukukçu) istenecek kapsamlı değerlendirme içeren rapora göre açıklığa kavuşturulması gerektiği ifade edilmektedir.

Bir fotoğraf eserine ilişkin olarak eser sahibi, fotoğrafı çeken, fotoğrafın tesbitinde yaratıcı unsurları bizzat ortaya koyan kişidir. Çalışmamızda "fotoğrafçı" terimi, fotoğrafı meydana getirenleri kapsayan genel bir kavram olarak kullanılmıştır. Fotografik eserlerde birlikte eser

sahipliği konusu tartışmalıdır; kanımızca uygulamada pek rastlanabilir olmasa da, eserin meydana getirilmesinde bir başkasının da yaratıcı katkısından belirgin şekilde söz edilebiliyorsa, gündeme gelebilir. Diğer eser türlerinde olduğu gibi, fotoğraf eserlerinde de eser üzerindeki hakların doğumu için bir yere tescil veya kayıt koşulu aranmamaktadır. Fotoğraf eserlerinde eser sahipliği konusunda çıkacak uyuşmazlıklarda, eser sahipliğinin ispatı kişinin elinde fotoğrafın negatif&diyapozitifinin bulunması; dijital fotoğraflardaysa iddia sahibinin fotoğraf makinesinden üretilmiş olduğunu gösteren dijital kod veya RAW formatlı dosyalara sahip olması yoluyla mümkün olabilir. Bir diğer ispat yolu ise, söz konusu fotoğrafın yer, zaman, ışık, çekim tekniği ve diğer özgün unsurlarını taşıyan diğer benzer fotoğraflara aynı kişi tarafından sahip olunmasıdır.

FSEK, eserin meydana gelmesiyle birlikte eser sahipliğine birtakım hukuksal sonuçlar bağlamış; eser sahibine manevi ve mali haklar tanıyarak eser sahibini korumuştur. Fotoğrafı yaratan, eser sahibi ve eser sahipliğinden doğan haklara sahip&hakları kullanmaya yetkili ise de; FSEK md.18/II'nin koşulları mevcutsa, fotoğraf üzerindeki mali haklar, fotoğrafçının hizmet akdi çerçevesinde yanında çalıştığı işverence kullanılabilecektir. Bunun yanında fotoğrafçı serbest de çalışıyor olabilir; bu halde, fotoğrafı üzerindeki mali haklarına ilişkin istediği gibi tasarruf edebilir (mali hakkın devri/kullanım hakkının devri-lisans).

Fikri hukukumuz, eserin yaratılmasıyla birlikte fotoğrafçıya eser sahipliğinden doğan mali ve manevi hakları bahşetmiştir. Manevi haklar eser sahibinin eserle olan manevi bağlarına ilişkin olup; eser sahibi fotoğrafı üzerindeki manevi haklarını devredemez, bu haklar mirasla intikal etmez. FSEK md.19'un koşulları mevcutsa bu hakların ancak kullanımının devrinin mümkün olabileceği kabul edilmektedir. Kendisine tanınan manevi haklar çerçevesinde fotoğrafçı, eserinin bütünlüğünü koruma yetkisi, eserinde değişiklik yapılmasını engelleme yetkisi, adının eserde belirtilmesini talep yetkisi, eserin umuma ilk olarak ne zaman ve nasıl sunulacağını belirleme yetkisi gibi yetkileri bünyesinde barındırır; bu haklara bir saldırı varsa dava açabilir. FSEK md.17'de ele alınan "eserin zilyet ve maliklerinden eserden yararlanmayı talep yetkisi"nin kullanılabileceği eserler arasında ise fotoğraflara yer verilmemiş olup; kanımızca

özellikle sınırlı sayıda basılan fotoğrafların bu haktan yoksun bırakılmalarının haklı bir sebebi yoktur. Mali haklar ise, eserden ekonomik olarak yararlanma ve bunun şeklini belirleme olanağını münhasıran eser sahibine veren; ona eserden üçüncü kişilerin izinsiz yararlanmalarına engel olma yetkisi tanıyan mutlak haklardır. FSEK uyarınca eser sahibi fotoğrafçının mali hakları; işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı, umuma iletim hakkı ve güzel sanat eserlerinin satış bedelinden talep hakkıdır. Bu mali hakların konusunu teşkil eden yararlanma şekilleri teknik gelişmelere göre değişip genişleyebilir. Eser sahibi fotoğrafı üzerindeki mali haklarını birbirinden bağımsız olarak devredebileceği gibi, bu hakların sadece kullanılması açısından yetki vermesi (lisans) de mümkündür.

Fotoğraf üzerindeki eser sahipliğinden doğan tüm bu haklar ancak eser sahibi fotoğrafçı ve onun yetkili kıldığı kişilerce kullanılabilecek; yine fotoğrafçı tanınan bu hak ve yetkilerle eserinin izinsiz şekilde kullanılmasını engelleyebilecektir. Ancak internetle birlikte eserlerin dijital olarak sanal ortamda kolaylıkla yayılması, eserlerin tanıtılmasına hizmet etse de; eser üzerindeki hakların ihlalini kontrolsüz biçimde yaygınlaştırdığından ve ihlal hallerine çeşitlilik kazandırdığından dolayı, dijital watermarking başta olmak üzere, çeşitli teknik imkanlarla koruma sağlanmaya çalışılmaktadır. Uygulamada fotoğrafçının en çok ihlal edilen haklarının, mali haklarından çoğaltma ve yayma, manevi haklarından ise eser sahibi olarak tanıtılma yetkisi ile eserinde değişiklik yapılmasını men yetkisi olduğu söylenebilir. Fotoğrafçının eser sahipliğinden doğan haklarının ihlaline ilişkin uygulamada ortaya çıkan uyuşmazlıkları konu alan içtihatlara ve ihlal hallerine çalışmamızda kapsamlı olarak değinilmeye çalışılmıştır.

Fikri hukukta bazı hallerde, fotografik eserler üzerinde eser/hak sahibi olanlar dışındaki kişilere, izin almaksızın eserden yararlanma serbestisi tanınarak, kanunen eser sahibinin hakları sınırlandırılmıştır. Bu serbestinin tanınması "kamu düzeni", "genel yarar" ve "kişisel yarar" gibi düşüncelere dayanır:

Kamu düzeni çerçevesinde; FSEK md.30/I'e göre, "*fotoğraflar,* umumi emniyet mülahazasiyle veya adli maksatlar için sahibinin rızası

alınmaksızın, resmi makamlar veya bunların emriyle başkaları tarafından her şekilde çoğaltılabilir ve yayılabilir". *Kamu yararı düşüncesiyle*; Türk hukukunda fotoğraflardan eğitim-öğretim amacıyla yararlanma serbestisi ise, fotoğrafların eğitim-öğretim amacıyla göstermek suretiyle temsilinde ve yine aynı amaçla oluşturulacak seçme ve toplama eserlere iktibasında gündeme gelebilir. Bunun dışında, fotoğraflar yine maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde iktibas edilebilir; başka bir eseri tamamlamak yahut süslemek için ise kullanılmamalıdır. Dijital ortamda küçük ön izleme resimlerinin (thumbnails) iktibas serbestisi kapsamında ele alınıp alınamayacağına ise kanımızca olumsuz yanıt vermek gerekir; zira bu resimlerin görüntülendiği arama sonuçları listesi bağımsız bir eser niteliği taşımaz. Yine kamu yararı çerçevesinde, fotoğrafların olay açıklaması niteliğindeki haberler kapsamında kullanılması ve ayrıca bizzat eser sahibinin fotografik eserlerini, örneğin açtığı sergiyi konu yapan haberlerde bunlara örnek kabilinden yer verilmek suretiyle yararlanılması serbesttir. *Özel yarar düşüncesiyle* getirilen yararlanma serbestilerinden şahsen kullanım serbestisinin ise, günümüz teknolojik olanaklarının fikri mülkiyet haklarına konu ürünleri kolayca kopyalamaya imkan tanımasından ötürü, nispeten dar yorumlanması gerektiğini söyleyebiliriz. Kopya ve teşhire ilişkin serbestinin özellikle fotoğraf eserlerini ilgilendiren noktası ise, sergilenen veya açık artırmaya konulan fotoğrafların sergi ve artırmayı düzenleyen kimseler tarafından çıkartılacak katalog, kılavuz veya buna benzer matbualar vasıtasıyla çoğaltılması ve yayılmasının caiz olmasıdır.

Fotoğraflar üzerindeki fikri haklar, sağlararası ya da ölüme bağlı tasarrufa dayanan hukuksal işlemlere konu olabilir. İlk halde, fotoğraf üzerindeki fikri hakların sözleşme konusu olması söz konusudur. Fotoğraflar üzerindeki mali hakların devri söz konusu olabileceği gibi, eser sahibi bu hakların sadece kullanım yetkisini devretmekle de yetinebilir (lisans). Bu tür sözleşmeler için, BK.mızın sözleşmelere ilişkin hükümleri uygulama bulur. Bunun yanında FSEK (md.63)'de eser sahibinin mali haklarının miras yoluyla intikal edebileceğinin yanısıra, bu hakların ölüme bağlı tasarruflara da konu edilebileceği öngörülmüştür. Eser sahibinin manevi hakları ise, miras ya da ölüme bağlı tasarrufla intikal etmeyen haklardır.

Yasa koyucunun bazı hallerde eser üzerindeki telif haklarının kullanımını *bizzat* düzenleme yoluna gittiği görülmektedir. Bu çerçevede fotoğrafçının akdettiği sözleşmenin hukuksal niteliği, çektiği fotoğraflar üzerindeki haklarını ve bu haklarının kullanımı açısından kendisini etkileyecektir. FSEK md.18/II'e göre, fotoğrafçının bir hizmet ilişkisi çerçevesinde, gördüğü işle bağlantılı olmak kaydıyla, meydana getirdiği fotoğraflar üzerindeki mali hakların kullanımı -kural olarak- işverenine aittir; ancak bu durum eser sahipliğinin devri anlamı taşımaz. Yasa koyucunun, bu hüküm ile çalıştıranlara, eser üzerindeki mali hakların kullanılmasına ilişkin "kanuni bir inhisari lisans" tanıdığını söylemek mümkündür.

Özel bir sipariş üzerine meydana getirilen fotoğraflarda da, eser sahipliği bakımından sorun yoktur. Fotoğrafları konu alan eser sipariş sözleşmeleri hukuksal nitelik itibarıyla istisna sözleşmesidir. Türk fikir ve sanat hukukumuzda, istisna sözleşmesi ile kurulan işgörme münasebetleri kapsamında meydana getirilen eser üzerindeki hakların kullanılmasına dair herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi; BK'nın istisna sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında, sözleşme konusu şeyin FSEK anlamında "eser" niteliğini taşıması halinde hangi hükümlerin uygulanacağına dair özel bir düzenleme de yer almamaktadır. Hizmet sözleşmesi kapsamında meydana getirilen eserlerle ilgili FSEK md.18 hükmünün bu durumda uygulanıp uygulanamayacağı doktrin ve uygulamada tartışmalı olup, Yargıtay'ın FSEK md.18'in sipariş eserler bakımından uygulanması gibi bir yaklaşım içinde olmadığı söylenebilir. Kanımızca, anılan fıkra kapsamındaki hukuksal ilişkiler mahiyeti itibarıyla işgörme ilişkisi niteliğini taşıyor ise de, bu hükmü iş veya hizmet ilişkisi dışındaki özel hukuk ve kamu hukukuna tabi bütün işgörme ilişkileri bakımından genişletmek doğru olmaz. Sipariş üzerine yaratılan eserlere ilişkin hakların kullanılması konusundaki kanun boşluğunun doldurulmasında, öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeden hareket edilerek "somut olayın özelliğine göre" karar verilmelidir.

Fotoğraf üzerindeki mali hakları veya kullanım hakkını (lisans), fotoğrafçı yahut mirasçıları süre, yer ve içerik itibarıyla sınırlı veya sınırsız, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilir. Ancak kanunda açıkça düzenlenmiş mali haklar fotoğraflarla ilgili sözleşmelere konu

olabilir. Eserin üzerindeki mülkiyet hakkının devri ise, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, mali hakkın devrini kapsamaz.

Eser sahipliğinden doğan mali hakları devralan, sözleşme kapsamında ondan tıpkı eser sahibi gibi yararlanır ve bu süreçte üçüncü kişilerin haktan yararlanmasını men edebilir; kendisi de bu sürede eser sahibinin manevi haklarını ihlal etmeme yükümlülüğü altındadır. Devralanın mali hakkını üçüncü kişilere devir yetkisi, sözleşmede açıkça kararlaştırılmadıkça veya eser sahibi sonradan yazılı bir izin vermedikçe, bulunmamaktadır. Mali hakkın devrinden sonra, üçüncü kişilerin hak ihlallerinde gerek eser sahibi gerekse hakkı devralan hakkın korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını isteyebilirler; ancak kural olarak manevi haklara tecavüzde, hakkı devralan açısından bu imkan yoktur. Doktrinde çoğunlukla, mali hakkın devrinde, hakkın eser sahibinin malvarlığından çıkarak hakkı kazanan kişinin malvarlığına geçeceği dile getirilmişse de; aksi görüşe göre, haktan yararlanma konusunda bir "izin" söz konusudur. Dikkat edilecek olursa, FSEK'de eser sahibinin haklarının devrine normal bir devrin sonuçlarından farklı birtakım sonuçlar bağlanmış olduğu görülecektir.

Fotoğraflar üzerinde mali hakların kullanımına ilişkin yetki vermek suretiyle de (lisans) sözleşme akdedilebilir. Uygulamada bu tür sözleşmelerin "Fotoğraf Eseri Kullanım Sözleşmesi" adı altında akdedildiği görülmektedir. Böylece, belirli bir amaç için bir fotoğrafı arayan alıcıya (lisans alan) fotoğraf üzerindeki hakları kullanım yetkisi tanınabilirken; fotoğrafçıya da, alıcıyla doğrudan sözleşme ilişkisi içine girme ya da ekonomik menfaatlerini bir fotoğraf ajansı vasıtasıyla gözetme imkanı tanınmaktadır. Basit lisans tanımanın, fotoğraflarının çok yönlü kullanımını mümkün kılarak etkin kazanç sağlaması yönünden fotoğrafçılar için daha elverişli bir kullandırma seçeneği olduğu söylenebilir. Lisans sözleşmesi hukuksal nitelik bakımından kanımızca isimsiz sözleşme olarak değerlendirilemez. Devredilen kullanma hakkının niteliğinden yola çıkarak ise; biz lisans sözleşmesini tasarrufi işlem olarak kabul ettiğimizden, sözleşme sonucunda lisans alanın iktisap ettiği hakkın mutlak hak olduğu sonucuna varıyoruz ki; lisansın hukuksal niteliğine ilişkin bu değerlendirme, lisans alan kullanıcının, lisans veren fotoğrafçı dışındaki üçüncü

kişilere de bu hakkını gerektiğinde ileri sürebilmesi bakımından önem taşır.

Yargıtay'ın bu konudaki kararlarında istikrar olduğu söylenemez. Önceki kararlarında, münhasır lisans sözleşmesini hakkı devreden bir tasarruf işlemi kabul edip, lisans alanın dava açma hakkının hatta yükümlülüğünün bulunduğunu, açmadığı takdirde lisans verene karşı sorumlu tutulacağını kabul ederken; daha sonra lisans alanın dava açma hakkı olmadığını belirtmiştir. Kanımızca Yargıtay'ın bu son kararı yerinde değildir. Bununla birlikte, basit lisansın niteliği gereği eser sahibinin veya üçüncü kişilerin aynı hakkı kullanmalarına engel teşkil etmeyen niteliğinden yola çıkarak; basit lisans alanın dava hakkının bulunmadığı düşüncesindeyiz.

Yine fotoğrafçı haklarını sadece ekonomik yararlanma değil, koruma amaçlı da devredebilir. Fotoğrafçı, meslek birliğiyle bu amaca yönelik "hak gözetim sözleşmesi"akdedebilir. Kanımızca, meslek birlikleriyle akdedilen sözleşmeler FSEK md.48 anlamında devir yahut lisans sözleşmesi sayılamaz; vekalet sözleşmesi veya en azından vekalet benzeri bir isimsiz sözleşme olarak değerlendirilebilir.

Fotoğrafçının mali haklarından ekonomik açıdan yararlanmaya yönelik yapacağı devir ve lisans sözleşmeleri FSEK md.52 gereği açıkça yazılı geçerlilik koşuluna bağlanmış; sözleşme konusu hakların tek tek gösterilmesi aranmıştır. Ancak doktrinde bunun mutlaka içerik, yer ve süre itibarıyla sınırlandırılmasının sözleşmenin geçerliliği bakımından aranmaması gerektiği ifade edilmiştir. Kanımızca bu durum sözleşmenin yorumuna ilişkindir ve yorumun İsviçre-Alman hukuklarında da benimsenmiş olan "amaca uygun devir ilkesi" çerçevesinde yapılması yerinde olur. Nitekim Yargıtay'ın bazı kararlarında da bu ilkenin yansımalarını görmek mümkündür. Son olarak, fotoğraf üzerindeki mali haklara ilişkin akdedilen sözleşmeler açısından şekle aykırılığı ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul ediliyorsa, sözleşme geçerliymiş gibi hüküm ve sonuç doğurur.

Fotoğraflar üzerindeki fikri hakların ihlali taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılıktan gündeme gelebileceği gibi; uygulamada sıkça görül-

düğü üzere, taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadan da söz konusu olabilir. Bu durumda, eser sahipliğinden doğan hakkın korunmasında haksız fiile ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Hukuka uygunluk sebeplerinin olması ya da koruma süresinin (70 yıl) dolduğu hallerde ise, fikri hakkın ihlalinden söz edilemez.

Fotoğraf üzerindeki fikri hakkın ihlali halinde eser/hak sahibinin açabileceği hukuk davaları; tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve maddi-manevi tazminat davasıdır. Tazminattan farklı olarak, kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen davalar bu ilk iki davayla sınırlı değildir; tespit ve elde edilen kazancın iadesi davasını da bu kapsamda ele almak gerekir.

Mali hakların eser sahibinin eserle olan ekonomik ve mali ilişkilerinden kaynaklanan niteliğinden ötürü, bu hakların ihlalinde, ihlal ya da etkileri devam etmekte ise, açılacak olan tecavüzün ref'i davasının da mali sonuçlar doğurması düşünülmüş; davanın eser sahibi fotoğrafçının telif haklarının tazminine yönelik olması öngörülmüştür. Yasa koyucu, bu amaçla, eser sahibi/hak sahibi ile mali hakları ihlal eden arasında *bir sözleşme yapılmış olsaydı bu haklar için ödenmesi gereken telif ücreti ne olacak idiyse*, tecavüzün ref'i (durdurma) davasının bu ücretin ödenmesine yönelik olması esasını getirmiştir. Bununla birlikte, bu davanın sadece telif ücretinin ödenmesi ile sınırlı tutulmasının mali haklara yönelik muhtemel ihlaller açısından caydırıcı olamayacağı öngörülerek, *telif ücretinin üç katının* talep edilebilmesine olanak tanınmıştır. Biz, FSEK md.68/I,II'de ifade edilen üç katı tutarında miktarın kanuni cezai şart olarak değerlendirilebileceği düşüncesindeyiz. Eser niteliğindeki fotoğrafları konu alan bir uyuşmazlıkta, *varsayımsal/farazi sözleşme* bedeli tayin edilirken ise: Eser sahibinin sanatçı kişiliği, sanatsal yeteneği, tanınmışlığı gibi ölçütler subjektif kriter olarak; eserin beğeni ölçüsü ve hitap ettiği kitle, estetik görünümü, nitelik ve niceliği, ihlal edilen mali hakkın türü, coğrafi kapsamı, ihlal süresi, ihlalin yapıldığı vasıta ve bunun geniş halk kitlesine ulaşımı vb. ölçütler objektif kriter olarak göz önüne alınabilir.

Eser sahibinin hakkını ihlal edenden doktrinde telif tazminatı olarak anılan bu bedeli talep ettiğinde, fotoğrafı üzerindeki mali hakları belirli bir çerçevede ona devretmiş sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışıl-

mıştır. Yargıtayın yakın tarihli bir kararında, hak ihlalinde bulunan kişinin ödediği telif tazminatı sonrasında sanki taraflar arasında devir sözleşmesi yapılmış gibi, ihlal edenin uyuşmazlık konusu mali hakları ve bu hakların kullanılmasına ihtiyaç gösteren manevi hakları kullanma yetkisi elde ettiği yönünde bir tutum takındığı görülmüştür. İfade etmek gerekir ki, Yargıtayın bu içtihadında farazi sözleşme kavramı amacından sapmıştır. Zira, farazi sözleşme kavramı, bir mahkeme kararının akabinde, bu karar dikkate alınmaksızın tekrarlanan fikri hak ihlallerini ört bas etmeye alet edilemeyeceği gibi; yeni ihlallerin hukuka uygunluk sebebi olarak da yorumlanamamalıdır.

FSEK'de eser sayılmayan ancak eserle yakın ilişkileri bulunan bazı konular da koruma altına alınmıştır. Yasa koyucu, eser niteliğinde olmasa bile, eserle yakından ilgili olan, onun ayrılmaz bir parçası haline gelen ve eser alenileştirilirken ya da yayımlanırken verilen ad ve alametlerin özel olarak korunması gerektiğini düşünmüştür. Bunun dışında yine, eser niteliğinde olsun/olmasın, yaratılmasında benzer bir fikri çabanın gösterildiği bazı işaretlerin, resimlerin ve seslerin tespit edilmesi ve kullanılmasına ilişkin olarak da koruma altına alınması düşünülmüştür. Bu tür yaratımların başkaları tarafından kullanılmasında "*eser sahipliğinden doğan hakkın ihlali*" değil, "*haksız rekabete neden olunması*" ön plana çıkmaktadır. Haksız rekabete dayanan korumadan yararlanabilmek için genel kural "tacir olmak" ise de; yasa koyucu burada bu tür yaratımların haksız rekabet hükümlerine göre korunması için, bu koşul aranmaksızın özel bir düzenleme getirmiştir.

FSEK md.83 hükmü, fotoğraflarla ilgili olarak uygulamada daha ziyade "fotoğrafın adı" bakımından önem arz edebilir. Bu konuda genel görüş, eser adlarının ne denli özgün olursa olsun, eser sayılamayacağı ve eserlere ilişkin korumadan yararlanamayacağı yönündedir. FSEK md.83'deki koşulların varlığı halinde (ayırt edici olması, iltibasa meydan verebilecek tarzda kullanılması ve eserin kamuya sunulmuş olması) fotoğraf eserlerinin adları haksız rekabet hükümlerine göre korunabilecektir. Ör: "*99 Cent II Diptychon*".

FSEK md.84'deki korumanın temel amacı, mevcut bir emekten başkalarının haksız şekilde yararlanmasının önüne geçmektir. Nakle ya-

rayan bir araç üzerine tespit edilen resmin, üçüncü kişilerce aynı vasıtadan faydalanılmak suretiyle çoğaltılması ve yayımlanması durumunda, haksız rekabete ilişkin koruma hükümleri uygulanır. Böylelikle, FSEK kapsamında eser olarak (md.2,md.4) nitelendirilemeyen fotoğrafların, maddede sayılan koşulların varlığı halinde, haksız rekabet hükümlerine göre korunabileceği öngörülmüştür. Haksız rekabet hükümlerine göre başvurulabilecek diğer hukuksal koruma yollarının yanında; haksız rekabete fotoğrafların izinsiz kullanılması yol açtığına göre, davacının bu fotoğrafın bedelsiz kullanımından doğan zararını istemesi mümkündür. Bu halde, FSEK md.68'de farazi sözleşme ilkesinden hareketle telif tazminatının hesabına ilişkin ilkeler –üç kat ceza uygulaması dışında- burada da uygulanabilir.

Fotoğraflara kişilik hakkı kapsamında koruma sağlayan FSEK md.86 ise daha farklı bir konuya ilişkindir. Burada, eser veya eser niteliğinde olmasa bile buna benzer yaratımlar değil, bunlara konu olan kişilerin korunmasına ilişkin bir düzenleme söz konusudur. FSEK md.86'da genel kural, resmin, tasvir edilenin (tasvir edilen ölmüşse md.19/I'de sayılan kişilerin) rızası olmadan -tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe- teşhir veya diğer şekillerde umuma arz edilemeyeceğidir. Düzenleme kişilik hakkının korunması ilkesine dayanmaktadır. Ancak bu hak, kamu yararı ve toplumun haber alma özgürlüğünü sağlamak amacıyla sınırlandırılmış; bazı hallerde tasvir edilenin rızası gerekmeksizin içinde yer aldığı resimlerin umuma arz edilebileceği kabul edilmiştir (FSEK md.86/II). Kişinin resmi üzerinde kişilik hakkı mevcut ise de, bu hakkın hukuksal niteliğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Kanımızca, kişinin resmi üzerinde "bağımsız" bir kişilik hakkı kabul edilebilir ve bu kabule bağlı olarak, kişinin rızası olmaksızın salt resminin yayınlanması dahi -kişinin şeref ve haysiyet veya özel yaşamından bağımsız olarak- doğrudan doğruya bir ihlal oluşturabilir.

BİBLİYOGRAFYA*

AKİPEK, Ş./**DARDAĞAN,** E.: Sanal Ortamda Telif Hakları, Batider 2001, C:21 S:1, s.47-77.

AKSU, M.: Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme, Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s.121-158.

ARBEK, Ö.: Fikir ve Sanat Eserlerine ilişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara 2005.

ARIDEMİR GENÇ, A.: Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul 2003.

ARKAN, A.: Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005.

ARKAN, S.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012 (ticari işletme).

ARNET, R.: Die Fotografie- "Sorgenkind des Urheberrechts"? Betrachtungen zum "Bob Marley" –Entscheid des Bundesgerichts, AJP 2005, S.67 (swisslex, 8.08.2011).

ARNOLD, R.: Copyright in Photographs: A case for Reform, EIPR (2005), V:27 I:9, s.303-305.

ARSLANLI, H.: Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.

ATEŞ, M.: Fikri Hukukta Eser, Ankara 2007.

ATEŞ, M.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003 (Haklar).

---

* Burada sadece birden fazla yollamada bulunulan kaynaklara yer verilmiştir. Diğer kaynaklar ilgili dipnotunda yer almaktadır. Birden fazla eseri bulunan ya da aynı soyadını taşıyan yazarlara yollamada bulunurken kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmektedir.

ATEŞ, M.: Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Ankara 2012 (Eser Sahipliği).

ATEŞ, M.: İstisna (Eser) Sözleşmesi Kapsamında Meydana Getirilen Eser Üzerindeki Fikri Haklar, Batider 2012, C.XXVIII, S.1, s.41-63 (İstisna).

ATEŞ, M.: Avrupa Birliği'nde Fikri Haklara İlişkin Düzenlemeler ve Türkiye, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y:2005 S:4, s.1044-1061 (Avrupa Birliği).

AYDINCIK, Ş.: Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006.

AYİTER, N.: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1972.

BÄCHLI, M.: Das Recht am eigenen Bild (Die Verwendung von Personenbildern in den Medien, in der Kunst, der Wissenschaft und in der Werbung aus der Sicht der abgebildeten Person), Basel-Genf-München 2002.

BAPPERT, W./**WAGNER,** E.: Urheberrechtsschutz oder Leistungsschutz für die Photographie?, GRUR 1954, s.103-107.

BARNETT, S.R.: Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain, AJCL 1999, V:47, s.555-581 (Heinonline, 8.08.2011).

BARRELET, D./ **EGLOFF** W.: Das neue Urheberrecht- Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2.Aufl., Bern 2000.

BARTHOL, A.: Urheberrechte in der bildenden Kunst und in der Fotografie, Graz 2006.

BAYGIN, C.: Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali Hakları Kullanmaya Kanunen Yetkili Sayılan Kişiler, Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul 2002, s.145-174.

BAUM, A.: Die Brüsseler Konferenz zur Revision der Revidierten Berner Übereinkunft – Erlebnis und Ergebnis, GRUR 1949, 1-44.

BELEN, H.: Eser Sahibi ve Manevi Hakları, KÜHFD 1997, Y:1 S:1, s.213-249.

BELGESAY, M.R.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 2001.

BELLİCAN, C.: Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme, Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, C.1, s.535-592.

BEŞİROĞLU, A.: Fikir Hukuku Dersleri, 4.Bası, İstanbul 2006.

BEŞİROĞLU, A.: Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar-Fikir Hukuku, İstanbul 2004 (Düşünce Ürünleri).

BIENE, D.: Celebrity Culture, Individuality and Right of Publicity as a European Legal Issue, IIC 2005/5, V:36, s.505-524.

BİLGE, O./ **BİLGE,** T.: Fotoğraf ve Haklarımız, http://www.tfsf.org/haklarimiz1.pdf, (Derleme), (5.08.2011).

BLANCKERTZ, P.: Der Schutz der Fotografie, Berlin 1965.

BOBA, G./ **WALTER,** M.M.: Leitfaden Foto-Urheberrecht für österreichische Berufsfotografen, Wien 1997.

BOZGEYİK, H.: Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet, Batider 2009, C.XXV, S.3, s.169-222.

BRAUNEIS, R.: Intellectual Property Protection of Fact-Based Works, UK-USA, 2009.

BVPA Der Bildermarkt-Handbuch der Bildagenturen, Berlin 2003.

CHERPILLOD, I.: Schranken des Urheberrechts, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Hrsg.**von Büren,** R./**David,** L.), Basel-Frankfurt am Main 1995, s.231 vd.

CORRODI, R.: Das Urhebervertragsrecht des Fotografen in der Schweiz, Zürich 2004.

ÇELİK, A.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali-İhlalin Sonuçları, Ankara 2011.

ÇİZGEN, E: Türkiye'de Fotoğraf, İstanbul 1994.

ÇÖL, H.C.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre Eser Dışında Koruma Konuları, AÜHFD Y:2003, C.52 S.4, s. 365-384.

DARDAĞAN, E.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 2000.

DAVIES, G.: Copyright Law for Artists, Photographers and Designers, London 2010.

DEAZLEY, R.: Photographing Paintings in the Public Domain: A Response to Garnett, EIPR 2001, V:23, s.179-184.

DIETZ, A.: Die Schutzdauer-Richtlinie der EU, GRURInt 1995, s.670-686.

DIETZ, A.: The Artist's Right of Integrity under Copyright Law- A Comparative Approach, IIC 1994/2, V:25, s.177-194 (Comparative Approach).

DITTRICH, R.: Überlegungen zum Lichtbildschutz nach österreichischem Recht Urheberrecht gestern - heute - morgen; Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, s.223-234.

DRASSINOWER, A.: Sweat of the Brow, Creativity and Authorship: On Originality in Canadian Copyright Law, UOLTJ 2003-2004, C.1, s.105-123.

DUBOFF, L.D.: The Law for Photographers, New York 1995.

DURGUT, R.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları, Prof.Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s.1075-1095.

EISENBARTH, P.: Das Recht am eigenen Bild von relativen und absoluten Personen der Zeitgeschichte, Konstanz 2000.

ELİRİ, İ.: Güzel Sanat Eserlerinde Fikri Mülkiyet Hakları ve Uygulamaları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2010/23, s.61-71.

ERDİL, E.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Eser Sahibinin Pay ve Takip Hakkı, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 2009, S:17 s.63-87.

ERDİL, E.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 2009 (Şerh).

EREL, Ş.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3.Bası, Ankara 2009.

ERTAN, G./**ERUTKU,** B.: Açıklamalı Fotoğraf Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2004.

ESCHMANN, S.: Urheberrecht an Fotografien, sic! 1/2005, 075, s.3 (www.sic-online.ch, 5.05.2011).

FAULSTICH, W.: Grundwissen Medien, 4.Aufl., München 2000.

FILLER, S.: Copyright Protection and Subject Matter in Photographs, http://nylawline.typepad.com/photolawyer/2007/01/copyright_prote.html (5.08.2011).

FRANKO, N: Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973.

FRANKO, N.: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri (BK.373-381), Ankara 1981 (Yayın).

FREUND, G.: Fotoğraf ve Toplum (çev.Şule Demirkol), İstanbul 2008.

FROMM, F.K./**NORDEMANN,** W.: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 9.Aufl., Stuttgart 1998.

FROMM, F.K.: Der Apparat als geistiger Schöpfer, GRUR 1964, s.304-306 (GRUR).

GARNETT, K./**ABBOTT,** A.: Who is the "Author" of a Photograph?, EIPR 1998, V:20, s.204-209.

GARNETT, K.: Copyright in Photographs, EIPR 2000, V:22, s.229-237.

GENDREAU, Y.: United Kingdom in: Copyright and Photographs-An International Survey edited by Gendreau, Y./Nordemann, A./Oesch, R., Kluwer Law International, 1999, s.283 vd.

GEISER, T.: Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel-Frankfurt, 1990.

GERSTENBERG, E.: Zur Schutzdauer für Lichtbilder und Lichtbildwerke, GRUR 1976, s.131 vd.

GERSTENBERG, E.: Grenzfragen des Lichtbildschutzes, FS für Klaka, München 1987, s.120-126 (FS).

GIMENO, L.: Photographs, Commercial Exploitation of the Image and Copyright in Spain, Ent.L.R. 1998, s.131-137.

GINSBURG, J.: Die Rolle des nationalen Urheberrechts im Zeitalter der internationalen Urheberrechtsnormen, GRURInt 2000, Vol.49, s.97-110.

GORMANN, R./**GINSBURG,** J.: Copyright Cases and Materials, Seventh edition, New York 2006.

GÖKYAYLA, K.E.: Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, 2.Bası, Ankara 2001.

GREENBERG, E./**REZNICKI** J.: Photographer's Survival Manual-A Legal Guide for Artists in the Digital Age, New York/London 2010.

GÜMÜŞ, M.A.: Kişinin Resmi (Görünümü) Üzerindeki Hakkı, KÜHFD 1997, Y:1 S:1, s.363-386.

GÜNEŞ, İ.: Eser Sahibinin Manevi Hakları, FMR 2003, Y:3 C:3 S:4, 11-18.

GÜNEŞ, Z.S.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Resim ve Portreler, Sayıştay Dergisi 1997, S:24, s.31-36 (resim ve portreler).

HEITLAND, H.: Der Schutz der Fotografie in Urheberrecht Deutschlands, Frankreichs und der Vereinigten Staaten von Amerika, München 1995.

HILTY, R.M.: Lizenzvertragsrecht, Bern 2001.

HIRSCH, E.: Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948.

HIRSCH, E.: Hukuki Bakımdan Fikri Say, İstanbul 1943 (Fikri Say).

HIRSCH, E.: Bern Sözleşmesi, AÜHFD Y:1950, C.7 S:1-2, s.130-145 (Sözleşme).

HOEREN,T./NIELEN M.: Fotorecht, Recht der Aufnahme, Gestaltung und Verwertung von Bildern, Berlin 2004.

HUBMANN, H.: Das Persönlichkeitsrecht, 2.Aufl., Köln 1967.

HUG, G.: Switzerland in: Copyright and Photographs- An International Survey edited by Gendreau, Y./Nordemann, A./Oesch,R., Kluwer Law International, 1999, s.255 vd.

HUG KETTMEIR, G.: Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht, UFITA 136, 1998, s.151-200 (Fotografie) .

HUG KETTMEIR, G.: Schutz der Fotografie aus schweizerischer Sicht, ZUM 1989, s.554 vd (Schutz der Fotografie) .

HUGHES, J.: The Photographer's Copyright, *in* Author in the Machine: Creativity, Copyright and the Computer, 2009 (http://www.law.upenn.edu/cf/institutes/ctic/papers/201011/Hughes.pdf, 5.09.2011).

İMER,Ü.: Modern Fotoğraf Sanatı, İstanbul 1977.

İMRE, Z.: Şahsiyet Hakkının Korunmasına ilişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması, Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1973, s.797-845.

İNCEOĞLU, M./**TOSUN,** Y.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevi Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu ile İlişkisi, Batider 2012, C.XXVIII, S.3, s.75-113.

JACOBS, R.: Die Katalogbildfreiheit, FS für Ralf Vieregge zum 70.Geburtstag, Berlin-New York 1995, s.381-399.

JACOBS, R.: Photographie und künstlerisches Schaffen, FS für Karlheinz Quack zum 65.Geburtstag, Berlin-New York 1991, s.33-40 (Photographie).

JAHN, S.: Pflichten, Rechte, Möglichkeiten von Fotografen in Zeiten des World Wide Web, 2009, s.14, (http://www.law.tuwien.ac.at/jahn.pdf, 8.08.2011).

KANBUROĞLU, Ö.: A'dan Z'ye Fotoğraf, İstanbul 2010.

KARABAĞ BULUT, N.: Basın Özgürlüğü ile Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı Arasında Kurulacak Olan Dengenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin von Hannover v. Almanya Vakasına İlişkin 24 Haziran 2004 Tarihli Kararı Işığında Değerlendirilmesi, Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, C.II, Eylül 2010, s.1055-1112.

KARAHAN, S./**SULUK,** C./**SARAÇ,** T./ **NAL,** T.: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2012.

KARNELL, G.: Photography – A Stepchild of International Conventions and National Laws on Copyright, Copyright 1988, Vol.24 No:3, s.132-145.

KATZENBERGER, P.: Die europäische Richtlinie über das Folgerecht, GRURInt 2004, s.20-27.

KAYA, A.: Şehir Planları FSEK kapsamında Eser midir?, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s.321-350.

KESER BERBER, L.: İnternette Eser Sahipliği Hukuku Sorununa Getirilen Teknik Çözümler: Steganografi (Data Hiding; Veri Gizleme) ve Digital Watermarking (Dijital İşaretleme), 75.Yaşgünü için Prof.Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.179-205.

KILIÇ, B.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Eser Kavramı, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 2005, S:1, s.106-128.

KILIÇOĞLU, A.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006.

KILIÇOĞLU, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.Bası, Ankara 2012 (Borçlar Hukuku).

KILIÇOĞLU, A.: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2008 (Basın).

KILIÇOĞLU, A.: Fikri Mülkiyette Kazancın İadesi Davası, Prof.Dr.Turgut Akıntürk'e Armağan, Ankara 2008, s.193-200 (Kazancın İadesi).

KILIÇOĞLU, A.: Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak), TBBD 2004, S.54, s.51-103 (Koruma).

KILIÇOĞLU, A.: Fikri Haklar Alanında 5101 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler, TBBD 2004, S:55, s.65-83 (Yenilikler).

KILIÇOĞLU, A.: Fikri Hakların İhlalinde Açılabilecek Hukuk Davaları, Hirsch'ten Günümüze Fikri Haklar-Tebliğler, Ankara 2004 (Davalar).

KILIÇOĞLU, A.: 5846'daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini, FMR 2001, C.I, S.3, s.23-28 (5846'daki Hatalı Bir Değişiklik).

KILIÇOĞLU, A.: Fikri Haklara İlişkin Bazı Sorunlar ve Yasa Tasarısının Eleştirisi, TBBD 1994, S.3, s.325-345 (Tasarı).

KIRCHNER, E.L: Das fotografische Werk, Bern 2005.

KOCH, A.: Handbuch zum Fotorecht, Sinzheim-Baden 2003 (Fotorecht).

KOCH, F.: Rechtsschutz für Benutzeroberflächen von Software, GRUR 1991, s.180-192.

KOHLER, J.: Das Eigenbild im Recht, Berlin 1903.

KOTZ, D./**BRUGGEMANN,** J.: Fotografie und Recht-Die wichtigsten Rechtsfälle für die Fotopraxis, Heidelberg/München/Hamburg 2009.

KUMMER, M.: Das Urheberrechtlich Schützbare Werk, Bern 1968.

LANDWEHR, W.: Das Recht am eigenen Bild, Winterthur 1955.

LEHMENT, H.: Das Fotografieren von Kunstgegenständen, Göttingen 2008.

LOEWENHEIM, U.: Handbuch des Urheberrechts, Aufl.2, München 2010.

LUPTON, K.: Photographs and the Concept of Originality in Copyright Law, EIPR 1988, s.257-259.

MAAßEN, W.: Urheberrechtliche Probleme der elektronischen Bildverarbeitung, ZUM 1992, S.338-352.

MÄCHTEL, F./**UHRICH**, R./**FORSTER**,A.: Geistiges Eigentum, Gewerblicher Rechtsschutz, Urheber- und Wettbewerbsrecht-Vorschriftensammlung, Tübingen 2009.

MACIAS, J.: Die Entwicklung des Bildjournalismus, München 1990.

MAY, M.: Das neue Urheberrecht für Fotografen, Frankfurt 1985.

MICHALOS, C.: The Law of Photography and Digital Images, London 2004.

MIELKE, L.: Fragen zum Fotorecht, 4.Aufl., Baden-Baden 1996.

MIELKE, L./ **MIELKE,** G.: Die Entwicklung des Fotorechts seit 2006, AfP 2010, Heft 5 s.1, www.genios.de (5.08.2011).

MOSIMANN P./**HERZOG,** P.: Zur Fotografie als urheberrechtliches Werk- Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid vom 5.September 2003 "Bob Marley", sic!2004 705 ff. (www.sic-online.ch, 5.05.2011).

MUTTENZER, R.: Der urheberrechtliche Lizenzvertrag, Basel 1970.

NORDEMANN, A.: Germany in: Copyright and Photographs-An International Survey edited by Gendreau, Y./Nordemann, A./Oesch,R., Kluwer Law International, 1999, s.135 vd.

NORDEMANN, A.: Die künstlerische Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk, Baden-Baden 1992 (Fotografie).

NORDEMANN, A.: Verwertung von Lichtbildern, Festgabe für Gerhard Schricker zum 60.Geburtstag, München 1995, s.477-501 (Verwertung).

NORDEMANN, A.: Zur Problematik der Schutzfristen für Lichtbildwerke und Lichtbilder im vereinigten Deutschland, GRUR 1991, s.418-422 (Schutzfrist).

NORDEMANN, A./ **MIELKE,** L.: Zum Schutz von Fotografien nach der Reform durch das dritte Urheberrechtsänderungsgesetz, ZUM 1996, s.214-218.

NORDEMANN,W.: Lichtbildschutz für fotografisch hergestellte Vervielfältigungen?, GRUR 1987, s.15-18 (Lichtbildschutz).

NORDEMANN,W./**VINCK,**K./**HERTIN,**P./**MEYER**,G.: International Copyright and Neighbouring Rights Law, Weinheim 1990.

ODMAN BOZTOSUN, A.: Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Aralık 2005, C.XXI, s.197-235.

OESCH, R.: Nordic Countries in Copyright and Photographs-An International Survey, edited by Gendreau, Y./Nordemann, A./Oesch,R., Kluwer Law International, 1999, s.231 vd.

OĞUZ, A.: Genel Hatlarıyla Telif Hakları ve Korunması, Bilişim ve Fikri Mülkiyet Semineri, Ankara 2006, s.3-39.

OKTAY ÖZDEMİR, S.: Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002.

ORTAN, A.N.: Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979.

ÖNCÜ, Ö.: Fikri Hak İhlalleri Bakımından İnternet Görsel Arama Motorları, DEÜHFD 2008, C:10, S:1, s.93-154.

ÖZCAN, M.: Fotoğrafların Telif Hakları Kapsamında Değerlendirilmesi, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 2006, Y:2, S:5, s.147-150.

ÖZDEMİR, B.: Disiplinlerarası Bir Disiplin Olarak Fotoğraf,

http://www.beyhanozdemir.com/showarticle.asp?article=37 (5.10.2011).

ÖZTAN, F.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.

ÖZTRAK, İ.: Fikir ve Sanat Üzerlerindeki Haklar, Ankara 1971.

PAUSA, A.: Der urheberrechtliche Lichtbildschutz im Rechtsvergleich (unpublizierte Dissertation), Wien 2010.

PFENNIG, G.: Die digitale Verwendung von Werken der bildenden Kunst und von Fotografien, in Urheberrecht und digitale Technologie, Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 22.4.1994 (Hrsg.**Becker,** J./**Dreier,**T.), Baden-Baden 1994.

PİROĞLU, Ü.: Eserden Doğan Manevi Haklar Tazminatı ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi, Prof.Dr.Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s.555-575.

PLATENA, T.: Das Lichtbild im Urheberrecht-Gesetzliche Regelung und technische Weiterentwicklung, Frankfurt am Main 1998.

PUSCHEL, H.: Urheberrecht-Eine Einführung in das Urheberrecht mit dem TRIPS-Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums; Freiburg 1997.

REHBINDER, M.: Schweizerisches Urheberrecht, 2.Auflage, Bern 1996.

RICKETSON, S.: International Conventions, in: Copyright and Photographs- An International Survey, edited by Gendreau, Y./Nordemann, A./Oesch,R., Kluwer Law International, 1999, s.15 vd.

RICKETSON, S.: The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886-1986, London 1987 (Convention).

RIEDEL, H.: Fotorecht für die Praxis, München 1988 (Fotorecht).

RIEDEL, H.: Grundprobleme der Urheberrechtsreform, NJW 1959, s.2096-2100 (Grundprobleme).

RIEDEL, H.: Das photographische Urheberrecht in den Referentenentwürfen des Bundesjustizministeriums zur Urheberrechtsreform, GRUR 1954, s.500-510 (Urheberrechtsreform).

ROETHLISBERGER, E.: Schweizerisches Photographenrecht, SJZ 1925, Band 21, s.265-271.

ROTH, Hans-Peter: Urheberrecht- Schutz von Portraitfotografien, EuZW 2012, s.182-190.

SAUPER, V.: Urheberrechtliche Probleme bei der Bearbeitung von Fotografien (unpublizierte Diplomarbeit), Graz 2009.

SAYMEN, F.H.: Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940.

SCHACK, H.: Kunst und Recht (Bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht), 2.Aufl., Tübingen 2009.

SCHACK, H.: Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4.Aufl.,Tübingen 2007 (Urheberrecht).

SCHACK, H.: Anmerkung, Urteil vom 27.2.2008- 2 U 319/07 (OLG Jena), MMR 2008/6, s.414-416 (Anmerkung).

SCHATTER, H.R.: Humboldt-Fotolexikon, München 1991.

SCHRAMM, C.: Die schöpferische Leistung, Berlin-Köln 1957.

SCHRICKER, G.: Urheberrecht Kommentar, Aufl.3, München 2006.

SCHULZE, G.: Der Schutz von technischen Zeichnungen und Plänen-Lichtbildschutz für Bildschirmzeichnungen?, CR 1988, s.181-194.

SHERWIN, R.V.: Legal Aspects of Photography, New York 1972.

STOKES, S.: Copyright and the Reproduction of Artistic Works, EIPR 2003, V:25 I:10, s.486-489.

STOKES, S.: Leslie A.Kelly v. Arriba Soft Corp- A View from the United Kingdom, EIPR 2000, V:22, s.599-603 (View).

SULUK, C./ **ORHAN,** A.: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C.II-Genel Esaslar, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 2005.

SWOBODA, E.: Radelnd zum Foto-Kunstwerk- Auswirkungen der "Eurobike" Entscheidung für die Praxis des Fotorechts, MR 2002, s.195-197.

SWOBODA, E.: Fotorechte im Wandel der Zeit(ung), ÖJZ 2002/3, s.636-642.

TEKİNALP, Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, 4.Bası, İstanbul 2005.

TRACHSLER, W.: Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme, Zürich 1975.

TÜYSÜZ, M.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara 2007.

TÜZÜNER, Ö.: Farazi Sözleşme İlişkisi Hakkında Bir Yargıtay Kararının Tazminat Hukukunun Esasları Çerçevesinde İncelenmesi, ABD 2012, Y:70 S:2, s.71-95.

ULMER, E.: Urheber- und Verlagsrecht, 3.Aufl. Munich 1980.

USLU, R.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku'nda "Eser" Kavramı, Ankara 2003.

VAVER, D.: The National Treatment Requirements of the Berne and Universal Copyright Convention, IIC 1996, 17/6, s.715-732.

VOGT, H../**WIGET,** L.: Aktuelle Fragen des Photorechts: Urheberrecht, Recht am eigenen Bild und Gegendarstellungsrecht, in Entertainment Law (Hrsg. **Arter,** O./**Jörg,**F.), Bern 2006, s.129 vd.

VON BASSEWITZ, K.: Hard Times for Paparazzi: Two Landmark Decisions Concerning Privacy Rights Stir Up The German and English Media, IIC 2004/6, V:35, s.642-653.

VON BUREN,R.:Der Werkbegriff, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Hrsg.**von Büren,** R./**David,** L.), Basel-Frankfurt am Main 1995.

VON GAMM, E.: Die Problematik der Gestaltungshöhe im deutschen Urheberrecht, Baden-Baden 2004.

VON GAMM, O.F.: Urheberrechtsgesetz Kommentar, München 1968 (Kommentar).

VON LEWINSKI, S.: Der EG-Richtlinienvorschlag zur Harmonisierung der Schutzdauer im Urheber- und Leistungsschutzrecht, GRURInt 1992, s.724-733.

VON GRAFFENRIED, C.: Vermögensrechtliche Ansprüche bei Urheberrechtsverletzungen, Zürich 1993.

WALTER, M.M.: Austria, in: Copyright and Photographs-An International Survey edited by Gendreau, Y./Nordemann, A./Oesch,R., Kluwer Law International, 1999.

WALTER, M.M: Herstellerbezeichnung, Gegenstandsbezeichnung und Änderungsverbot im Lichtbildrecht, MR 1994, s. 49-53 (Lichtbildrecht).

WANCKEL, E.: Foto- und Bildrecht, 3.Aufl., München 2009.

WANDTKE, A.A./**BULLINGER,** W.: Praxiskommentar zum Urheberrecht, München 2009.

WEDLER, R.: Fotorecht-Rechtsfragen der Fotografie, 3.Aufl., Leipzig 1958.

WENZEL, K.E.: Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Köln 2003.

WILLIAMS, K.: Disparity in Copyright Protection: Focus on the Finished Image ignores the Art in the Details, AULR. V:58 2008, s.169-206.

WOTHERSPOON, K.: Copyright Issues Facing Galleries and Museums, EIPR 2003, V:25, s.34-39.

YARAYAN, A.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Avrupa Birliği Mevzuatına Uyumu, FMR 2006, Y:6 C:6 S:1, s.121-137.

YASAMAN, H.: Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar, Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaşgünü Armağanı, İstanbul 2002, C.I, s.805-819.

YARSUVAT, D.: Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 3.Bası, İstanbul 1984.

YAYKIN, M.: Sanat, Teknoloji, Bilim ve Fotoğraf, İstanbul 2010.

ZANGER, G.: Urheberrecht für Fotografen, Wien 1988.

Web Kaynakları :

http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2010/07/100714_greekpay.shtml (14.07.2010).

http://tdkterim.gov.tr/bts (5/11/ 2010).

http://tr.wikipedia.org/wiki/Foto%C4%9Fraf (5/11 2010).

http://fotografcilik.uzerine.com/index.jsp?objid=1952 (5/11/2010).

http://en.wikipedia.org/wiki/Color_photography (5/11/ 2010).

http://blog.gorselbeyin.com/2010/08/25/kitle-iletisim-araci-olarak-fotografin-onemi/ (5/11/2010).

http://www.habervitrini.com/haber.asp?id=281631 (5/11/2010).

http://www.sanalfotografmuzesi.com/galeri.html (5/02/2011).

http://www.fiap.net/index-en.php (5/02/2011).

http://tr.wikipedia.org/wiki/Kolaj (5/11/2010).

http://tr.wikipedia.org/wiki/Foto%C4%9Fraf (8.04.2011).

http://erc.unesco.org/cp/convention.asp?KO=15381&language=E (5/02/2011).

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16 (5.02.2011).

http://www.wipo.int/treaties/en/notifications/wct/treaty_wct_69.html (5.02.2011).

http://europa.eu/abc/european_countries/index_en.htm (5.02.2011).

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:372:-0012:-0018:DE:PDF (05.02.2011).

http://www.mare.de/index.php?article_id=986 (5/11/2010).

http://blogs.photopreneur.com/the-most-expensive-photographs-ever-sold (5/11/2010).

http://de.wikipedia.org/wiki/Kunsturheberrechtsgesetz (5/11/2010).

http://www.urheberrecht.justlaw.de/rechtsvorschriften-eu/2001-84-eg.htm (5.02.2011).

www.kazanci.com.tr (5.02.2011), (8.08.2011).

http://supreme.justia.com/us/499/340/case.html (5.02.2011).

http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=15395&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (5.03.2011).

http://www.out-law.com/page-8688 (5.03.2011).

http://en.wikipedia.org/wiki/Burrow-Giles_Lithographic_Co._v._Sarony (5.03.2011).

http://en.wikipedia.org/wiki/Leibovitz_v._Paramount_Pictures_Corp (5.03.2011).

http://www.fotograf.net/Fotograf/Dersler/Kompozisyon/index.htm (5.03.2011).

http://www.yorumla.net/photoshop-ve-grafik/466200-grafik-sanatlarda-fotograf-kullanimi.html (5.05.2011).

www.sic-online.ch, (5.05.2011).

http://www.prolitteris.ch/fileadmin/user_upload/ProLitteris/Dokumente/Tarife_D/gt8-I-de.pdf (5.08.2011).

http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/bridgeman1.pdf, (5.8.2011).

http://www.dailymail.co.uk/news/article-474893/Mystery-sailor-famed-VJ-day-kiss-New-Yorks-Times-Square-identified.html, (5.08.2011).

http://en.wikipedia.org/wiki/Rogers_v._Koons, (5.08.2011).

http://nylawline.typepad.com/photolawyer/derivative_works/, (5.08.2011).

http://fairuse.stanford.edu/primary_materials/cases/ariba_soft.pdf (5.08.2011).

http://www.bapla.org.uk/index.php?option=com_content&task=view&id=18&Itemid=70 (8.08.2011)

http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040506/campbe-1.htm (8.08.2011).

http://en.wikipedia.org/wiki/Campbell_v_Mirror_Group_Newspapers_Ltd (8.08.2011).

http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/22.html (8.08.2011)

http://www.fotografya.gen.tr/cnd/index.php?id=14 (8.08.2011).

http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-12/cp110132en.pdf (8.12.2011).

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0145:EN:HTML (8.12.2011).

http://www.widmerpartners-lawyers.ch/NR/rdonlyres/8CFD62B4-F36A-4C71-97BA-45D1BC5EDAE9/0/GutachtenWebcamURG.pdf (8.12.2011).

http://www.turkhukuksitesi.com/makale_882.htm (8.08.2011).

http://www.frmtr.com/garip-olaylar/2515160-dunyanin-en-unlu-fotograflari-aciklamali.html (8.08.2011).

http://www.ntvmsnbc.com/id/25296341 (11.11.2011).

http://www.ch-forschung.ch/index.php?artid=127 (5.04.2012).

http://www.digimarc.com/technology/about-digital-watermarking (5.04.2012).

http://www.bilgi-rehberi.com/kanunlar/kanun55846uc-003.html (5.04.2012).

http://www.wipo.int/treaties/en/statistics/StatsResults.jsp?treaty_id=15&lang=en (29/10/2012).

ABSTRACT

The Legal Rights (Copyright) on Photographs

Described as the art of making a mark with the help of light; photograph forged ahead since its invention and is featured in almost every part of our lives. With photography, the image epoch beginned and with its large application area, photography has an extremely important role today. Photography has many uses for business, advertising, science, art, mass communication etc.

However, although the use of photographs is such wide, the legal characteristic of photographs, the rights and problems in practice related to photographs are not subjected to any scientific study in Turkish law until today. In Turkish Copyright Law, the original works of photography and simple photos, also the right to one's own image are all protected in different legal context.

In the first part of our study; the concept of photograph, its historical development, the first legal arrangements with the public appearance of need of photographs' protection are mentioned. In the second chapter, the protection of photographs in comparative law is analyzed in light of caselaw. In the last chapter, the rights on photos and protection of photographers in Turkish Copyright Law are considered, specially within the terms of Copyright Act. In this chapter; the issues such as "work", the provisions of the "works of photography" in Copyright Act, copyright of photographer as the "author", legal transactions related to photographs, protection means in case of breach of copyright law are studied. Then, the juristic protection of simple photographs and broadly, right to one's own image subject matters are considered.



www.turhankitabevi.com.tr

ISBN: 978-605-5593-79-7

Fiyatı: 35.00 ₺

turhankitabevi