

İSTANBUL BİLGİÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

SOSYAL MEDYADA FOTOĞRAF HAKLARININ İHLALİ

Başak Ebru İŞILDAKLI
119613022

Doç. Dr. Yalçın TOSUN

İSTANBUL
2022

Sosyal Medyada Fotoğraf Haklarının İhlali
Violation of Photo Rights on Social Media

Başak Ebru IŞILDAKLI
119613022

Tez Danışmanı : **Doç. Dr. Yalçın TOSUN**
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : **Prof. Dr. Gül OKUTAN NİLSSON**
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Gülen Sinem TEK
Bahçeşehir Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 28.07.2022

Toplam Sayfa Sayısı : 151

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Fotoğraf
- 2) Sosyal Medya
- 3) Telif Hakkı İhlali
- 4) Kullanım Koşulları
- 5) Platform Sorumluluğu

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Photograph
- 2) Social Media
- 3) Copyright Infringement
- 4) Terms of Use
- 5) Platform Liability

ÖNSÖZ

Teknolojinin sağladığı imkanlarla fotoğraf çekmek ve bu fotoğrafları sayısız kişiyle paylaşmak günümüzde her zamankinden kolay olsa da fotoğraf üzerindeki hakların korunması aynı ölçüde zorlaşmıştır. Sosyal medyada her gün milyonlarca fotoğraf paylaşılması birçok sorunu ortaya çıkarmakta; bu sorunlar hukukun birçok alanını ilgilendirmektedir. Bu çalışma ile sosyal medyada fotoğraf paylaşımının çeşitli yönlerinin incelenmesi amaçlanmıştır.

Özellikle konu seçimimde beni yüreklendiren ve bu tezi planlarken her aşamada bana rehberlik eden kıymetli tez danışmanım ve hocam Doç. Dr. Yalçın TOSUN'a teşekkür etmeyi bir borç bilirim.

Bu çalışmayı 2210 Yurtiçi Yüksek Lisans Burs Programı kapsamında destekleyen Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na teşekkür ederim. Çalışma boyunca bana her türlü desteği sağlayan aileme, sevgili Elif LENGERLİ'ye, arkadaşlarım Dr. Ecem ÇETİN ve Nur KONYALILAR'a minnetimi ifade etmek isterim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	ix
ÖZET.....	xi
ABSTRACT.....	xii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK DÜZENİNDE FOTOĞRAFLARIN KORUNMASI

I. ULUSLARARASI ANLAŞMALAR VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKA GÖRE FOTOĞRAFLARIN KORUNMASI.....	3
A. Bern Anlaşması.....	3
1. Bern Anlaşması Kapsamında Fotoğrafların Korunması.....	3
2. Bern Anlaşması Kapsamında Fotoğraf Eseri Sahibinin Hakları.....	5
B. Dünya Telif Hakları Anlaşması.....	6
C. WIPO Fikri Haklar Anlaşması.....	7
D. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları.....	8
E. Avrupa Birliği Hukuku.....	10
1. 2001/116 Sayılı Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Koruma Süreleri Yönergesi.....	12
2. 2001/29 Sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılmasına Dair Yönerge.....	13
F. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku.....	14

1. Amerikan Hukukunda Fotoğrafların Korunması.....	15
2. Amerikan Hukukunda Fotoğraf Eseri Sahibinin Hakları...	16
II. TÜRK HUKUKUNA GÖRE FOTOĞRAFLARIN KORUNMASI.....	17
A. Fotoğrafların Eser Olarak Korunması.....	17
1 Genel Olarak.....	17
2. Eser Olarak Koruma Şartları.....	17
a. Esasa İlişkin Şart: Sahibinin Hususiyetini Taşımak...	17
b. Şekle İlişkin Şart: Eser Kategorilerinden Birine Dahil Olmak.....	18
3. İlim ve Edebiyat Eseri Olarak Sağlanan Koruma.....	19
a. Genel Olarak.....	19
b. İlim Edebiyat Eseri Çeşitleri.....	20
c. Estetik Niteliği Bulunmayan Bilimsel ve Teknik Nitelikteki Resim, Fotoğraf, Plan, Maket vb.	21
4. Güzel Sanat Eseri Olarak Sağlanan Koruma.....	22
a. Genel Olarak.....	22
b. Tespit Edilmiş Olma.....	23
c. Estetik Değere Sahip Olma.....	25
B. Fotoğrafların Eser Dışında Hukuki Koruma Yolları.....	27
1. Haksız Rekabet Hükümleri Kapsamında Koruma.....	27
a. Genel Olarak.....	27
b. Eserin Adı- Alametleri- Şekilleri.....	27
c. İşaretler, Resim ve Ses.....	29
2. Kişilik Hakları Kapsamında Koruma.....	31
a. Genel Olarak.....	31
b. Koruma Konusu	32
c. Koruma Koşulları.....	32
aa. Tasvir Edilenin Rızasının Bulunması.....	32
bb. Tasvir Edilenin Rızasının Aranmadığı Haller.	34

İKİNCİ BÖLÜM
TÜRK HUKUKUNA GÖRE FOTOĞRAF ESERLERİNDE ESER
SAHİPLİĞİ VE ESER ÜZERİNDEKİ HAKLAR

I. FOTOĞRAF ESERLERİNDE ESER SAHİPLİĞİ.....	36
A. Genel Olarak.....	36
B. Müşterek Eser Sahipliği.....	37
C. İştirak Halinde Eser Sahipliği.....	38
D. Çalışanların Meydana Getirdiği Eser Üzerinde Eser Sahipliği...	39
II. FOTOĞRAF ESERLERİNDE ESER SAHİBİNİN HAKLARI.....	40
A. Eser Sahibinin Manevi Hakları.....	40
1. Umuma Arz Hakkı.....	40
2. Adın Belirtilmesi Hakkı.....	41
3. Eserde Değişiklik Yapılmasını Menetme.....	42
4. Eserin Ashna Ulaşma Hakkı.....	44
B. Eser Sahibinin Mali Hakları.....	45
1. İşleme Hakkı.....	47
2. Çoğaltma Hakkı.....	48
3. Yayma Hakkı.....	50
4. Temsil Hakkı.....	52
5. İşaret, Ses ve/veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı.....	54
C. Eser Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar.....	57
1. Bern Anlaşması ile Getirilen Sınırlandırmalar.....	57
2. Amerikan Hukukunda Fotoğraf Eseri Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar.....	58
3. Türk Hukukunda Fotoğraf Eseri Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar.....	59
a. Süre Yönünden Sınırlandırma.....	59
b. Esasa İlişkin Sınırlandırmalar.....	61
aa. Kamu Düzeni Düşüncesi ile Sınırlandırmalar.	61

bb. Kamu Yararı Düşüncesi ile Sınırlandırmalar.	62
i. Temsil Serbestisi.....	63
ii. Eğitim ve Öğretim İçin Seçme ve Toplama Eserler.....	64
iii. İktibas Serbestisi.....	65
iv. Gazete Münderecatı.....	66
v. Haber.....	68
cc. Özel Yarar Düşüncesi ile Sınırlandırma.....	70
i. Şahsen Kullanma.....	70
ii. Kopya ve Teşhir.....	72

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SOSYAL MEDYA KAVRAMI VE SOSYAL MEDYADA FOTOĞRAF ÜZERİNDEKİ HAKLARIN İHLALİ

I. SOSYAL MEDYA KAVRAMI VE AKTÖRLERİNİN HUKUKİ STATÜSÜ.....	75
A. Sosyal Medyanın Tanımı ve Kullanıcının Geliştirdiği İçerik (UCG) Kavramı.....	75
B. Sosyal Medya Aktörleri	77
1. Sosyal Medya Kullanıcıları.....	77
2. Sosyal Medya Platformları.....	77
C. Sosyal Medya Aktörleri Arasındaki İlişki.....	80
1. Sosyal Medya Platformları ile Kullanıcılar Arasındaki İlişki	80
a. Platformlar ile Kullanıcılar Arasındaki Sözleşmelerin Özellikleri.....	80
b. Platformlar ile Kullanıcılar Arasındaki Sözleşmelerden Kaynaklanan Sorunlar.....	87
c. Platformlar ile Kullanıcılar Arasındaki Sözleşmelerin Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi	91
aa. Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Bakımından İnceleme.....	91

bb. FSEK Bakımından İnceleme.....	93
cc. GİŞ Hükümleri Bakımından İnceleme.....	96
2. Sosyal Medya Kullanıcıları Arasındaki İlişki.....	98
II. SOSYAL MEDYADA FOTOĞRAFTAN DOĞAN HAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE İHLALİ.....	99
A. Türk Hukukuna Göre Fotoğraftan Doğan Hakların Sosyal Medyada İhlali.....	99
1. Eser Olarak Korunan Fotoğraflar Üzerindeki Hakların İhlali.....	100
2. Eser Olarak Korunmayan Fotoğraflar Üzerindeki Hakların İhlali.....	105
B. Sosyal Medya Platformlarının ve Kullanıcıların 5651 Sayılı Yasa Bakımından Hukuki Sorumluluğu.....	107
C. Sosyal Medya Platformlarının ABD Hukuku Kapsamında Sorumluluğu.....	110
D. Sosyal Medya Platformlarının Sorumluluğuna İlişkin AB Düzenlemeleri.....	111
E. Sosyal Medya Platformlarının Sınırlı Sorumluluğundan Kaynaklanan Sorunlar.....	113
F. Sosyal Medyada Meydana Gelen İhlallerde Milletlerarası Yetki Sorunu.....	115
G. Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi.....	117
1. Eser Olarak Korunan Fotoğraf Haklarının İhlalinde.....	117
2. Eser Olarak Korunmayan Fotoğraf Haklarının İhlalinde..	117
H. Sosyal Medyada Meydana Gelen İhlallerde Uygulanacak Hukuk Sorunu.....	118
1. Eser Olarak Korunan Fotoğraf Üzerindeki Hakların İhlalinde Uygulanacak Hukuk.....	120
2. Eser Olarak Korunmayan Fotoğraf Üzerindeki Hakların İhlalinde Uygulanacak Hukuk.....	121
a. Kişilik Hakları Kapsamında Korunan Fotoğraflar....	121
b. Haksız Rekabet Hükümleri Kapsamında Korunan Fotoğraflar.....	122
SONUÇ.....	123
KAYNAKÇA.....	126

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ALI	: AmericanLawInstitute
b.	: Bent
bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
CA	: CopyrightAct
CD	: Compact Disk
CLIP	: Conflict of Laws in IntellectualProperty
DMCA	: Digital Millennium CopyrightAct
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GATT	: Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İSS	: İnternet Servis Sağlayıcı
m.	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
OECD	: OrganisationforEconomicCo-operationand Development
s.	: Sayfa
s.k.	: Sayılı Kanun
SMK	: Sınai Mülkiyet Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TRIPS	: Trade-RelatedAspects of IntellectualPropertyRights (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları)
UCC	: UserCreated Content (Kullanıcının Yarattığı İçerik)
UGC	: User Generated Content (Kullanıcının Geliştirdiği İçerik)

vb.	:	Ve Benzeri
VSD	:	Video Compact Disk
WEB	:	World Wide Web
WIPO	:	World IntellectualPropertyOrganization



ÖZET

Sosyal medya platformları kullanıcıları içeriğin salt tüketicisi olmaktan çıkarıp kendi içeriklerini üretmeye ve paylaşmaya imkân vermiştir. Kullanıcılar tarafından paylaşılan bu içeriklerin önemli bir kısmını ise fotoğraflar oluşturmaktadır. Sosyal medya platformlarına üye olup fotoğraf paylaşan kullanıcılar aynı zamanda platformlar tarafından tek taraflı olarak hazırlanan kullanım koşullarını da çoğu zaman okumadan kabul etmiş olmaktadır. Kullanım koşulları, kullanıcı içerikleri üzerinde platformlara geniş yetkiler tanımakta, yetkili mahkeme ve uygulanacak hukuk da dahil olmak üzere çok çeşitli hükümler barındırmaktadır. Kullanıcıların kendi yaratımları olan fotoğraflar üzerinde platformlara tanıdıkları geniş yetkiler yanında paylaştıkları fotoğrafların her zaman kendilerine ait olmaması da sorun teşkil eden bir başka noktadır. Bir başkasının yaratımı olan ya da bir kişinin tasvirini içeren fotoğrafların sosyal medyada paylaşılması oldukça yaygın bir uygulama olup böyle fotoğrafların paylaşılması kişilerin haklarını ihlal edebilmekte ve kullanıcıların hukuki sorumluluğuna da yol açabilmektedir. Paylaşımı teşvik eden sosyal medya platformları ise içerik üzerinde denetim ve kontrollerinin olmadığından bahisle yasaların öngördüğü minimum koşulları yerine getirmekle sorumluluktan kurtulmaktadır. Ayrıca ihlaller sosyal medyanın yapısı nedeniyle dünyanın her yerinde etki doğurabilmekte bu nedenle mahkemelerin milletlerarası yetkisi ve uygulanacak hukukun tespitini zorlaştırmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Fotoğraf, Sosyal Medya, Telif Hakkı İhlali, Kullanım Koşulları, Platform Sorumluluğu

ABSTRACT

Social media platforms have enabled users to produce and share their own content, rather than being mere consumers of content. Photos constitute an important part of these contents shared by users. Users who subscribe to social media platforms and share photos also often without reading them accept the terms of use that unilaterally prepared by the platforms. The terms of use grant wide powers to platforms over user content and contain a wide variety of provisions, including the jurisdiction and choice of law. As well as the extensive powers they give to the platforms over the photos they create another point that poses a problem is that the users do not always own the photos they share. It is a very common practice to share photos that are created by someone else or that contain a depiction of a person on social media. Sharing such photos may violate the rights of individuals and lead to legal liability of users. On the other hand, as they do not have control over the content social media platforms are free from responsibility by fulfilling the minimum conditions stipulated by the law. In addition, violations can have an impact all over the world due to the nature of social media, thus making it difficult to determine the jurisdiction of the courts and the applicable law.

Keywords: Photograph, Social Media, Copyright Infringement, Terms of Use, Platform Liability

GİRİŞ

Teknolojideki gelişmeler fotoğraf çekmeyi oldukça kolaylaştırırken sosyal medya çekilen bu fotoğrafların hemen herkesle paylaşılmasına imkân tanımaktadır. Yalnızca bir günde sosyal medyada paylaşılan fotoğraf sayısı milyonlarla ifade edilmektedir. Sosyal medyada paylaşılan bütün fotoğraflar eser olma vasfını taşımaz. Bununla birlikte eser olma koşullarını karşılamayan fotoğrafların da hukuk düzeni tarafından korunması öngörülmüş olabilir. Bu nedenle öncelikle bir fotoğrafın hangi şartlarla eser olarak korunacağı ve bu şartları taşımayan fotoğraflar için hangi hukuki korunma yollarının mevcut olduğu tespit edilmelidir.

Eser olma vasfını taşıyan bir fotoğraf üzerinde eser sahibine mali ve manevi birçok hak tanınmaktadır. Ancak bir eser üzerinde eser sahibinin yanında kamunun da menfaatleri olduğu kabul edildiğinden çeşitli sınırlamalar öngörülmüştür. Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlamaların belirlenmesi sosyal medyada gerçekleştirilen fiillerin ne zaman ihlal oluşturup ne zaman hukuka uygun kabul edileceğinin anlaşılması için önemlidir.

Bir kullanıcının sosyal medya hesabından fotoğraf paylaşabilmesi için öncelikle kendisine sunulan kullanım koşullarını kabul etmesi gerekir. Kullanım koşulları platformlar tarafından tek taraflı olarak hazırlanan ve çok çeşitli konuları içeren bir sözleşmeler topluluğudur. Birçok kullanıcı bu koşulları okumadan kabul etmekte ise de koşullar incelendiğinde kullanıcılar aleyhine birçok hüküm içerdiği görülmektedir. Öncelikle kullanıcıların içeriği üzerinde platformlara dünya genelinde ve devredilebilir bir lisans hakkı tanınmakta, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk seçimi ve yetkili mahkemeye ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Ayrıca platformlar meydana gelecek ihlallerde kendi sorumluluklarını kısıtlarken kullanıcılara yükümlülükler yüklemektedir.

Sosyal medyada paylaşılan fotoğraflar her zaman kullanıcıların kendisine ait olmamakta çoğu zaman bir başkasının çektiği fotoğraf da izin olmaksızın

paylaşılmaktadır. Sosyal medyanın işleyiş şekli ve paylaşımı teşvik eden doğası kullanıcıların başkasına ait içerikleri paylaşmalarının hukuka aykırılığı konusunda yanılmalarına sebep olmaktadır. Bir başkası tarafından çekilen ya da bir başkasının görüntüsünü içeren fotoğrafların çeşitli şekillerde kullanılması kullanıcıların sorumluluğuna neden olurken çoğu zaman platformlara başvurmak mümkün olmamaktadır. Üstelik sosyal medyada meydana gelen ihlaller dünyanın hemen her yerinde sonuç doğurduğundan yetkili mahkeme ve uygulanacak hukuka ilişkin sorunlar kullanıcıların hak aramasını daha da zorlaştırmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle, fotoğrafların hukuk düzeni tarafından ne şekilde korunduğu incelenmiş, uluslararası düzenlemeler ve Türk Hukuku düzenlemeleri yanında sosyal medya platformlarının büyük kısmına ev sahipliği yapan ve sosyal medyada paylaşılan fotoğraflardan doğan uyuşmazlıklarda önem arz etmesi sebebiyle ABD Hukukuna da yer verilmiştir. Fotoğrafların Türk Hukuku çerçevesinde eser olarak korunma şartları ve fotoğrafların eser dışında hukuki korunma yollarına ek olarak fotoğraf eseri sahibinin eseri üzerindeki hakları ve bu haklara getirilen sınırlamalar sosyal medya özelinde önem arz eden hususlara da değinilerek açıklanmıştır. Ardından sosyal medyanın ne olduğu ve aktörlerinin kim olduğu, kullanıcı koşullarında yer alan hükümlerin Türk Hukuku bakımından ne ölçüde geçerli olduğu sorusu cevaplanmaya çalışılmıştır. Sosyal medyada fotoğraf paylaşımlarının yol açabileceği ihlaller, bu ihlallerden sosyal medya süjelerinin hukuki sorumluluğu ve bu konudaki düzenlemelerin yol açtığı sorunlara yer verilmiştir. Son olarak sosyal medyada fotoğraf haklarının ihlalinin dünyanın hemen her yerinde sonuç doğurabilen doğası nedeniyle bu hususta Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ile uygulanacak hukuk sorunu üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK DÜZENİNDE FOTOĞRAFLARIN KORUNMASI

I. ULUSLARARASI ANLAŞMALAR VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKA GÖRE FOTOĞRAFLARIN KORUNMASI

A. Bern Anlaşması

Eser sahiplerinin haklarını kendi ülkeleri ve diğer üye ülkelerde korumayı amaçlayan Bern Anlaşması¹ ilk olarak 1886 yılında Bern şehrinde imzalanmıştır. Türkiye, birçok kez değişikliğe uğrayan anlaşmanın önce 1948'de değişikliğe uğramış metnine, ardından da 1995 yılında 1971 yılında revize edilen metnine taraf olmuştur². 2022 yılı itibarıyla anlaşmaya taraf olan 181 ülke bulunmaktadır³.

Anlaşmanın 1. maddesinde uygulanacağı ülkelerin, eser sahiplerinin haklarını korumak amacıyla bir Birlik kuracağı kabul edilmiştir. Bern Anlaşması ile üye ülkeler için ortak bir fikri hukuk yaratılmamış⁴; eser sahiplerinin, üye ülkelerin kanunları ile kendi yurttaşlarına tanınan haklardan aynı şekilde yararlanması güvence altına alınmıştır. Bu anlaşma, eser sahiplerine asgari haklar tanır, üye ülkelerin bu asgari korumanın üstünde düzenlemeler yapması mümkündür. Ancak ülkelerin vatandaşlarına, yabancılardan daha az bir koruma öngörmek istememesi, düzenlemelerinin yaklaşmasını sağlamıştır⁵.

1. Bern Anlaşması Kapsamında Fotoğrafların Korunması

Bern Anlaşması, fikri ürünün eser olarak sağlanan korumadan yararlanmasını herhangi bir formaliteye bağlamamıştır. Anlaşmanın 2. maddesi ile eserin tarifi yapılmamış ancak nelerin eser olabileceği sayılmıştır, fotoğraf eserleri de bu

¹Şafak Erel, *Türk Fikir Ve Sanat Hukuku*, 3. Bası (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 39.

²Erel, 39.

³"WIPO-ADMINISTERED TREATIES," Erişim Tarihi: 11.05.2022, https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?search_what=C&treaty_id=15.

⁴Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 39.

⁵Öztan, 41.

maddede sayılan eserler arasında yer alır. Maddede kullanılan “gibi” ifadesinden eserlerin sayılanlarla sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır⁶. “Ürün (production)” terimi tanımlanmamış olmakla birlikte yalnızca eserin koruma talep edilebilmesinden önce var olması gerektiğini belirtmeyi amaçladığı belki de bir eserin basit bir fikirden daha fazlası olarak belirli bir şekil alması ihtiyacına bir gönderme yapıldığı ifade edilmektedir⁷.

Bern Anlaşması’nda hususiyet ya da orijinallik şartından söz edilmemekte ise de çeşitli hükümlerden orijinalliğin edebiyat ve sanat eserleri için bir gereklilik olduğunun farz edildiği sonucu çıkarılmaktadır. Ancak bunun ötesinde orijinalliğin anlamı ulusal yasalara bırakılmıştır⁸. Anlaşma ile koruma “eser” için öngörülmüş olduğundan eser niteliğinde olmayan fikir ürünleri anlaşma kapsamında yer almamaktadır. Sözleşmeye sonradan eklenen fotoğraflar da ancak eser vasfını haiz oldukları takdirde Bern Sözleşmesi kapsamında korunacaktır⁹. Bir fikri ürünün eser olduğundan bahsedebilmek için hangi şartları taşıması gerektiği ülke kanunlarında aynı şekilde düzenlenmemiştir¹⁰. Kimi ülkeler fikri/estetik bir içerik barındırmak ve orijinal olmak gibi ölçütleri geniş yorumlarken kimi ülkelerin ise dar yorumlaması sonucu bir fotoğrafın eser sahibinin ülkesinde korunuyorken bir diğer ülkede eser olarak korunmaması söz konusu olabilecektir¹¹

Anlaşma ile eser sahiplerine tanınan koruma süresi, diğer eserler bakımından eser sahibinin ömrü boyunca ve ölümünden sonra elli yıl olarak öngörülmüşse de

⁶Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1981), 39.

⁷SamRicketson, "Threshold Requirements for Copyright Protection Under the International Conventions," *WIPO Journal*, no. 1 (2010/01/06 2009): 54. Bununla birlikte yazar, aynı maddenin ikinci fıkrasında maddi bir araç üzerine tespit edilmedikçe korunamayacak olan eserlerin düzenlenmesi üye ülkelerin mevzuatına bırakıldığına dikkat çekmektedir.

⁸Ricketson, “Conventions” 54-56. Yazar, işlemlerle ilgili 2(3) numaralı madde ile sinematografik eserlere ilişkin mükerrer 14. maddesinden böyle bir gerekliliğin göstergesi çıkarılabileceğini savunmaktadır.

⁹Ernst Hirsch, "Bern Sözleşmesi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (1950): 143, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42974/520289>.

¹⁰Hirsch, 141.

¹¹Şafak Parlak Börü, "Fotoğraf Üzerindeki Haklar" (Doktora Ankara Üniversitesi, 2013), 27-28.

fotoğraf eserleri için bu süre eserin meydana getirilmesinden itibaren en az yirmi beş yıl olmak üzere öngörülmüştür (m. 7/4)

2. Bern Anlaşması Kapsamında Fotoğraf Eseri Sahibinin Hakları

Bern Anlaşması ile öngörülen esas koruma, birlik ülkelerinin kanunları ile kendi yurttaşlarına öngördükleri korumadan yararlandırılmasıdır (m.5). Bununla birlikte kimi haklar sözleşmede açıkça sayılarak koruma altına alınmıştır. Bu kapsamda sözleşmede bahsi geçen haklardan fotoğraf eseri sahipleri için geçerli olanlar; eser sahibinin manevi haklarından olan, eser sahipliğini ileri sürmek ve eseri üzerindeki tahrifine, bozulmasına veya diğer değişikliklerine ya da şeref veya itibarına zarar verebilecek her türlü küçük düşürücü fiile itiraz edebilme (mükerrer m. 6), edebiyat ve sanat eserinin çevirisini yapma veya yapılmasına izin verme (m.8), edebiyat ve sanat eserlerinin çoğaltılmasına izin verme (m. 9/1), edebiyat ve sanat eserlerinin işaret, ses veya görüntü nakline yarayan her türlü araçla umuma iletimi, yeniden yayını, eserlerinin yayınının hoparlör veya işaret, ses ya da görüntü nakline yarayan diğer bir analog araç ile topluma iletimi (mükerrer m.11), edebiyat veya sanat eseri sahiplerinin, eserlerinin işlenmesi, düzenlenmesi ve diğer değişikliklerine izin verme (m. 12) olarak sayılabilir.

Anlaşmada eser sahibinin haklarına getirilen birtakım sınırlamalara da yer verilmiştir. Bu kapsamda kimi ürünler tamamen koruma kapsamından çıkarılmış ya da çeşitli amaçlar ve koşullarla eserden yararlanma serbest kılınmıştır¹². Bu kapsamda m. 2/8 uyarınca günlük haberler veya salt basın haberi niteliğini taşıyan çeşitli olaylar sözleşme kapsamında korunmazken, m.2/4 düzenlemesi ile yasama, yürütme, yargı metinlerinin korunması birlik ülkelerinin mevzuatlarına bırakılmıştır.

¹² Bu iki kategori dışında eser sahibinin haklarına getirilen sınırlamalar kapsamında üçüncü bir kategori olarak da hak sahibine ücret ödenmesine tabi belirli kullanımlara izin veren hükümler (zorunlu veya zorunlu lisanslar) sayılmaktadır. Sam Ricketson, "The Boundaries Of Copyright: Its Proper Limitations And Exceptions: International Conventions And Treaties," *I.P.Q* 1 (1999): 63.

B. Dünya Telif Hakları Anlaşması

Dünya Telif Hakları Anlaşması, iç hukukları ile uyumsuz asgari standartlar öngören Bern Anlaşması'nı imzalamayan ülkeler ile Birliğe üye ülkeler arasında uluslararası fikri hukuku güvence altına almak amacıyla yapılmıştır¹³. 1952'de imzalanan anlaşma 1971'de Paris'te revize edilmiştir. Bern Anlaşması'na taraf olan Türkiye bu anlaşmayı imzalamamıştır.

Esas olarak ABD'ye uyum sağlamak amacıyla, metnin 1952'deki son hali ile üye ülkelere koruma için formalite öngörme ve koruma süresini yayın tarihinden itibaren hesaplamalarına izin verilmiş aynı zamanda, "yeterli ve etkili korumanın ötesinde asgari standartlar öngörülmemiştir¹⁴. Ulusal muamelenin yanında taraf devletler yeterli ve etkili bir koruma ve her şekilde çoğaltma (reproduction by any means), temsil (performance), yayın (broadcast) ve çeviri (translation) olmak üzere en az dört münhasır hak sağlamalıdır. Üye devletlerin çoğaltma, temsil ve yayın hakları için Anlaşma'nın hükümlerine ve ruhuna aykırı olmayacak istisnalar öngörmesi mümkündür.

Taraf devletlerin yazılar, müzikal, dramatik ve sinematografik eserler ve resimler, gravürler ve heykeller dahil olmak üzere edebi, bilimsel ve sanatsal eserlerdeki yazarların ve diğer telif hakkı sahiplerinin haklarının yeterli ve etkili bir şekilde korunmasını sağlamayı taahhüt edeceğini öngören 1. maddede fotoğraflar zikredilmemiştir. Bununla birlikte 2. fıkra hükümlerinin fotoğraf eserlerine uygulanmayacağını öngören 4. madde üye devletlerin fotoğraf eserlerini veya uygulamalı sanat eserlerini sanat eseri olarak korudukları ihtimalinde minimum süre öngörmektedir¹⁵. Anlaşma, eser sahibinin ölümünden sonra ya da eser sahibinin hayatını temel almayan ülkeler için yayın veya tescilden itibaren 25 yıl

¹³Paul Goldstein/ Bernt Hugenholtz, *International Copyright*, 2. Bası (Oxford: Oxford University Press, 2010), 43.

¹⁴Goldstein/ Hugenholtz, 44.

¹⁵ Bu maddeden yola çıkarak fotoğrafların Dünya Telif Hakları Sözleşmesi ile korunması yükümlülüğü getirilmediği görüşü için bkz. Goldstein/ Hugenholtz, 200.

olmak üzere Bern Anlaşması'ndan çok daha kısa bir koruma süresi tespit etmiştir. Fotoğraflar için bu sürenin 10 yıldan az olamayacağı hüküm altına alınmıştır.

C. WIPO Fikri Haklar Anlaşması

Dünya Fikri Mülkiyet Hakları Örgütü (WIPO) tarafından 20 Aralık 1996 tarihinde kabul edilen Anlaşma'ya Türkiye'nin katılması 02/05/2007 tarih ve 5646 sayılı WIPO Telif Hakları Anlaşmasına katılmamızın uygun bulunduğu hakkında kanun ile gerçekleşmiştir.

Bern Anlaşması ile yakın ilişkili olan WIPO Fikri Haklar Anlaşması taraf devletlerin Bern Anlaşması'nın 1 ila 21 inci maddeleri ile Ek'te öngörülen hükümlerine uymasını zorunlu kılmaktadır (m. 1/4). Ancak bu şekilde Bern Anlaşması'na atıf yapılmakta ise de bu anlaşmaya taraf olanların Bern Anlaşması'nı imzalama zorunluluğu yoktur¹⁶.

Anlaşma, Bern Anlaşması'nda yer alan haklara ek ekonomik haklar tanımakta, ayrıca bilgisayar programları ve veri tabanlarını telif hakkı korumasına almaktadır. Dolayısıyla eser sahiplerinin haklarının dijital ortamda kullanılması ile ilgilenmektedir. Anlaşma'nın 2. maddesi ile telif hakkı korumasının “düşünceleri, yöntemleri, uygulama esaslarını ya da matematiksel kavramları” kapsamayıp ifadeleri kapsadığı hüküm altına alınmıştır.

Fotoğraflar ile ilgili olarak Bern Anlaşması hükümlerinden ayrılan bir düzenlemeye yer verilmiş; Anlaşma'nın 9. maddesi ile fotoğraf eserlerine, Bern Anlaşması'nın 7/4'üncü madde hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Söz konusu madde fotoğraflar için koruma süresini, eser sahibinin ölümünden itibaren 50 yıl olarak öngörülen diğer eserlerden farklı olarak, eser sahibinin ölümünden sonra asgari 25 yıl olarak düzenlemiştir. Bu düzenleme ile, fotoğraf

¹⁶Susy Frankel/ Daniel J. Gervais, *Advanced Introduction to International Intellectual Property* (Cheltenham, UK ; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2016)., 85.

eserleri için asgari koruma süresi diğer eserlerle aynı şekilde eser sahibinin ölümü üzerine 50 yıl olarak uygulanacaktır¹⁷.

WIPO Telif Hakları Anlaşması ayrıca, edebiyat ve sanat eserlerinin sahiplerinin yayma hakkına (m.6/1), bilgisayar programlarının, sinema eserlerinin ve fonogramlara tespit edilmiş eserlerin sahiplerinin kiralama haklarına (m.7), edebiyat ve sanat eserlerinin telli ya da telsiz ortamda, umuma erişilebilir kılma¹⁸ da dahil olmak üzere, umuma iletim hakkına (m.8) yer vermiştir. Ayrıca bu haklara taraf ülkelerce getirilecek sınırlamalarda eserin olağan kullanımını engellemeyecek ve eser sahibinin meşru haklarına zarar vermeyecek bazı özel durumlar için öngörülebileceği kabul edilmiştir (m.10/1).

Anlaşmanın 12. maddesi ile taraflara hak yönetim bilgilerine ilişkin yükümlülükler öngörülmektedir. Anlaşmanın temel amacına uygun olarak taraf ülkelere, herhangi bir hakkın ihlalinin mümkün kılındığını, kolaylaştırıldığını veya saklandığını düşündürecek geçerli sebeplerle yetkisiz olarak elektronik hak yönetim bilgilerini değiştirmek veya ortadan kaldırmak, bunların izinsiz değiştirildiği ya da ortadan kaldırıldığı eserleri dağıtmak, yayınlamak, topluma iletmek gibi fiilleri bile bile işleyenlere karşı veya hukuki tedbirlere tabi olanlar için yeterli ve etkin yasal tedbirler öngörmekle yükümlü kılınmışlardır¹⁹.

D. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları (TRIPS) Anlaşması

Uluslararası ticaretteki hızlı gelişmelerin bir sonucu olarak fikri hakların ticari boyutu da öne çıkmıştır²⁰. Gelişmiş ülkelerin ekonomilerindeki önemi nedeniyle

¹⁷Parlak Börü, 32.

¹⁸Goldstein/ Hugenholtz, 47.

¹⁹ “Hak yönetim bilgisi” ifadesi 2. Fıkarda “bilgi öğelerinden herhangi biri eser nüshası üzerinde olduğunda veya eserin topluma iletimine bağlı olarak görüldüğünde eser, eser sahibi, eser üzerindeki herhangi bir hakkın sahibi veya eserin kullanımına ilişkin süreler ve koşullar hakkındaki bilgiler ve bu bilgileri temsil eden tüm sayı ya da kodları tanımlayan bilgiler” olarak açıklanmaktadır.

²⁰Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı Ve Sınırlandırılması*, 1 ed. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 47.

fikri ürünlerin daha aktif uluslararası korunması talebi gibi sebeplerle fikri ve sınai haklar konusu Tarifeler ve Ticaret Genel (GATT) Anlaşması müzakerelerine dahil edilmiştir²¹. Dünya Ticaret Örgütü'nün kurucu anlaşmasına ek olarak düzenlenen ve ticaretle bağlantılı fikri mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemeler içeren TRIPS (Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights) Anlaşması, 1995 yılında yürürlüğe girmiştir²².

Uruguay görüşmeleri sırasında Bern Anlaşması'nın telif hakkı korumasının büyük ölçüde yeterli olduğu anlaşılmış, bu nedenle TRIPS Anlaşması için hareket noktasının Bern Anlaşması'nın 1971 metninde öngörülen koruma olması kararlaştırılmıştır²³. Bu anlaşmanın 9/1 maddesi ile Bern Sözleşmesi'nin 1971 metninin 1-21 inci maddelerine uyma yükümlülüğü getirilmiş ancak Bern Sözleşmesi'nin mükerrer 6. maddesinde öngörülen manevi haklar kapsam dışı bırakılmıştır. Bununla birlikte m.2/2'de açıkça belirtildiği üzere bu hüküm aynı zamanda Bern Anlaşması'na taraf olan devletlerin mükerrer 6. Maddede öngörülen manevi hakları koruma yükümlülüğünden kurtarmamaktadır.

Bu Anlaşma ile Bern Anlaşması'nda yer almayan “Bilgisayar Programları ve Veri Derlemeleri” 10. madde ile telif korumasına alınmıştır. 9. Maddenin 2. Fıkrası uluslararası telif korumasının geleneksel prensibi olan²⁴ düşünce, yöntem, uygulama esasları ya da matematik kavramlarının korunmaması esasını düzenlemektedir.

Bern Anlaşması'na yaptığı atıf nedeniyle bu Anlaşmanın da fotoğraf eserlerini koruma kapsamına aldığını söylemek mümkündür²⁵. Bununla birlikte fotoğraf eserleri ile uygulamalı sanat eserleri dışındaki eserler için koruma süresi, eser sahibinin yaşam süresi haricinde bir esas ile hesaplandığında, bu süre, hukuka

²¹Ateş, “Haklar”, 48.

²²Ateş, “Haklar”, 48.

²³Antony Taubman/ Hannu Wager/ Jayashree Watal, *A Handbook on the WTO TRIPS Agreement* (Cambridge, UNITED KINGDOM: Cambridge University Press, 2012), 37.

²⁴Goldstein/ Hugenholtz, 77.

²⁵Parlak Börü, 34.

uygun olarak yayımın gerçekleştiği yılın sonundan itibaren 50 yıldan daha az olmayacak ya da yayım, eserin oluşumundan itibaren 50 yıl içinde gerçekleşmişse, eserin meydana getirildiği yılın sonundan itibaren 50 yıl olarak uygulanacaktır. Fotoğraflar için ayrıca bir koruma süresi öngörülmediğinden Bern Anlaşmasına yapılan atıf sonucu asgari olarak eserin yaratılmasından itibaren 25 yıl koruma sağlanması gerekecektir (Bern Anlaşması m. 7/4)²⁶.

Anlaşma'nın 11. maddesinde Bern Anlaşması'nda yer almamış olan; programlar ve sinema eserlerinin ticari kiralınmasına izin verme ya da önleme hakkı tanınmıştır. Madde 14/4 ile, 11. maddede öngörülen bu hakkın fonogramlara da uygulanması kabul edilmiştir. Anlaşma'nın 13. maddesi ile Bern Anlaşması'nın 9/2 maddesine benzer şekilde üye devletlere eserin olağan kullanımına aykırı olmayan ve hak sahibinin meşru menfaatlerine haksız şekilde zarar vermeyen bazı özel durumlarda sınırlama öngörme hakkı tanınmıştır.

E. Avrupa Birliği Hukuku

Üye Devletler arasında fikri hakların korunmasını uyumlaştırmak amacıyla Avrupa Birliği'nde de çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. "Topluluk hukukunun üstünlüğü (supremacy) ilkesi" üye devletlerin yapılan düzenlemeleri ve getirilen kuralları uygulamak ve ulusal hukuklarını bunlara uyumlu kılmalarını mecbur bırakmaktadır²⁷. Bunun sonucu olarak üye devletler tarafından uygulanan uyumlaştırma yönergeleri ve Avrupa Adalet Divanı, önemli bir telif hakkı normları bütünü oluşturmuştur²⁸.

Avrupa Birliği'nin tüm ülkeleri Bern Birliği'nde olup, Roma Sözleşmesi ve DTÖ üyeliği²⁹ yoluyla, TRIPS Anlaşması ile bağlıdırlar. Ayrıca 14 Aralık 2009'da

²⁶Parlak Börü, 34.

²⁷Ateş, "Haklar", 52.

²⁸Goldstein/ Hugenholtz, 64.

²⁹"Members and Dates of Acceptance," Erişim Tarihi: 13.05.2022, https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm.

Avrupa Birliği WIPO Antlaşmalarını da imzalamıştır³⁰. Dolayısıyla Avrupa Birliği'nin telif hakları ve komşu haklara ilişkin kuralları ancak üye ülkelerden ilgili uluslararası sözleşmelerde öngörülen korumadan yalnızca fazlasını sağlamasını gerektirebilir³¹.

1988'de Topluluk Komisyonu tarafından hazırlanan Fikri Haklar Tasarı metni, fikri haklar alanındaki uluslar üstü nitelikteki ilk topluluk düzenlemelerinin temelini oluşturmaktadır³². Günümüzde ise Avrupa Birliği'nin fikri haklar alanında uyumlaştırma çabaları sonucu, fikri haklarla ilgili kabul edilmiş çeşitli yönergeler bulunmaktadır³³.

³⁰"WIPO-ADMINISTERED TREATIES," Erişim Tarihi: 11.05.2022, https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?search_what=C&treaty_id=15.

³¹Goldstein/ Hugenholtz, 65.

³²Green Paper on Copyright, COM 88(172): Ateş, "Haklar", 52.

³³ AB'nin telif hakkı ve komşu haklara (müktesebat) ilişkin düzenleyici çerçevesi aşağıdakilerden oluşur:

93/83 sayılı ve 27.09.1993 tarihli Uydu Yayınlarında ve Kablolu Yayınlar Uygulanan Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Haklara ilişkin Kuralların Koordinasyonu Hakkında Konsey Yönergesi)

96/9 sayılı ve 11.03.1996 tarihli Veri Tabanlarının Hukuken Korunmasına İlişkin Konsey Yönergesi

2006/116 sayılı ve 12.12.2006 tarihli Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Koruma Süreleri Yönergesi (2011/77 sayılı ve 27 Eylül 2011 tarihli yönerge ile 2006/116 yönerge üzerinde değişiklikler yapılmıştır)

2001/29 sayılı ve 22.05.2001 tarihli Bilgi Toplumunda Telif Hakkı ve İlgili Hakların Belirli Yönlerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin Yönerge

2001/84 sayılı ve 27.09.2001 tarihli Özgün Bir Sanat Eserinin Yeniden Satışından Eser Sahibinin Yararlanması Hakkında Konsey Yönergesi

2004/48 sayılı ve 29.04.2004 tarihli Fikri Mülkiyet Haklarının Uygulanması Hakkındaki Konsey Yönergesi

2006/115 sayılı ve 12.12.2006 tarihli Fikri Mülkiyet Alanındaki Kiralama Hakkı Ve Ödünç Verme Hakkı ve Telif Hakkıyla İlgili Belirli Haklara İlişkin Yönerge

2009/24 sayılı ve 23.04.2009 tarihli Bilgisayar Programlarının Hukuki Korumasına İlişkin Yönerge (Bilgisayar Programları Yönergesi),

2012/28 sayılı ve 25.10.2012 tarihli Öksüz Eserlerin Belirli İzin Verilen Kullanımlarına İlişkin Yönerge

2014/26 sayılı ve 26.02.2014 tarihli İç Pazarda Çevrimiçi Kullanım İçin Müzik Eserlerinde Telif Hakkı ve İlgili Hakların Toplu Yönetimi ve Hakların Çok Bölgeli Lisanslanması Hakkında Yönerge

2017/1564 sayılı ve 13.09.2017 tarihli Kör, Görme Engelli veya Başka Bir Şekilde Yazdırma Engelli Kişilerin Yararına Telif Hakkı ve İlgili Haklar Tarafından Korunan Belirli Eserlerin ve Diğer Konuların Belirli İzin Verilen Kullanımlarına İlişkin Yönerge

2017/1563 sayılı ve 13.09.2017 tarihli Birlik ile Üçüncü Ülkeler Arasında, Telif Hakkı ve İlgili Haklar Tarafından Korunan Belirli Eserlerin ve Diğer Konuların Erişilebilir Format Kopyalarının Kör, Görme Engelli Veya Başka Bir Şekilde Basım Engelli Kişiler Yararına Sınır Ötesi Değişimine İlişkin Düzenleme

1. 2006/116 Sayılı Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Koruma Süreleri Yönergesi

Avrupa Birliği'nde fikri haklar alanında mevcut düzenlemelerden konumuz açısından önem arz eden ilki "Koruma Süreleri Yönergesi'dir" . 29.10.1993 tarih ve 93/98 sayılı fikri hak ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarına ilişkin koruma sürelerini ortak hale getirmek amacıyla kabul edilen ilk yönergenin yerini daha sonra 2006/116 sayılı Yönerge almıştır.

Yönerge'nin 1. maddesi bir edebiyat veya sanat eserinin koruma süresini Bern Anlaşması'nda öngörülenden daha uzun bir süre, eser sahibinin ölümünden sonra 70 yıl olarak belirlemektedir. Yönergenin gerekçesinde insan ömrünün uzamış olması sebebiyle artık 50 yılın yeterli olmadığı belirtilmiştir.

Yönergenin 6.maddesinde "Fotoğrafların Korunması" başlığı altında fotoğraf eserlerinin de 1. Madde kapsamında korunacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla Avrupa Birliği bünyesinde fotoğraf eserlerinin koruma süresi, eser sahibinin ölümünden sonra 70 yıl olarak belirlenmiştir. 70 yıllık süre gerek Bern Anlaşması için fotoğraflar için kabul edilen 25 yıllık süreyi gerekse diğer eser türleriyle eşit süre öngören WIPO Telif Hakları Anlaşması'ndaki 50 yıllık süreyi geçmiş bulunmaktadır.

Son 25 yılda Avrupa Birliği, üye devletlerin telif hukukunu uyumlaştırmışsa da Avrupa mevzuatı, telif hukukunun tüm alanlarını kapsamamaktadır. Bu alanlardan

2017/1128 sayılı ve 14.06.2017 tarihli İç Pazarda Çevrimiçi İçerik Hizmetlerinin Sınır Ötesi Taşınabilirliğine İlişkin Düzenleme

2019/790 sayılı ve 17.04.2019 tarihli Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Yönergesi

2019/789 sayılı ve 17.04.2019 Tarihli Yayın Kuruluşlarının Belirli Çevrimiçi Yayınlarına Ve Televizyon Ve Radyo Programlarının Yeniden İletimlerine Uygulanan Telif Hakkı Ve Bağlantılı Hakların Kullanılmasına İlişkin Yönerge:"The EU Copyright Legislation," Erişim Tarihi: 15.05.2022, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/copyright-legislation>. Bütün bu yönergeler hakkında detaylı bilgi verilmesi bu çalışmanın amacını aştığından burada konu hakkındaki Birlik mevzuatına ismen değinilmiştir.

biri de öngörülen orijinallik seviyesidir³⁴. Yalnızca sınırlı sayıda eser türleri için orijinallik standardı öngörülmüş olup; bunlar 2009/24 sayılı AB Bilgisayar Programları Yönerge ile bilgisayar programları için öngörülen standart, 96/9 sayılı AB Veritabanı Yönergesi ile fotoğrafların telif hakkı korumasına ilişkin orijinallik kistasına yer veren AB Koruma Süreleri Yönergesi'nin 6. maddesidir. 6. madde sahibinin kendi entelektüel yaratımı olması anlamında orijinal olan fotoğrafların korunacağı düzenlenmiş, ayrıca fotoğrafların eser olarak korunabilmesi için başka hiçbir ek ölçütün dikkate alınamayacağına hükmedilmiştir. Yönerge gerekçesinin 16. maddesinde ise Bern Anlaşması anlamında orijinal sayılabilmesi için bir fotoğrafın, sahibinin bireysel fikri yaratımı olması ve sahibinin hususiyetini yansıtması gerektiğine yer verilmiştir. Eser olarak korunmayacak diğer fotoğrafların korunması ise Yönerge'nin 6. maddesi ile üye ülkelerin ulusal mevzuatlarına bırakılmıştır.

2. 2001/29 Sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılmasına Dair Yönerge

Avrupa Birliği'nde fikri hakların dijital çağda korunması ile ilgili gerçekleştirilen önemli çalışmalardan biri, 9 Nisan 2001 tarihinde onaylanan 2001/29 sayılı “Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılmasına Dair Yönerge”dir. “AB Bilgi Toplumu Yönergesi” olarak da adlandırılan bu yönerge ile eser ve bağlantılı hak sahiplerinin özellikle internet olmak üzere teknolojik gelişmelere karşı korunması hedeflenmiştir³⁵.

Yönerge eser ve bağlantılı hak sahiplerinin birçok hakkı ile bunlara ilişkin istisna ve sınırlamaları uyumlaştırmaktadır³⁶. Bu yönerge ile üye ülkelerin, eser

³⁴Robert P. Merges/ Seagull Haiyan Song, *Transnational Intellectual Property Law : Text and Cases* (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018), 307-08.

³⁵Mustafa Ateş, "Avrupa Birliği'nde Fikri Haklara İlişkin Düzenlemeler ve Türkiye,," *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, no. 4 (2005): 1052.

³⁶Annette Kur/ Thomas Dreier, *European Intellectual Property Law* (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2013), 270.

sahiplerinin eserlerinin³⁷ üzerinde çoğaltma haklarının (m.2), eser sahiplerine eserlerini, umuma erişilebilir kılmayı da içerecek şekilde her türlü umuma iletim hakkının (m.3), eserlerinin asıllarının veya nüshalarının satış veya diğer yollarla her şekilde kamuya dağıtım haklarının tanınması (m.4) zorunlu kılınmıştır. Yönergenin 5. maddesi fikri haklara getirilebilecek istisna ve sınırlamalara ilişkin hükümler içermektedir. Bu maddede özellikle teknolojik sürecin bir parçası olan geçici ya da tesadüfi çoğaltmaların çeşitli şartlar altında çoğaltma hakkı ihlal etmeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca 5. maddenin devamında üye devletlerin kabul edebileceği çeşitli sınırlamalar yer almaktadır.

F. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku

Federal hükümet sistemine sahip ABD’de ABD Anayasa’sı telif ve fikri mülkiyet hakları üzerindkiler de dahil olmak üzere ulusal hükümete çeşitli yetkileri delege eder. Ulusal hükümete delege edilmeyen yetkiler, her biri kendi anayasa ve mevzuatına sahip eyaletlerde kalır³⁸. ABD Anayasası’nda, Kongre’nin, sınırlı bir süre için geçerli olmak üzere, bilim ve sanatın gelişimini teşvik için, yaratıcılarına eserleri üzerinde münhasır bir hak tanıma yetkisi bulunduğuna ilişkin bir hükme yer verilmiştir³⁹. Bu hüküm Amerikan telif hukukunun temelini oluşturmaktadır⁴⁰. Bu hükme dayanarak hükümetler tarafından *CopyrightAct* olarak adlandırılan Telif Hakkı Kanunları çıkarılmıştır.

³⁷ Yönergenin bu maddelerinde ayrıca icracılar için icralarının tespitlerinin, fonogram yapımcıları için fonogramlarının, filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcılar için filmlerinin aslının veya nüshalarının ve yayın kuruluşları için kablo veya uydu dâhil olmak üzere, telli veya havadan iletilen yayınlarının tespitleri üzerinde bu hakların tanınması öngörülmüştür.

³⁸Jane C. Ginsburg/ Edouard Treppoz, *International Copyright Law : U.S. and E.U. perspectives : Text and Cases* (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015), 53.

³⁹Ginsburg/ Treppoz, 56. Söz konusu hükümde “eser” ifadesi yerine “yazı (writing)” terimine yer verilmiştir. ABD Anayasası, m.1 § 8, bend. 8.

⁴⁰Hamdi Pınar/ Temel Nal/ Bettina Goldmann, *Müzik Eserleri Üzerindeki Telif Hakları ve Uluslararası Uygulamalar : (Alman, ABD ve Türk Hukukunun Karşılaştırmalı İncelenmesi ve AB’de Güncel Gelişmeler)* (İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2007), 47.

1. Amerikan Hukukunda Fotoğrafların Korunması

1976 yılında çıkarılan *CopyrightAct(CA)* öncesinde Amerikan Hukuku'nda telif hakları 1909 yılında kongre tarafından çıkarılmış bir kanunla korunmaktaydı. Bu kanun döneminde “yazı (writing)” dışında diğer eser türlerine yer verilmediği gibi eserin ABD Telif Hakları Bürosu'nda kayıt altına alınması ve esere ve sahibine ait bilgileri içeren bir bandrol taşıması mecburiyeti vardı⁴¹. Öngörülen formalitelere uyulmaması eserlerin kamu malı olmasına yol açabiliyordu⁴². 1976 tarihli kanun ile telif hakkı bildirim yükümlülükleri esnetilmiş, 1988'de ABD'nin Bern Anlaşması'na katılma kararı sonrası 1989 itibariyle geçerli bir telif koruması için bildirim yükümlülüğü kaldırılmıştır⁴³. Tescil artık koruma için zorunlu olmasa da hala birçok avantaj sağlamakta; bunun yanında ihlal davası için genellikle bir ön koşul olmaktadır⁴⁴.

1976 tarihli CA § 102(a) hükmüne göre telif hakkı koruması bilinen veya daha sonra geliştirilen, doğrudan veya bir makine veya cihaz yardımıyla algılanabilecekleri, yeniden üretilebilecekleri veya başka bir şekilde iletilebilecekleri herhangi bir somut ifade aracına sabitlenmiş orijinal eserler için öngörülmüştür. Bu tanıma göre somut bir ortamda sabitlenme koruma için ön koşuldur⁴⁵. Bunun dışında korunan bir eserin orijinal olması gerekir. Ancak burada yüksek bir standart aranmaz, eser sahibinin mevcut bir eseri kopyalamamış olması ve en azından asgari bir yaratıcılık göstermiş olması yeterlidir⁴⁶. Mevcut bir eserden kopyalanarak oluşturulan ürünler korunmasa da başka bir eserden yararlanılarak üretilen işleme eserlerin eklenen yeni materyaller ölçüsünde

⁴¹Pınar/ Nal/ Goldmann, 47-48.

⁴²Alfred C. Yen/ Joseph P. Liu, *Copyright Law : Essential Cases and Materials* (St. Paul, MN: Thomson/West, 2008), 172.

⁴³Ginsburg/ Treppoz, 62.; Yen/ Liu, 173.

⁴⁴Ginsburg/ Treppoz, 62.; Yen/ Liu, 173.Zira CA. § 411 (a) uyarınca telif hakkı ihlali iddiasıyla dava açmadan önce eserin kaydı koşulu bulunmakta, CA § 412 ise kanuni tazminat (statutory damages) için tescili zorunlu kılmaktadır.

⁴⁵Ginsburg/ Treppoz, 58.

⁴⁶Ginsburg/ Treppoz, 59.

korunması mümkündür. Bu kapsamda çeviriler, revizyonlar, adaptasyonlar gibi derlemeler ve veri tabanları da bu kanun ile korunabilir⁴⁷.

1976 tarihli kanunda eser koruma süresi sahibinin ölümünden sonra 50 yıl olarak düzenlenmişken 1998 yılında bu süre 70 yıla çıkarılarak (CA § 302(a)) Avrupa ile uyum sağlanmıştır⁴⁸.

2. Amerikan Hukukunda Fotoğraf Eseri Sahibinin Hakları

Bir fotoğraf çekildiğinde görüntü, film veya dijital depolamanın somut ortamında hemen sabitlendiğinden fotoğraflar, görüntünün bir kamera tarafından çekildiği anda telif hakkı koruması kazanır. Bu koruma fotoğraf sahibinin CA § 106 ile telif hakkı sahibine tanınan münhasır haklardan faydalanmasını sağlar⁴⁹. CA § 106 ilk olarak çoğaltma hakkını “eseri kopya veya ses kaydı olarak çoğaltmak” şeklinde ifade ederek telif hakkı sahibine tanımaktadır. Eser sahibine tanınan haklardan en temeli olan çoğaltma hakkı, bilgisayar hafızasına geçici çoğaltmalar da dahil olmak üzere her türlü çoğaltmayı yasaklar⁵⁰. Aynı bölümde “eserin kopyalarını veya fon kayıtlarını satış veya başka bir mülkiyet devri veya kiralama, kiralama veya ödünç verme yoluyla umuma dağıtmak” şeklinde tanımlanan yayma hakkına yer verilmiştir. Yayma hakkının hem geleneksel anlamda basılı kopyaları hem de internette yayılanlar da dahil olmak üzere dijital kopyaları kapsadığı belirtilmektedir⁵¹. Yayma hakkı ABD’de de satış veya kiralama olsun yalnızca ilk yayım için geçerlidir ancak bunun önemli bir istisnası fonograf kayıtlarının veya bilgisayar programlarının kâr amaçlı yetkisiz kiralınmasıdır⁵². Ayrıca işleme eserler meydana getirmek; telif hakkıyla korunan eseri umumi olarak icra etmek; eseri umumi olarak sergilemek, eseri dijital ses iletimi yoluyla umumi olarak

⁴⁷Ginsburg/ Treppoz, 59.

⁴⁸Pınar/ Nal/ Goldmann, 48.

⁴⁹Elizabeth Tao, "A Picture's Worth: The Future of Copyright Protection of User-Generated Images on Social Media," *Indiana Journal of Global Legal Studies* 24, no. 2 (2017): 621.

⁵⁰Ginsburg/Treppoz.

⁵¹Ginsburg/Treppoz, 63.

⁵²Ginsburg/Treppoz, 63.

çalmak telif hakkı sahibi dışındakilere yasaklanmaktadır. Her ne kadar *CopyrightAct* “umum” terimini tanımlamamış olsa da bir eseri umuma açık olarak icra etmenin veya sergilemenin "kamuya açık bir yerde veya normal bir aile çevresinin ve sosyal tanıdıklarının dışında önemli sayıda kişinin bir araya geldiği herhangi bir yerde icra etmek veya sergilemek" anlamına geleceği yasada düzenlenmiştir (CA § 101)⁵³.

II. TÜRK HUKUKUNA GÖRE FOTOĞRAFLARIN KORUNMASI

A. Fotoğrafların Eser Olarak Korunması

1. Genel Olarak

Eser, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 1/B maddesinin a bendinde tanımlandığı şekliyle “*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*’dir”. Bu tanıma göre, bir yaratımın/fikri çabanın FSEK kapsamında eser korumasından faydalanabilmesi için öncelikle şekillenmiş olması ve kanunda sayılan eser türlerinden birine dahil olması gerekir. Koruma için gereken diğer unsur ise eserin sahibinin hususiyetini taşıması olup bu unsur aynı zamanda eser sahibinin gerçek bir kişi olmasını gerekli kılar⁵⁴.

2. Eser Olarak Koruma Şartları

a. Esasa İlişkin Şart: Sahibinin Hususiyetini Taşımak

FSEK bir fikri ürünün eser olarak korunması için sahibinin hususiyetini taşıması şartını aramaktadır. Kanunda tanımlanmamış olan hususiyetin varlığının tespitine

⁵³Goldstein/Hugenholtz, 319.

⁵⁴Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 104.

ilişkin herkes tarafından vücuda getirilemeyecek olma, nispi istiklal, orijinallik, var olandan başkasını meydana getirme gibi ölçütler önerilmiştir⁵⁵.

Her eser türü için aranan hususiyet farklılık göstermektedir. Yine de her durumda fikri ürünün belirli bir düzeyin üstünde yer alarak sıradan olandan ayrılması gereklidir.⁵⁶ Örneğin hususiyetin tespiti fotoğraf eserlerinde diğer bazı eser türlerine nazaran daha güç⁵⁷ olsa da “alelade günlük fotoğraflar”, “günlük yaşamın ihtiyaçları için çekilen portreler”, “amatörce çekilen kareler ve tatil fotoğrafları” çoğunlukla gerekli hususiyeti taşımadıklarından eser olarak kabul edilmeyecektir.⁵⁸ Burada harcanan emek, zaman, masraf gibi unsurlar eser niteliği açısından belirleyici olmayıp örneğin “*sanatçı kimliği ile tanınan bir kimsenin zahmetsiz, masrafsız ve belki de ciddi bir emek sarf etmeden çektiği fotoğraflar eser olarak korunabilirken bir başkasının bu sonuca oldukça zor ve pahalı yollardan bile ulaşamadığı görülmektedir*”⁵⁹.

Uygulamada her somut olayda bilirkişiler tarafından tespit edilecek olan hususiyet⁶⁰, her eser türünde farklılık gösterdiği için hususiyete ilişkin inceleme, ürünün içinde yer aldığı eser kategorisi belirlendikten sonra yapılmalıdır⁶¹. Yani örneğin FSEK m.2 kapsamına giren fotoğraflar için hususiyetin güzel sanat eseri niteliğinde olanlardan ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.⁶²

b. Şekle İlişkin Şart: Eser Kategorilerinden Birine Dahil Olmak

Bir fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için FSEK madde 1/B’de sınırlı olarak sayılan eser türlerinden birinin içine girmesi gerekir. Kanun koruma kapsamına

⁵⁵Tekinalp, 104.

⁵⁶Tekinalp, 107.

⁵⁷Parlak Börü, 169.

⁵⁸Parlak Börü, 175.

⁵⁹Hayri Bozgeyik, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, no. 3 (2009): 180.

⁶⁰Tekinalp, 106.

⁶¹Bozgeyik, 209.

⁶²Parlak Börü, 177.

giren eser türlerini İlim ve Edebiyat Eserleri (md.2), Musiki Eserleri (md.3), Güzel Sanat Eserleri (md.4), Sinema Eserleri (md.5) olarak belirlemiştir. Kanunda bahsi geçen alt eser türleri ise örnek olarak sayılmış olup bu ana türlerin içeriği sınırlanmamıştır⁶³.

Bu kapsamda estetik değere sahip fotoğraflar güzel sanat eseri başlığı altında, bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraflar ise ilim ve edebiyat eseri başlığı altında örnek olarak sayılmış olup şartları taşımaları halinde bu eser türleri kapsamında korunacaklardır. Bu vasıflara sahip olmayanlar ise eser niteliğinde olmayan fotoğraflara ilişkin haksız rekabet (FSEK m. 84) ve kişilik hakkı (FSEK m. 86) hükümlerinden yararlanabilecektir.

3. İlim ve Edebiyat Eseri Olarak Sağlanan Koruma

a. Genel Olarak

İlim ve edebiyat eserleri kavramı yazılı eserlere dayanmaktadır⁶⁴. Nitekim Bern Anlaşması'nın ilk metninde yer alan ve anlaşma ile korunan eser türlerinden ilk grubu oluşturan “books, pamphlets and other writings” ifadelerinin Türkçeye “kitaplar, risaleler ve benzeri diğer yazılı eserler” şeklinde çevrilebileceği belirtilmektedir⁶⁵. Aynı şekilde ABD’de Copyright Act ile “literary works” terimi “kitaplar, süreli yayınlar, el yazmaları, ses kayıtları, filmler, kasetler, diskler veya kartlar gibi üzerinde cisimleştiği maddi nesnelerin özelliğine bakılmaksızın, kelimeler, sayılar veya diğer sözlü veya sayısal semboller veya işaretlerle ifade edilen eserler” olarak tanımlanmaktadır⁶⁶.

⁶³Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri II* (İstanbul, 1954), 11-12.; İlhan Öztrak, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, 2 ed. (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1977), 15.; Tekinalp, 114.

⁶⁴Arslanlı, 17.

⁶⁵Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser* (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2007), 124.

⁶⁶Ateş, “Eser”, 124.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda ise ilim ve edebiyat eserlerine 2. maddede yer verilmektedir. Bu maddede ilim ve edebiyat eserleri genel olarak “herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler” olarak gösterilmiştir.

b. İlim Edebiyat Eseri Çeşitleri

Hükümde ilim ve edebiyat eseri türleri üç bent olarak sayılmış; bu başlık altında düzenlenen eserler oldukça geniş tutulmuştur⁶⁷. Bu kapsamda günlük hayatta ilmi veya edebi olarak kabul edilemeyecek raks, pantomim, sahne eserleri gibi eserler bu başlık altında kabul edilmiştir⁶⁸. FSEK madde 2’de ilim ve edebiyat eseri olarak sayılanlar 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, Pantomimaller 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, herçeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri”*

⁶⁷Ayiter, 47.; Erel, 57.

⁶⁸Erel, 57.

c. Estetik Niteliği Bulunmayan Bilimsel ve Teknik Nitelikteki Resim, Fotoğraf, Plan, Maket vb.

Bu kategori kapsamındaki eserlerle bilimsel veya teknik bir konuyu yüzey ya da cisim halinde canlandırarak açıklamak amaçlanır⁶⁹. Bu eserlerin ortak özelliği estetik değer taşıyamamaları ve teknik veya bilimsel içeriğe sahip olmalarıdır⁷⁰.

FSEK m. 2/3 kapsamında estetik niteliği bulunmayan her tür teknik ve ilmi mahiyette fotoğraflar ilim edebiyat eseri olarak korunur. Bu fotoğrafların öncelikle eser olmak için zorunlu unsurları taşımaları gerekmekte birlikte⁷¹ güzel sanat eserlerinin aksine, estetik değer taşıma amacıyla üretilmemiş veya estetik değer taşıyamıyor olabilirler. Estetik değer taşıyıp taşıyamamalarından bağımsız olarak korunurlar ancak estetik değere de sahip olmaları halinde hem ilim ve edebiyat eseri hem de güzel sanat eseri olarak korunmaları gündeme gelir⁷². Uygulama açısından bu husus ihlal halinde mali hak bedelinin ve tazminat miktarının belirlenmesinde büyük önem taşır⁷³.

Bir eserin bu madde kapsamında korunması için diğer şartların yanında aranan ilmi ve teknik mahiyet “bir konuyu öğretici, açıklayıcı, aydınlatıcı, uygulama yapmaya imkân verici” olma olarak açıklanmaktadır⁷⁴. Örneğin “bir bilimsel eserde bulunan ve belli konuların açıklanması ve öğretilmesi amacına hizmet eden resim ve fotoğraflar” bu kapsamda korunacaktır⁷⁵.

FSEK md.2/3 kapsamındaki eserlerde hususiyet de eğitici, öğretici ve açıklayıcı niteliklerinde görülür.⁷⁶ Bu tür eserlerin serbest şekillendirme alanı dardır ancak rutinden farklı olması veya farklı bir yaklaşım ve yorum içermesi halinde

⁶⁹Erel, 61.

⁷⁰Öztan, 123.; Bozbel, 44.

⁷¹Parlak Börü, 189.

⁷²Ateş, “Eser”, 186.

⁷³Bozgeyik, 202.

⁷⁴Tekinalp, 123.

⁷⁵Ateş, “Eser”, 191.

⁷⁶Parlak Börü, 192; Bozgeyik, 200.

hususiyetin söz konusu olabileceği belirtilmektedir⁷⁷. Yani örneğin “Bir cilt hastalığının vücutta açtığı yarayı gösteren fotoğraf”⁷⁸ ile “özgün örgü teknikleri ve elbise örneklerini gösteren fotoğraf ve resimler”⁷⁹ ilim ve edebiyat eseri olarak korunurken, ticari tanıtım amacıyla hazırlanan katalog ve fiyat listelerine konulan fotoğraf, resim ve çizimler ile benzeri ürünler FSEK md.2/3 kapsamında korunamaz⁸⁰

4. Güzel Sanat Eseri Olarak Sağlanan Koruma

a. Genel Olarak

*“Estetik bir muhtevayı bir yüzey veya cisim olarak ortaya koyan ve insanın görme duygusuna hitap eden fikri ürünler”*⁸¹ olarak tanımlanmaktadır. FSEK 4. maddede güzel sanat eserleri, estetik değere sahip olmaları gereği belirtildikten sonra şu şekilde sayılmaktadır:

- “1. 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,*
- 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. Fotoğrafik eserler ve slaytlar,*
- 6. Grafik eserler,*
- 7. Karikatür eserleri,*
- 8. Her türlü tiplerdir.”*

⁷⁷Bozgeyik, 201.

⁷⁸Ateş, “Eser”, 187.

⁷⁹Parlak Börü, 191.

⁸⁰Ateş, “Eser”, 187.

⁸¹Ateş, “Eser”, 216.

Buna göre bir eserin güzel sanat eseri olabilmesi için tüm eserler açısından geçerli objektif ve sübjektif şartların yanında estetik değer taşıması ve tespit edilmiş olması gerekir. Fotografik eserler 4. maddede sayılmış olduğundan herhangi bir belirsizlik bulunmasa da maddedeki sayımın örnek kabilinden olduğunun kabul edildiğini⁸² belirtmek gerekir. Sübjektif unsur olan hususiyetin varlığına geçilmeden yapılması gereken eser türünün tespiti ise her zaman sorun teşkil etmese de fotoğraf eserlerinin ilim edebiyat eseri mi ya da güzel sanat eseri olarak mı korunacağı hususunda tereddüde düşülebilmektedir⁸³. Tüm eserler için geçerli olan hususiyet şartının mevcudiyeti hususunda ise, fotoğrafın son tahlilde bir nesnenin görüntüsünün belli bir cisim üzerine yansıtılmasından ibaret olan doğası dolayısıyla fotoğrafa içerik olarak hususiyet verme imkanının son derece sınırlı olması sorun olabilmektedir⁸⁴. Bu nedenle *“fotoğraf eserlerinde eser sahibinin hususiyetinin konu seçiminde ve fotoğraf tekniğinde, estetik değer ise içeriğin çıplak gözle görülebilecek olandan başka bir şekilde yansıtılabilmesinde”*⁸⁵ aranması gerektiği vurgulanmaktadır. Yargıtay’da bu hususta bir kararında konu seçiminin ve kullanılan tekniğin hususiyetin varlığı için yeterli olduğunu; bir şaheser ya da bir profesyonel tarafından çekilmiş olmasa da mesafe, açı, ışık vb. çerçevesinde en uygun çekim modu seçilerek çekilen fotoğrafın eser sayılması gerektiğine değinmiştir⁸⁶

b. Tespit Edilmiş Olma

Güzel sanat eserlerinin maddi bir vasıtada şekillenmiş olması kanunun aradığı bir şart olmayıp işin doğasından kaynaklanan bir zorunluluktur⁸⁷. Fotoğrafların da doğaları gereği tespit edilmiş olma şartını sağladıkları söylenebilir. Bununla birlikte fikri ürünün tecessüm ettiği vasıtanın az çok kalıcı olması gerektiği

⁸²İlhami Güneş, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 2. Bası (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 75.

⁸³Bozgeyik, 213.

⁸⁴Parlak Börü, 185.

⁸⁵Parlak Börü, 186.; Ateş, “Eser”, 237.

⁸⁶Yargıtay 11. H.D. E. 2014/12456, K.2014/19766, T.15.12.2014 (www.lebibyalkin.com)

⁸⁷Ateş, “Eser”, 217.

belirtilmiş ve bilgisayarın sabit diskinde, CD veya VCD gibi sanal ortamlarda saklanabilen ve istenildiğinde görüntülenebilen fotoğrafların güzel sanat eseri olarak korunabileceğinden bahsedilmiştir. Buna sebep olarak ise bilgisayar kapandığındaki kayboluşun sanal ortamda mutlak olarak yok olma anlamına gelmemesi, istenildiğinde tekrar görülebilme özelliğine sahip olmaları gösterilmiştir⁸⁸. Ancak günümüzde sosyal medyanın sunduğu imkanlar dahilinde paylaşılan fotoğraflar belli bir süre sonra kendiliğinden ve tamamen silinebilmektedir⁸⁹. Sosyal medyada hikâye olarak paylaşılan ve kaydedilmemesi halinde silinen bu fotoğrafların tespit edilmiş olma şartını sağlayıp sağlamadıkları konusunda bir açıklık bulunmamakla birlikte kanımızca bu fotoğrafların kaydedilmemesi halinde 24 saat içerisinde silinmesi eser olma vasıflarını etkilememelidir. Zira bu fotoğrafların belirli bir süre de olsa kalıcı olduğu söylenebilir. Nitekim böyle bir fotoğrafın, paylaşan kullanıcı tarafından film rulosuna kaydedilerek⁹⁰ veya akışta paylaşarak profile sabitlenerek⁹¹ kalıcı hale gelmesi mümkündür. Yine başka kullanıcılar da söz konusu fotoğrafların teknolojik araçlardan faydalanarak ekran görüntüsünü⁹² alabilir. Bununla birlikte bu şekilde “kopyalanabilme” fotoğrafın, eser olarak kabulü için yeterli olmalı, fotoğrafın sahibi veya başka kullanıcılar tarafından fiilen kopyalanması halinde ise bu kayıt ve kopyalar FSEK anlamında çoğaltma olarak kabul edilmelidir.

⁸⁸ Ateş, “Eser”, 218.

⁸⁹ “Hikayenizde paylaştığınız fotoğraflar ve videolar, öne çıkanlar kısmına eklediğiniz sürece 24 saat sonra Akıştan, profilinizden ve Direct’ten kaybolur.” “Instagram hikayem ne zaman kaybolur?,” Erişim Tarihi: 17.02.2021, 2021, <https://help.instagram.com/1729008150678239>.

⁹⁰ “Hikayenizde bir fotoğraf veya video paylaşmadan önce ekranın üst kısmındaki simgesine dokunarak telefonunuza kaydedebilirsiniz. Daha önce paylaşmış olduğunuz bir fotoğrafı veya videoyu kaydetmeniz de mümkündür” “Instagram hikayemdeki bir fotoğrafı veya videoyu telefonumun film rulosuna nasıl kaydederim?,” Erişim Tarihi: 17.02.2021, 2021, <https://help.instagram.com/142167909546084>.

⁹¹ “Hikayenizden akışta paylaştığınız fotoğraf ve videolar profilinizdeki ızgara görünümünde yer alır ve paylaştığınız diğer gönderilerle aynı görünürlüğe sahip olur.” “Instagram hikayemdeki bir fotoğrafı veya videoyu akışta nasıl paylaşırım?,” Erişim Tarihi: 17.02.2021, 2021, <https://help.instagram.com/312779872444669>.

⁹² “Ekran yakalama görüntüsü (İngilizce: screenshot), çeşitli programlar vasıtası ile ekranda o andaki görüntünün anlık fotoğrafının çekilmesidir.” “Ekran görüntüsü,” Erişim Tarihi: 28.02.2021, 2021, https://tr.wikipedia.org/wiki/Ekran_g%C3%B6r%C3%BCnt%C3%BCs%C3%BC.

c. Estetik Değere Sahip Olma

Estetik değere sahip olma, bir ürünün güzel sanat eseri kabul edilebilmesi için aranan bir şart olarak FSEK m.4'te düzenlenmiştir. Daha önceleri kanunda yer alan “bedii vasıf” ifadesi aynı anlama gelen “estetik değer” ile değiştirilmiştir.⁹³

Türk Dil Kurumu'nun online sözlüğünde “estetik” “1.isim Güzel duyu, bedii, bediyyat, 2. sıfat Güzellik duygusu ile ilgili olan, 3. sıfat Güzellik duygusuna uygun olan” şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla güzellik ölçütlerine uyan bir eser güzel sanat eseri sayılabilir⁹⁴.

Salt kullanımın niteliği eserin niteliğini belirlemez. Bir biyoloji kitabında yer alan bitki fotoğrafının müzik albümünün kapağında kullanılması fotoğrafın güzel sanat eserine dönüştüğü anlamına gelmez⁹⁵. Eserin tahsis edildiği gayenin ya da üretilme maksadının da önemi yoktur⁹⁶. Estetik değer taşıması kaydı ile bir tablo veya heykel ile günlük hayatta kullanılma amacı ile üretilen eşyalar arasında bir fark olmadığı kabul edilmektedir⁹⁷. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken bir husus da fotoğrafta tasvir edilen şeyin estetik niteliği olması ile fotoğrafın estetik nitelik taşımasının aynı anlama gelmediğidir⁹⁸.

Uygulamada estetik değer taşıyıp taşımadığı incelenmeksizin fotoğrafların genellikle telif hakları ile korunması yönünde bir eğilim olduğu söylenmektedir⁹⁹. Bu noktada stok fotoğrafların izinsiz kullanımını konu alan *GettyImages* kararları eleştirilmiş, internet ortamında da önem taşıyan, *stockphotography* kapsamında üretilen fotoğrafların güzel sanat eseri niteliği taşımadığı belirtilmiştir¹⁰⁰. Bu durum stok fotoğraf sitelerinde yer alan birçok fotoğraf açısından geçerli olsa da bu fotoğraflar için böyle genel bir değerlendirme yapılamayacağı, her somut

⁹³Bozbel, 55.

⁹⁴Ateş, “Eser”, 219.

⁹⁵Bozgeyik, 214.

⁹⁶Ateş, “Eser”, 220,21; Arslanlı, 23.

⁹⁷Ateş, “Eser”, 221.

⁹⁸Parlak Börü, 199.

⁹⁹Parlak Börü, 186.

¹⁰⁰Bozgeyik, 209.

olayda ayrı ayrı inceleme yapılması gerektiğine de haklı olarak değinilmiştir¹⁰¹. Güzellik ölçüleri göreceli olduğundan bir eserin güzel sanat eseri olup olmadığının tespitinin, her bir eser için, objektif kriterlere göre, o alanda uzman kişiler tarafından yapılması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁰².

Bununla birlikte özellikle güzel sanat erbabı bilirkişilerin kendi uzmanlıkları ile ilgili eserlerde eser vasfını kabul etmeye daha baştan eğilimli oldukları gözlenmiştir¹⁰³. Bu durumun, Yargıtay uygulamasının da etkisi ile mahkeme kararlarında söz konusu görüşlerin hükme doğrudan esas alınmakta olması nedeniyle tehlikeli olduğuna da dikkat çekilmektedir¹⁰⁴. Bununla birlikte yakın tarihli bir Yargıtay kararında 11. H.D. ilk derece mahkemesince bilirkişi raporlarına dayanarak güzel sanat eseri olarak kabul edilen bir fotoğrafın sahibinin hususiyetini ve estetik değer taşımadığından bahisle eser olmadığına hükmetmiştir. Dava konusu fotoğrafta seçim afişlerinin altında biri belediye işçisi olan iki kişi duvar önündeki çöp poşetlerini karıştırmaktadır. Yargıtay, bu fotoğrafta çöplerin atık toplama, yiyecek arama gibi sebeplerle karıştırıldığından bilindiğinden bahisle fotoğrafın günlük alelde bir olayın objektif ile tespiti olduğu değerlendirmesini yapmıştır. Kararın karşı oy yazısında fotoğrafın eser niteliğinin belirlenmesi hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyi aştığından bilirkişi raporlarına itibar edilmesi gerektiği savunulmuştur¹⁰⁵.

¹⁰¹Parlak Börü, 196.

¹⁰²Ateş, “Eser”, 219-20.

¹⁰³Bozgeyik, 214.

¹⁰⁴Bozgeyik, 215.

¹⁰⁵Yargıtay 11. H.D., E. 2020/1245, K. 2021/469, T.26.01.2021 (www.legalbank.com)

B. Fotoğrafların Eser Dışında Hukuki Korunma Yolları

1. Haksız Rekabet Hükümleri Kapsamında Koruma

a. Genel Olarak

FSEK’te fikir ve sanat eseri niteliğinde olmayan bazı konuların da çeşitli hükümler kapsamında korunması öngörülmüştür. Kanunda haksız rekabet hükümlerine göre korunacağı düzenlenenler m.83/1’de yer alan eserin adı, alametleri ve çoğaltılmış nüshalarının şekilleri ile m.84/1 de belirtilen bazı işaret, resim ve seslerdir. Haksız rekabet hükümleri kapsamında korunmalarının sonucu olarak bunlara yönelik tecavüzlere Borçlar Kanunu m 48 ile Türk Ticaret Kanunu m.56 vd. hükümlerinde öngörülen müeyyideler uygulanır¹⁰⁶. Bununla birlikte FSEK m.83 ve 84’ te yer alan koruma için tecavüz edenin tacir olma şartı aranmaz (FSEK m. 83/son, 84/2).

b. Eserin Adı-Alametleri-Şekilleri

Ad ve alametler başlıklı FSEK m. 83’te bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshalarının şekillerinin, karıştırılmaya neden olabilecek şekilde bir diğer eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılması yasaklanmıştır. Genel olarak bir ad ile kamuya sunulan eserler, bu adla bilinir ve diğer eserlerden ayrılır¹⁰⁷. Bu nedenle bir eserin adının başka bir eserde kullanılması, eserini o adla kamuya ilk sunanın ekonomik menfaatlerine zarar vermenin yanında alıcıyı yanıltarak alıcıların çıkarlarını da zedeler¹⁰⁸.

¹⁰⁶Erel, 230.

¹⁰⁷ Bütün edebiyat, müzik ve sinema eserlerinin ve bazı güzel sanat eserlerinin ayırt edici bir ad, alamet veya şekil taşıması ve onunla tanınması genel kuralken, bilimsel ve teknik eserler için yaygın olan, sahiplerinin adlarıyla anılmalarıdır. Erel, 228.

¹⁰⁸Ayiter, 83.

“Bir eserin alameti”, eseri temsil eden bir resim, fotoğraf veya bir isim olabilir. Ancak eserin kapağı alamet olarak kabul edilmez; eserin kapağı veya kapak tasarımı çoğaltılmış nüshaların şekli kapsamındadır¹⁰⁹. Bir kitap kapağı veya sayfa düzeni gibi, çoğaltılmış nüshanın fiziki görünümüleri, çoğaltılmış eser nüshasının şekilleridir¹¹⁰. Fotoğrafların doğası itibariyle alametler ve çoğaltılmış nüshaların şekilleri pek önem arz etmese de eserlerine ad koyma adeti fotoğrafçılar tarafından da benimsenmiş durumdadır¹¹¹.

FSEK 83/2’ye göre, esere konulan adlar, ancak ayırt edici olmaları ve herkes tarafından kullanılmamaları, bir başka deyişle “sıra dışı” olmaları şartıyla korunur¹¹². Herkesin kullanabileceği, ayırt ediciliği olmayan alelde adların kullanılması bu hükümlere göre engellenemez. Fotoğraflar için ayırt edici adlara “99 Cent II Diptychon”, “Afghan Girl”(Afgan kızı), “Saint-Lazare Garının Arkasında”, “Gözkuşağı” örnek olarak gösterilmiştir¹¹³.

Maddede öngörülen korumanın söz konusu olabilmesi için ad, alamet veya şekillerin bir başka eserde kullanılmasının iltibasa meydan verebilecek nitelikte olması aranır (FSEK 83/1). Bu maddede kullanıldığı anlamıyla iltibas, “*eserin ad ve alameti veya şekli konusunda üçüncü kişilerin yanılgıya düşürülmesi*” olarak tanımlanmaktadır¹¹⁴. Dolayısıyla eser adının aynen kullanılmasının yanında basit eklemeler, çıkarmalar, kapak tasarımı gibi biçimsel benzerliklerle de iltibas

¹⁰⁹Tekinalp, 287-88; Ateş, “Eser”, 407-08.

¹¹⁰Ateş, “Eser”, 408.

¹¹¹“Bir eserin “alâmetleri” ve “çoğaltılmış nüshalarının şekilleri” ibareleri ile neyin kastedildiği 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.” Parlak Börü, 345.

¹¹²Ateş, “Eser”, 407.

¹¹³ Bir eser adı, alametleri veya çoğaltılmış nüshalarının şekilleri ya orijinal ya da tanınmış olması halinde ayırt edicidir. Bu çerçevede, “Afgan kızı” adının ayırt ediciliğinin diğerlerinden farklı olarak orijinal olmasından ziyade tanınmışlığının bir sonucu olduğu belirtilmektedir. Parlak Börü, 346-47; Hüseyin Cem Çöl, “Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Dışında Koruma Konuları,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 4 (2003): 367.

¹¹⁴Ateş, “Eser”, 414.

gerçekleştirilebilir¹¹⁵. Önemli olan kullanımın göz ve kulakta yarattığı etkinin karıştırmaya yol açabilecek tarzda olmasıdır¹¹⁶. İltibas ihtimali aynı eser türü içerisinde daha yüksek olsa da adın veya alametın aynı cins eserde kullanılması, iltibasın varlığı için şart değildir¹¹⁷. Kanunun haksız rekabet hükümlerine atıfta bulunması nedeniyle iltibasın varlığının tespitinde TTK hükümlerine başvurulmalıdır¹¹⁸.

Bir eserin ad, alamet ve şekillerinin başka bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılması tek başına hukuka aykırılığa yol açmaz. Yasağın dayanağının haksız rekabet hükümleri olması aynı adlı eserin ayrıca kamuya sunulmuş olmasını, alamet ve şeklin yer aldığı nüshaların ticari dolaşıma konmasını gerektirir. Aynı ad, alamet ve şekilleri kullanan eserlerden önce kamuya sunulan korumadan faydalanır ve sonraki kullanımlara engel olur¹¹⁹. İltibas tehlikesi devam ettiği sürece koruma da devam eder¹²⁰.

c. İşaretler, Resim ve Ses

FSEK 84/1'e göre *“Bir işareti, resim veya sesi, bunları nakle yarayan bir alet üzerine tespit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin 3 üncü bir kişi tarafından aynı vasıttadan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayımlanmasını menedebilir.”* Burada öngörülen koruma fikir ve sanat eseri niteliği taşımayan, marka veya tasarım olarak korunmayan işaret, ses veya resimler içindir. Hüküm kapsamında korumanın ilk koşulu, tespit edilmiş, çoğaltılmış ya da yayılmış işaret, resim veya

¹¹⁵Ateş, “Eser”, 415.

¹¹⁶Ayiter, 84; Erel, 229-30.

¹¹⁷Ahmet M. Kılıçoğlu, *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 4 ed. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 173.; Ayiter, 85.; Erel, 229-30.; Ateş, “Eser”, 413.

¹¹⁸Ateş, “Eser”, 415.

¹¹⁹Ayiter, 84-85; Arslanlı, 53.; Erel, 229.

¹²⁰Ayiter, 85.; Arslanlı, 53.; Erel, 230.

sesin eser veya komşu haklar çerçevesinde FSEK'in veya marka ya da tasarım olarak SMK'nin¹²¹ kapsamına girmemesidir¹²².

84. maddenin son fıkrasında konumuz açısından önem arz eden fotoğraflara ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu fıkra ile eser niteliğinde olmayan fotoğraflar, benzer yöntemlerle tespit edilen resimler ve sinema ürünleri hakkında da FSEK 84'ün uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bir fotoğraf FSEK kapsamında ilim edebiyat eseri ya da güzel sanat eseri olarak korunabilir. Ancak bunun için FSEK m.2/3 ve 4/ b.5'te yer alan şartları taşıması gerekir. Bu şartları taşımayan, dolayısıyla eser sayılmayan fotoğrafların (örneğin bir filozofun ya da siyasetçinin doğduğu evin fotoğrafları¹²³, tarihi ve doğal mekanların görüntülerinden oluşan fotoğraf koleksiyonu¹²⁴, meşhur bir aktristin gazetelerde yayınlanmış, eser niteliğinde olmayan düğün fotoğrafları¹²⁵) korunması ise bu hüküm kapsamında mümkün olur¹²⁶.

İkinci olarak, ticari maksatlarla işaret, resim veya sesi çoğaltma veya yaymanın "haklı" olması gerekir¹²⁷. Haklı olma ile kastedilen işaret, resim veya sesi çoğaltmaya ve yaymaya yetkili olmaktır¹²⁸. Yani örneğin, bir kişinin fotoğrafını

¹²¹ 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile e 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 191. Maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹²² Çöl, 372; Parlak Börü, 351.

¹²³ Tekinalp, 288.

¹²⁴ Ateş, "Eser", 419.

¹²⁵ Bozbel, 410.

¹²⁶ "...fotoğraf eser niteliğinde olmasa dahi FSEK 84. maddesi hükmüne göre dava konusu fotoğrafları, görüntüleri internet sitesinde yayınlayan davacı tarafın, bu fotoğraf ve görüntülerinin internet sitesinden alınarak başka mecralarda çoğaltılıp yayınlanmasını men yetkisinin bulunduğu ve izinsiz yayın halinde, eser niteliğinde olmasalar dahi fotoğraf ve benzeri resim, sinema mahsulleri hakkında da haksız rekabete dair hükümlerin uygulanacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne ile davacının hak sahibi olduğu görüntülerden elde edilen fotoğrafların davalı tarafından 19/04/2011 tarihli Sözcü Gazetesi'nde izinsiz olarak yayını nedeniyle davalının bu fotoğrafları tekrar yayınlanmasının yasaklanmasına, muhtemel tecavüzünün men'ine, 3.000 TL maddi tazminatın 19/04/2011 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, fazlaya dair talebin reddine karar verilmiştir... Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir." 11. HD, 04.12.2013, 2013/9021 E., 2013/22066 K. (www.lexpera.com)

¹²⁷ Tekinalp, 288.

¹²⁸ Mustafa Reşit Belgesay, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi* (İstanbul: Temel Yayınları, 2001), 196.; Çöl, 373.

çekip çoğaltan veya yayan kimse önce o kişinin iznini almış olmalı (FSEK m.86) veya bu iznin alınmış olduğu anlaşılmalıdır¹²⁹.

Kanunun ifadesi, işaret, resim veya sesin tespit edilmesi, çoğaltılması veya yayımlanması fiillerinden herhangi birinin gerçekleştirilmesinin ihlal için yeterli olduğu anlamını çıkarmaya müsaittir. Buna karşın bu madde ile öngörülen koruma haksız rekabet yasağına dayandığından hükmün uygulanabilmesi için çoğaltılarak tedavüle konma (yayımlanma) gerekir¹³⁰.

Bu madde ile öngörülen korumanın ne kadar devam edeceğine ilişkin bir hüküm FSEK’te yer almamaktadır. Doktrinde, eserler için kabul edilen sürelerin kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu, ancak eser koruma süresinden daha kısa bir süre belirlenmesinin uygun olduğu öne sürülmektedir¹³¹.

2. Kişilik Hakları Kapsamında Koruma

a. Genel Olarak

Eser dışındaki koruma konularından bir diğerine yer verilen FSEK m. 86’da eser veya esere benzer ürünler değil bunlarda tasvir olunan kişilerin haklarına ilişkin bir koruma düzenlenmektedir. Hükme göre “*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 arzedilemez.*” Öngörülen koruma Türk Medeni Kanunu’nun 24., Borçlar Kanunu’nun 49. maddesine ve Türk Ceza Kanunu’nun 125-140. maddelerine atıf yapılarak sağlanmaktadır.

¹²⁹Çöl, 373.; Parlak Börü, 351.

¹³⁰Ayiter, 83.; Çöl, 373.; Parlak Börü, 352-53.

¹³¹Arslanlı, 56.; Ayiter, 83.; Çöl, 374.; Parlak Börü, 355.

b. Koruma Konusu

Hüküm kapsamındaki koruma konusu kişinin fiziki görüntüsünün onun teşhisini mümkün kılacak şekilde tespittir¹³². Maddede sözü geçen resim ve portre, yağlıboya, suluboya, karakalem ile yapılan resimler, karikatür, film ve fotoğraflar gibi kişinin görüntüsünün tasvir edildiği tüm şekilleri içine alır¹³³. Burada önemli olan kişinin teşhis edilebiliyor olması olup, görüntünün kişinin birebir aynısı olması gerekmez, olağan inceleme ile kişiyle bir bağlantı kurulabiliyor olması yeterlidir¹³⁴. Şahsın yalnızca bir uzvunun görüntüsü dahi, olağan bir inceleme ile belirli bir kişiye ait olduğu tespit edilebiliyorsa korunabilir¹³⁵. Doktrinde, kişinin bir fotoğrafa şans eseri dahil olduğu ve fotoğrafta yalnızca bir ayrıntı olarak yer aldığı durumlarda, 86. madde hükmü kapsamında muvafakata ihtiyaç duyulmadığı savunulmaktadır. Bu düşünceye göre örneğin tarihi bir anıtın fotoğrafı çekilirken fotoğrafta bulunan herkesten muvafakat alınmasına lüzum yoktur¹³⁶. Buna karşın Yargıtay HGK tarafından verilen bir kararda, kişinin görüntüsünün ayrıntı olarak kalması halinde dahi fotoğrafın ticari ve reklam amacıyla kullanılmasının hukuka aykırı olacağına hükmedilmiştir¹³⁷.

c. Koruma Koşulları

aa. Tasvir Edilenin Rızasının Bulunması

Resim veya portrelerin teşhiri veya kamuya arzı, eğer hayattaysa tasvir edilenin, değilse m.19/1’de sayılan kişilerin muvafakati bulunmaması durumunda hukuka aykırı olur. Örneğin bir fotoğrafçının, çektiği vesikalık resmi, resimdeki kişinin

¹³²Ateş, “Eser”, 430.

¹³³Arslanlı, 59.; Erel, 234.; Duygun Yarsuvat, *Türk Hukukunda Eser Sahibi Ve Hakları* (1984), 98; Parlak Börü, 356.

¹³⁴Arslanlı, 59. ; Erel, 235.; Çöl, 380.

¹³⁵Çöl, 380.

¹³⁶Yarsuvat, 99.; Çöl, 380.

¹³⁷HGK, 3.10.1990, E.1990/4-275, K.1990/459 (www.hukukturk.com)

muvafakatı olmadan vitrinine koyarak teşhiri mümkün değildir¹³⁸. Ya da yakın tarihli bir Yargıtay kararına da konu olduğu üzere bir sinema ve tiyatro sanatçısının yemek yerken çekilen fotoğrafının yemek yediği işletmenin menü ve reklamlarında kullanılmasında sanatçının kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle tazminata hükmedilmiştir¹³⁹

Hayatta olmayan bir kişinin resim veya portresinin teşhiri veya umuma arzı için FSEK 19'da belirtilen yakınlarının rızasını aranır. Ölümün üzerinden 10 yıl geçmesiyle bu resmin umuma arzı serbest olacaktır(FSEK m. 86/1).

Fotoğraf paylaşımına gösterilen rızanın geçerli olabilmesi için kişinin ehliyetinin bulunması gerekir. Bu husus özellikle sosyal medyada paylaşılan fotoğrafların önemli bir kısmının çocukların görüntülerini içerdiği düşünüldüğünde önem taşır. Zira MK m.14 hükmü sonucu ayırt etme gücü bulunmayanların ve küçüklerin fiil ehliyeti yoktur. Ayırt etme gücüne sahip bulunmayan bu kişilerin rızası da geçerli olmayacaktır¹⁴⁰. Böyle bir durumda fotoğrafta yer alan küçüğün yasal temsilcisi konumunda olan (MK m.342/1) velayet hakkına sahip ebeveynlerinin rızaları aranır.¹⁴¹ Ancak her durumda veliler tarafından verilen bu rıza çocuğun yararı çerçevesinde olmalıdır¹⁴²

Söz konusu muvafakat açıkça veya zımni olarak verilebilir. Bu konuda verilen bir örnekte, mesleği fotomodellik olan kişinin para karşılığı fotoğraf çekirtmesinin, yayınlanmasına da rıza göstermiş olduğu anlamına geleceği ifade edilmektedir¹⁴³. Bununla birlikte resim, verilen rızanın amaç ve kapsamı içerisinde kullanılmalı,

¹³⁸Bozbel, 413.

¹³⁹ Yargıtay 11. H.D., E. 2020/6451, K. 2021/4505, T. 27.05.2021 (www.legalbank.com)

¹⁴⁰ Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, 7. Bası (Konya: Mimoza Yayınları, 2015), 103.; Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay- Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 17. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018), 220.

¹⁴¹ Meltem Ertuğrul, "Çocuğun Kişisel Verilerinin Velisi Tarafından Sosyal Medyada Kullanılmasının Kişilik Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no. 2 (2021):534-35.; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, 87.; Elif Dinler, "FSEK Kapsamında Fotoğrafın Korunmasının Yargıtay Kararları Çerçevesinde İncelenmesi," *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2022): 339.

¹⁴² Ertuğrul, 535.; Oğuzman/Seliçi/ Oktay- Özdemir, 97.

¹⁴³ Arslanlı, 59.; Erel, 235-36.; Çöl, 381-82.; Ateş, "Eser", 432.

rızanın sınırları aşılmamalıdır¹⁴⁴. Örneğin konuya ilişkin bir görüşe göre, kişi, kendi sosyal medya hesabında herkese açık olarak paylaştığı fotoğrafların (mesela Facebook'ta zaman tüneline veya bir grupta herkesin görmesinin mümkün olduğu bir şekilde kullandığı fotoğrafının) başkaları tarafından paylaşılabileceğini öngörecektir. Bu durumda olduğundan bu şekildeki kullanımlara rıza gösterdiğinin varsayılması gerekir. Ancak fotoğrafın yalnızca paylaşılmış olmasının, reklam veya ticari amaçlarla kullanılması için de rıza verildiği anlamına gelmeyeceği, zira bu tür kullanımlar için genel rızanın yeterli olmadığı ve özel olarak rıza verilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁴⁵.

bb. Tasvir Edilenin Rızasının Aranmadığı Haller

Kanun bazı istisnai hallerde, kişinin resim, portre ve fotoğraflarının teşhir ve kamuya sunulmasına, tasvir olunanın iradesi dışında da olsa izin vermektedir. FSEK m. 86/2'de sayılan bu hallerden ilki tasvirin, memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselere ait olmasıdır. Bu kapsamda örneğin bakan, milletvekili, siyasetçi, sinema oyuncusu gibi kimselerin görüntülerinin yayımlanması için rızalarına ihtiyaç yoktur.

Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rolü olmasa bile tasvir olunan kişilerin katıldığı geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimlerin de rıza aranmaksızın yayımlanması mümkündür. Zira bu gibi hallerde asıl amaç resim veya fotoğrafta yer alan kişiyi göstermek değil resmi geçit tören veya toplantıların nakledilmesidir¹⁴⁶. Ancak bu türden bir resmin reklam veya ticari amaçlarla kullanılması hukuka aykırılığa sebep olacaktır.

¹⁴⁴Parlak Börü, 360. Yargıtay da bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: "...dava konusu resmin görüntüleme amacının davacının çocukluk çağına ve özel yaşamına ilişkin olduğu kuşkusuz olup, mahkemenin kabulünün aksine dava konusu fotoğrafın kültürel ve tanıtım amaçlı olarak anılan sitede yayınlanmak üzere rıza ile verilmiş olması, bu resmin izinsiz bir şekilde başkaları tarafından ticari amaçlı çoğaltılmasına ve kullanılmasına da izin verildiği anlamına gelmez." 11. HD. E. 2009 / 1555, K. 2010 / 7121, T. 21.06.2010 (www.hukukturk.com)

¹⁴⁵Mine Kaya, "Elektronik Ortamda Kişilik Hakkı İhlalleri Ve Korunması" (Doktora Tezi Ankara Üniversitesi, 2015), 182.

¹⁴⁶Arslanlı, 59.; Yarsuvat, 100.; Çöl, 383. ; Ateş, "Eser", 435-36.

Tasvir olunan kişinin muvafakatının bulunması günlük olaylara dair resimler ile radyo ve televizyon haberleri için de zorunlu değildir. Burada bahsi geçen günlük hadiseler sosyal, ekonomik veya siyasi olabilir. Örneğin trafik kazasına ya da bir kavgaya karışanların, spor karşılaşmasına veya protesto gösterisine katılanların fotoğraflarının yayımlanması bu kapsamdadır¹⁴⁷.

Kişinin rızasının aranmadığı sayılan hallerde, resim veya portrenin kullanılması kamu yararı amacını aşmamalıdır. Bir politikacının konutunda çekilmiş yarı çıplak fotoğraflarının yayınlanması hukuka uygun olmayacağı gibi¹⁴⁸, bir fotoğrafın haber verme amacı dışında ticari olarak kullanılması da hukuka aykırılık oluşturmaktadır¹⁴⁹. Yine FSEK m.86'nın son fıkrasında yer verildiği üzere, kişinin rızasının bulunduğu ya da muvafakate ihtiyaç olmadığı hallerde yapılan teşhir veya kamuya arzın Medeni Kanun'da öngörülen kişilik haklarını ihlal edecek nitelikte olmaması gerekir¹⁵⁰.

FSEK m.86'da, kişinin tasvirinin eser olup olmamasına ilişkin bir ayrıma gidilmemiştir. Kişinin eser niteliğinde olmayan görüntüleri de bu kapsamda korunur. Portre veya resmin eser niteliğinde olması durumunda tasvir olunan kişinin muvafakatı aranır, böyle bir rıza mevcut değilse eser sahibi eserini istediği gibi teşhir veya umuma arz edemez¹⁵¹.

¹⁴⁷Kılıçoğlu, 156.; Parlak Börü, 363.

¹⁴⁸Ateş, "Eser", 435.

¹⁴⁹Ateş, "Eser", 435-36. "...Bu durumda, gazeteden ayrı olarak tam sayfa şeklinde yayınlanan poster haber amaçlı değil, tiraj artırmak amacıyla ticari amaçlı olarak kullanılmıştır. FSEK'in 86. maddesi gereğince memleketin içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimlerinin yayını MK'nın 24. maddesi şartları saklı tutularak serbest bırakılmışsa da bununla toplumun haber alma hakkı kapsamında, güncel bir olayla ilişkili olarak ve ticari bir amaç taşımayan kullanımlar kastedilmiştir. Oysaki dava konusu uyuşmazlığa konu posterin gerek kullanım şekli ve gerekse gazetenin bunu verme şekli açıklanan amaç doğrultusunda olmayıp; tamamen tiraj artırma, tirajı etkileme ve davacı Kulüp taraftarlarını gazeteyi satın almaları yönünde cezbetme amacına yöneliktir. O halde, somut olayda toplumu bilgilendirme ve haber alma hakkının sağlanması kapsamında görülmesi mümkün olmayan davalı kullanımı nedeniyle davacının tazminat isteme hakkı bulunmakla..." 11. HD. E. 2012 / 3348, K. 2013 / 20398, T. 14.11.2013 (www.hukukturk.com)

¹⁵⁰Ayiter, 89.

¹⁵¹Bozbel, 413.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNA GÖRE FOTOĞRAF ESERLERİNDE ESER SAHİPLİĞİ VE ESER ÜZERİNDEKİ HAKLAR

I. FOTOĞRAF ESERLERİNDE ESER SAHİPLİĞİ

A. Genel Olarak

Eser sahibi FSEK'in 1/B maddesinde düzenlenen tanımlar kısmında eseri meydana getiren kişi olarak tanımlanırken 8.maddede de “*Bir eserin sahibi onu meydana getirendir*” hükmüne yer verilmiştir. Bu, eserin sahibinin hususiyetini yansıtmasının doğal sonucudur. Eser sahipliği, yaratma ilkesi gereği eserin yaratılması ile doğar. Eser sahibi kabul edilmek için herhangi bir hukuki işlemin bulunması gerekmez. Küçükler ve temyiz kudreti bulunmayanlar dahi hususiyetlerini yansıtan bir eser meydana getirmeleriyle eser sahibi sıfatını kazanırlar¹⁵². Eser sahipliğine bağlı haklar da herhangi bir tescil veya kayıt koşulu aranmadan kullanılabilir. Eser üzerindeki hakların yaratma ile bu şekilde iktisabının Alman, Fransız ve İsviçre Hukuku'nda da benimsendiği belirtilmektedir¹⁵³. Amerikan Hukuku'nda ise Bern Anlaşması'na taraf olunmadan önce eserlerin kayıt altına alınması ve bandrol taşıması mecburiyeti bulunmaktayken 1989 yılından beri böyle bir mecburiyet bulunmamaktadır¹⁵⁴.

Eseri yaratan kişinin ona hususiyetini veren kişi olması nedeniyle eser sahibi ancak gerçek kişi olabilir¹⁵⁵. Dolayısıyla Türk hukukuna göre yayımcılar, yapımcılar ve tüzel kişiler eser sahibi olamazlar¹⁵⁶. Tüzel kişiler organlarının meydana getirdiği eserler üzerindeki mali hakları kullanma yetkisine sahip olabilse de (FSEK m.18/2) eser sahibi olmazlar.

¹⁵²Ayiter, 90.; Erel, 86.

¹⁵³Ayiter, 90.; Erel, 87.

¹⁵⁴ Ancak örneğin ABD'de eser sahibinin haklarının ihlali halinde dava açabilmesi için tescil ön koşuldur. Yine kanuni zararların (statutory damages) tazminini talep edebilmek için zamanında tescil şartı aranır. Bkz. US Copyright Act, Section 411 ve 412.

¹⁵⁵Tekinalp, 143.

¹⁵⁶ Ayiter, 90.; Erel, 87.; Bozbel, 77.

Hususiyetini yansıtarak eseri yaratan kişi eserin sahibidir¹⁵⁷. Fotoğraf eserlerinde bu kişi kural olarak fotoğrafı çekendir¹⁵⁸. Bir kişinin fotoğraf eser sahibi olduğunun ispatı ise fotoğrafın negatif veya diyapozitifini, dijital fotoğraflarda ise bu kişinin fotoğraf makinesinden üretilmiş olduğunu gösteren dijital kod veya RAW formatlı dosyaları elinde bulundurması ile sağlanmaktadır¹⁵⁹.

Eserin vücut bulduğu madde üzerindeki mülkiyet hakkı ile eser sahipliğinden kaynaklanan haklar birbirinden tamamen bağımsızdır¹⁶⁰. Örneğin bir Yargıtay kararına konu olan olayda, davacı tarafından hazırlanan bir derleme eserde yer alan fotoğrafların davalı şirket tarafından bir başka kitapta kullanılması sebebiyle davacının mali ve manevi haklarının ihlal edildiği iddia edilmiştir. Oysaki dava konusu fotoğraflar 1890-1920 yılları arasında çekilmiş olup, davacının yalnızca söz konusu fotoğrafların kartpostal mahiyetindeki orijinal kopyalarının fiziki mülkiyetinin sahibi olduğu ve eser sahipliği sıfatı bulunmadığı tespit edilmiştir¹⁶¹.

B. Müşterek Eser Sahipliği

Bir eserin sahibinin eseri meydana getiren olmasının sonucu olarak eseri meydana getiren birden fazla kişi olması halinde eser sahibinin kim olduğu sorusu gündeme gelir. FSEK m.9' a göre eserin kısımlara ayrılması imkânı varsa eseri meydana getirenlerin her biri kendi yarattıkları kısmın sahibi kabul edilir ve bunları bağımsız olarak değerlendirebilir. Bu eser sahipliği türü müşterek eser sahipliği ya da ortak eser sahipliği olarak adlandırılır. Fotoğraf eserlerinde meydana gelebileceği hallere örnek olarak *"tıbbi veya teknik konuda yazılan bir kitaptaki*

¹⁵⁷ Ayiter, 90.

¹⁵⁸ "...fotoğrafın eser sahipliğinin FSEK 8/1. maddesi uyarınca fotoğrafı çeken davacı olduğu..." Yargıtay 11. H.D., T. 29.2.2016, E. 2016/16 K. 2016/2191; "...dava konusu fotoğrafları çeken ve fotoğrafların altında adı yazılı olan sanatçının eser sahibi olduğu" Yargıtay 11. H.D., T. 17.05.2004, E. 2003/11683 K. 2004/5516 (www.lexpera.com)

¹⁵⁹ Olcay Bilge/ M. Turgay Bilge, "Fotoğraf ve Haklarımız." Erişim Tarihi: 12.06.2022, <https://tfsf.org.tr/writable/uploads/tfsf/bilgilendirme-metinleri/TFSF.Fotoraf.ve.Haklarimiz.pdf>.;Parlak Börü, 203.

¹⁶⁰ Öztrak, 35.

¹⁶¹ Yargıtay 11. H.D., T.17.09.2013, E. 2011/13392, K.2013/15923 (www.lexpera.com)

*fotoğraflar ya da içerisinde güzel sanat eseri niteliğinde fotoğrafların yer aldığı sanat albümleri ve kitaplar- bir yazılı eserde metin ve resim/fotoğrafların bir araya getirilmesi” gösterilmiştir.*¹⁶²

C. İştirak Halinde Eser Sahipliği

Birden fazla kimsenin yaratıcı emeğinin birbirine geçtiği ve meydana gelen eserin ayrılmaz bir bütün oluşturduğu hallerde FSEK m.10 düzenlemesi gereği eser sahibi onu meydana getirenlerin birliğidir. Eserin meydana getirilmesindeki katkı teknik hizmet¹⁶³ veya organizasyon vb.¹⁶⁴ niteliğinde değil yaratıcı bir katkı olmalıdır. Ancak herkesin katkısının aynı olması aranmaz¹⁶⁵. Fotoğraf eserlerinde birlikte eser sahipliğinin diğer bazı eser türlerinde olduğu gibi tespitinin kolay olmadığı ve uygulamada sık rastlanmadığı belirtilmektedir¹⁶⁶. Bu kapsamda eser sahibinin kim olduğu tartışmalarına konu olan dünyadan bir örnek 2014 yılında düzenlenen Akademi Ödülleri töreninde gecenin sunucusu Ellen DeGeneres tarafından Twitter hesabında paylaşılan selfie olmuştur. Jennifer Lawrence, ChanningTatum, MerylStreep, Julia Roberts, DeGeneres, KevinSpacey, Bradley Cooper, Brad Pitt, Angelina Jolie gibi yıldızların yer aldığı selfie gecenin sponsoru Samsung tarafından sağlanan bir telefon aracılığı ile Bradley Cooper tarafından çekilmiştir. Ancak selfie fikrinin sahibi ve bu fikri hayata geçiren kişi Ellen DeGeneres’tir. Dolayısıyla fotoğrafın sahibinin Cooper mı yoksa Degeneres mı olduğu tartışılmıştır¹⁶⁷. Burada belirtmek gerekir ki söz konusu fotoğrafın Türk hukuku tarafından eser olarak kabul edilebilmesi, hukukumuzca aranan hususiyet seviyesinin yanında estetik değer taşıma şartını gerçekleştirmesi açısından daha zordur. Bununla birlikte Türk hukukunda fotoğraf eserinin sahibinin tespitinde önemli olan bu eserin meydana getirilmesinde emeği bulunan kişilerden kimin

¹⁶²Parlak Börü, 210.

¹⁶³Tekinalp, 152.

¹⁶⁴Bozbel, 94.

¹⁶⁵Bozbel, 94.

¹⁶⁶Parlak Börü, 210.

¹⁶⁷ Ayrıca bkz. S. Yeşiloğlu/ H. Boshier, "An analysis of the fundamental tensions between copyright and social media: the legal implications of sharing images on Instagram," *International Review of Law, Computers & Technology* 33, no. 2 (2019), 165.

belirleyici ve yaratıcı etkisinin olduğu tespit edilmesidir. Fotoğraf eserlerinde yaratıcı katkının ancak fotoğrafın tespiti öncesi hazırlık çalışmalarında söz konusu olabileceği, bunun da ispatı güç bir mesele olduğu söylenmektedir¹⁶⁸.

D. Çalışanların Meydana Getirdiği Eser Üzerinde Eser Sahipliği

Bir eserin sahibi onu yaratan kişi olmakla birlikte FSEK, belirli hallerde eser sahipliğinden doğan hakların çalışanlar tarafından kullanılabileceğini kabul etmektedir. Madde 18/1’de öncelikle mali hakları kullanma yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olduğu belirtilmekte, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bu kuralın istisnasına yer verilmektedir¹⁶⁹.

FSEK m. 18/2’ ye göre “*Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalışan veya tayin edenlerce kullanılır.*” Eser sahibinin eseri meydana getiren kişi olması ve istisna hükmünde manevi haklara ilişkin bir ifade bulunmaması sebebiyle hükümden anlaşılması gerekenin, çalışanların işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerinde manevi haklarının devam ettiği ancak mali hakların çalıştırınca kullanılacağı olduğu belirtilmektedir¹⁷⁰. Örnek olarak bir gazetede eser niteliğindeki fotoğrafların sahibi bunları vücuda getirenken bunları bir gazete olarak basmak (yani çoğaltmak) dağıtmak, satmak ve kiraya vermek hakkının eser sahibini istihdam eden gerçek veya tüzel kişide olduğuna dikkat çekilmiştir¹⁷¹. Ancak yine de çalışanın, aralarındaki sözleşmede aksinin kararlaştırıldığını veya işin mahiyetinin hakların kendisinde kalmasını gerektirdiğini iddia ve ispat etmesi mümkündür¹⁷².

¹⁶⁸Parlak Börü, 209-10.

¹⁶⁹Tekinalp, 145-46.

¹⁷⁰Tekinalp, 145.

¹⁷¹Tekinalp, 145.

¹⁷²Ateş, “Haklar”, 86.

II. FOTOĞRAF ESERLERİNDE ESER SAHİBİNİN HAKLARI

A. Eser Sahibinin Manevi Hakları

Sahibinin kişiliğinin bir ifadesi olan¹⁷³ eser üzerinde eser sahibine birtakım münhasır yetkiler tanınmıştır. Sözleşme tarafları açısından asgari sınırı düzenleyen Bern Anlaşması'nda eser sahibine *“eseri üzerindeki sahipliğini ileri sürmek ve eserinin her türlü tahrifine, bozulmasına veya diğer değişikliklerine veya şeref veya itibarına zarar verebilecek her türlü küçük düşürücü fiillere itiraz etme hakkı”* tanınmıştır.

Türk hukukunda ise manevi haklar, FSEK m. 14-17 arasında sınırlı olarak sayılanlardan ibarettir. Manevi haklar, eser sahibinin kendisi tarafından kullanılabilir ve devredilemedikleri¹⁷⁴ gibi mirasla intikal etmezler.¹⁷⁵ Ancak manevi hakların kullanma yetkisi devredilebilir¹⁷⁶ veya FSEK m.19'da düzenlendiği üzere eser sahibinin ölümü halinde eser sahibinin yakınları ile memleket kültürü açısından önemli eserler için Kültür ve Turizm Bakanlığı bu hakları kullanabilir. Dolayısıyla 14,15 ve 16. Maddede sayılı hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yakınları 70 yıl daha kullanılabilecekken memleket kültürü için önemli eserler açısından süresiz bir koruma söz konusu olacaktır.¹⁷⁷

1. Umuma Arz Hakkı

FSEK m.14 uyarınca bir eserin umuma arz edilip edilmeyeceğini, yayımlanma zamanına ve şekline eser sahibi karar verir. Umuma arz, eserin, sahibinin rızası olsa da olmasa da umuma herhangi bir şekilde intikalidir¹⁷⁸. 7. maddede düzenlenen alenileşme ise ancak eser sahibinin rızası ile gerçekleşir. Kanunun

¹⁷³Ateş, “Haklar”, 125.

¹⁷⁴Bozbel, 153.

¹⁷⁵Tekinalp, 162.

¹⁷⁶Tekinalp, 164.

¹⁷⁷Yalçın Tosun, *Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 87-89.

¹⁷⁸Tekinalp, 165.

deyimiyle hak sahibinin rızası ile umuma arz edilen bir eser alenileşmiş sayılır. Alenileşmemiş eserler, rehin hakkının, cebri icranın veya hapis hakkının konusu olamaz. Dolayısıyla eser, sahibinin rızası olmadan umuma arz edilirse bu durum eser sahibi aleyhine hüküm doğurmaz.¹⁷⁹

Eser sahibi eserinin umuma arzı için başkasını yetkilendirebilir ancak eserin umuma arz şekli sahibinin şeref ve itibarına zarar verecek nitelikte ise eser sahibi, bu umuma arzı menedebilir. Yine özellikle yayım, yayın, temsil gibi sözleşmelerde¹⁸⁰ mali hakların devrinin çoğu kez bu hakkın da devrini içerdiği kabul edilmektedir¹⁸¹.

Bu hakkın ihlali fotoğraflar bakımından daha çok, henüz alenileşmemiş fotoğrafların izinsiz olarak kamuya sunulması durumlarında söz konusu olur¹⁸².

2. Adın Belirtilmesi Hakkı

FSEK m.15'te düzenlenmiş olan bir diğer hak, bir kimsenin yarattığı eserin sahibi olduğunun belirtilmesi hakkıdır¹⁸³. Bununla birlikte eser sahibi eseri adsız olarak veya bir takma ad ile umuma arz etme ya da bundan vazgeçerek eserin kendi eseri olduğunu açıklama¹⁸⁴ yetkisine de sahiptir. Eserin kim tarafından meydana getirildiği hususunun ihtilaflı olması halinde eser sahipliğinin tespiti de talep edilebilir (FSEK m.15/3).

FSEK m.15/2 uyarınca ise *“Bir güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyelerle bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopya veya işlenme olduğunun açıkça gösterilmesi şarttır.”* Alamet kelimesi ile takma ad, kısaltılmış adın kastedildiği

¹⁷⁹Tekinalp, 165.

¹⁸⁰Bozbel, 155.

¹⁸¹Tekinalp, 166.

¹⁸²Parlak Börü, 216.

¹⁸³Tekinalp, 168.

¹⁸⁴Tekinalp, 170.

belirtilmektedir¹⁸⁵. Kanımızca eser sahiplerinin kendileri tarafından kullanıldığı herkesçe bilinen ya da tespit edilebilen sosyal medyada kullanıcı adları da bu kapsamda kabul edilebilir. Hatta bu şekilde bir belirtme eser sahipleri tarafından daha tercih edilesi olabilir. Belirtmek gerekir ki günümüzde, sosyal medyada eser sahibinin adının belirtilmesine yönelik yeni pratikler geliştirilmekte ve yerleşmektedir. Örneğin Instagram’da bir başkasına ait bir fotoğraf paylaşılırken bir fotoğraf makinesi emoji yanında orijinal hesabın etiketlenmesi¹⁸⁶ veya fotoğrafı çekenin adına yer verilmesi görece yaygın bir uygulama halini almıştır¹⁸⁷. Yine de sosyal medyada paylaşılan fotoğrafların büyük bir kısmı eser sahibinin adı belirtilmeden tekrar tekrar paylaşılmaktadır¹⁸⁸.

3. Eserde Değişiklik Yapılmasını Menetme

Eserde yapılacak bir değişiklik, eser sahibinin hususiyetinin eserin her zerresinde görülmesi nedeniyle sahibinin hususiyetini hatta kimi zaman şeref ve itibarını zedeleyebilir.¹⁸⁹ Bu nedenle “*Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz*” biçiminde düzenlenen FSEK 16. maddenin 1. Fıkrası ile eserde veya eser sahibinin adında izin olmadan değişiklik yapılması engellenmiştir. 17. maddenin 2. Fıkrasında düzenlenen “*Aslın maliki, eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre eser üzerinde tasarruf edebilir. Ancak eseri bozamaz ve yok*

¹⁸⁵Tekinalp, 170.

¹⁸⁶ “@” işaretinin hemen ardından kişinin kullanıcı adının yazılması suretiyle yapılan bu eylem bir kişinin profiline giden bir bağlantı oluşturmayı sağlar. Paylaşılan gönderinin açıklama veya yorum kısmında bu şekilde bir etiketleme Instagram tarafından “bahsetme” olarak adlandırılmaktadır. “Instagram’da birinden nasıl bahsederim?,” Erişim Tarihi: 24.02.2021, [https://tr-tr.facebook.com/help/instagram/627963287377328/?helpref=hc_fnav&bc\[0\]=Instagram%20Yard%C4%B1m&bc\[1\]=Instagram%27%C4%B1%20Kullanma&bc\[2\]=Foto%C4%9Fraf%20ve%20Videolar%20Payla%C5%9Fma](https://tr-tr.facebook.com/help/instagram/627963287377328/?helpref=hc_fnav&bc[0]=Instagram%20Yard%C4%B1m&bc[1]=Instagram%27%C4%B1%20Kullanma&bc[2]=Foto%C4%9Fraf%20ve%20Videolar%20Payla%C5%9Fma).

¹⁸⁷ “Angela noted that individuals who reuse a photo taken by someone else would use a camera emoji and tag the original account (with an @) to provide credit to the creator” “While Angela identified this practice as emerging within the “foodie” community, the use of a camera emoji to signal that a post has been copied is a relatively common practice on Instagram.” James Meese/ Jennifer Hagedorn, “Mundane Content on Social Media: Creation, Circulation, and the Copyright Problem,” *Social Media + Society* . 5, no. 2 (2019).

¹⁸⁸Eugenia Georgiades, “The Limitation Of Copyright: Sharing Personal Images On Social Networks ” *European Intellectual Property Review* 40, no. 4 (2018)., 240.

¹⁸⁹Tekinalp, 171.; Bozbel, 160.

edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez” hükmü ile eserin tahrip edilmesi önlenmek istenmiştir.

Kısaltma ve eklemeler dışındaki değişiklikler de bu hak kapsamında olup değişikliğin büyük ya da küçük olması önemli değildir¹⁹⁰. Bununla birlikte bazı istisnai hallerde bu hakkın ihlal edildiği iddiasının hakkın kötüye kullanılması hali oluşturabileceği belirtilmiştir¹⁹¹. Fotoğraf eserlerinde meydana getirilebilecek “eserde veya eser sahibinin adında kısaltma, ekleme ya da kırpma, rötuş, renklendirme”¹⁹² gibi değişikliklerin yanı sıra kanımca sosyal medyada sıklıkla başvurulan “efekt ve filtreler” de bu kapsamda kabul edilebilecektir. Eserin mahiyet ve hususiyetini bozan dolaylı müdahaleler de bu hüküm kapsamında eser sahibi tarafından engellenebilecektir.¹⁹³

Burada üzerinde durulması gereken önemli hususlardan birini de sosyal medyada yaygın olarak üretilen ve paylaşılan *Caps*’ler oluşturmaktadır. “*Caps’ler, herhangi bir görselin, kimi zaman duygu ve düşünceleri karşı tarafa aktarmak, kimi zaman da yalnızca insanları gülümsetmek üzere belirli bir yazı ile tamamlanması prensibine dayanan ve daha çok internet ortamında görmeye alışkın olduğumuz motiflerdir.*”¹⁹⁴ Bir fotoğraf eserinin yazı vb. eklemelerle *Caps* haline getirilmesi aşamasında eser üzerinde değişiklik meydana geldiği açıktır. Bununla birlikte sosyal medyada yaygın uygulama itibariyle *Caps*’lerin meydana getirilmesi aşamasında eser sahibinden herhangi bir izin alınmamaktadır. Dolayısıyla *Caps*’lerin yaratılıp paylaşılmasının eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar kapsamında kalmadığı hallerde eser sahibinin söz konusu manevi hakkının ihlali gündeme gelecektir.

¹⁹⁰Tosun, 143.

¹⁹¹Tosun, 143.

¹⁹²Parlak Börü, 221.

¹⁹³Tekinalp, 172.

¹⁹⁴Pelin Karaaslan, "Sosyal Medyada Kullanılan Caps'lerin Telif Hukuku Boyutu ve Yasal Düzenlemelerin Yeterliliği," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 3 (2020), 42.

FSEK'in 16. maddesinin 2. Fıkrası ise *“Kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işliyen, umuma arzeden, çoğaltan, yayımlıyan, temsil eden veya bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir.”* şeklindedir. Bu maddeye göre, eserin hukuka uygun olarak işlenmesi, çoğaltılması, temsili veya yayımı haklarının kullanılabilmesi için gerekli değiştirmeler bakımından eser sahibinden ayrıca izin almaya lüzum yoktur.

Maddenin 3.fıkrasında: *“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”* ifadesiyle eser sahibinin eserde değişiklik yapma yetkisini ancak yazılı izinle bir başkasına bırakabileceği bununla birlikte şeref ve itibarına zarar veren veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan değişiklikler açısından bu şekildeki bir iznin dahi geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır.

4. Eserin Aslına Ulaşma Hakkı

FSEK m. 17’de eserin maddileştiği eşyanın mülkiyetinin, eseri yaratandan başka bir kişide olması halinde, eser sahibine malik veya zilyete karşı ileri sürülebilecek bir hak tanımıştır. Eserin aslına ulaşma hakkı olarak ifade edilen bu hak “eser sahibinin, eserin malik veya zilyedinden, kanunda öngörüldüğü şekilde yararlanmak amacıyla eserin kendisine -geçici olarak- verilmesini veya eserinden yararlanılmasına müsaade edilmesini isteme hakkı” olarak tanımlanmaktadır.¹⁹⁵

FSEK 17. maddenin 1. fıkrasına göre *“Eser sahibi, gerekli durumlarda, aslın maliki ve zilyedinden, koruma şartlarını yerine getirmek kaydıyla, 4 üncü maddenin 1 inci ve 2nci bentlerinde sayılan güzel sanat eserlerinin ve 2 nci maddenin 1 inci bendinde ve 3 üncü maddede sayılıp da yazarlarla bestecilerin el yazısıyla yazılmış eserlerinin asıllarından geçici bir süre için yararlanmayı talep*

¹⁹⁵Tekinalp, 174.

etme hakkına sahiptir.” Bu hüküm uyarınca eser sahibi bu hakkını ancak koruma şartlarını yerine getirmesi halinde ve geçici bir süreliğine kullanabilir. Ayrıca hakkın ancak gerekli durumlarda kullanılabileceği öngörülmüş buna karşın gerekli durumların neler olduğu açıklanmamıştır. Bu hususta kavramın içinin objektif bir şekilde doldurulması gereğine dikkat çekilmiştir.¹⁹⁶ Ancak mali bir hakkın kullanılabilmesi için eserin aslı ya da tek kopyasına duyulan ihtiyacın gerekli durum olarak anlaşılması gerektiği de ifade edilmektedir.¹⁹⁷

Fotoğraf eserleri, hükümde sayılan eserler arasında yer almamaktadır. Bu noktada kimi yazarlar hükümde eserlerin sınırlı olarak sayıldığını kabul etmekte ve sınırlı sayıda basılan fotoğraflar gibi eserlerin bu haktan haklı bir sebep olmaksızın yararlanamayacak olmasını eleştirmektedir¹⁹⁸. Kimi yazarlar ise burada sayılmamış eser türlerinin de istisnai olarak bu hükümden yararlandırılmasını kanunun ruhuna daha uygun bulmaktadır¹⁹⁹.

“Eserin tek ve özgün olması durumunda eser sahibi, kendisine ait tüm dönemleri kapsayan çalışma ve sergilerde kullanmak amacıyla, koruma şartlarını yerine getirerek iade edilmek üzere eseri isteyebilir.” şeklinde düzenlenen 17. maddenin 3. Fıkrası bakımından ise 1. Fıkranın aksine eser türü yönünden bir sınırlama getirilmediği savunulmaktadır²⁰⁰. Bununla birlikte eserin tek ve özgün olması aranır. Yine eser sahibi bu haktan yalnızca bütün dönemleri kapsayan çalışma ve sergilerde kullanılması amacı dahilinde yararlanabilecektir.

B. Eser Sahibinin Mali Hakları

FSEK, alenileşmiş bir eserden iktisadi olarak yararlanmak ve üçüncü kişilerin haksız yararlanmalarını engellemek üzere eser sahibine münhasır haklar

¹⁹⁶Cahit Suluk/ Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku II: Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri* (İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2005), 371.

¹⁹⁷Tosun, 202.

¹⁹⁸Tekinalp, 174.; Suluk/ Orhan, 370.

¹⁹⁹Tosun, 201.

²⁰⁰Tekinalp, 174.

tanımıştır. Bu haklar, mali haklar olarak adlandırılır ve kanunda sayılanlardan ibarettir (FSEK m.20).

Henüz alenileşmemiş bir eserden yararlanma hakkının da münhasıran eser sahibine ait olduğu hükmüne kanunda yer verilmiş olmakla birlikte bu hüküm, henüz yaratıcısının gizli alanından çıkmayan bir eserin üzerinde sahibinin tam hakimiyeti olduğundan bahisle eleştirilmektedir²⁰¹.

Mali haklar, birbirlerinden bağımsız olarak kullanılabilir, tasarruflara konu edilebilir. Eser sahibi veya mirasçıları sahip oldukları mali hakları veya bunları kullanma yetkisini devredebilir (FSEK m.48). Ayrıca mali haklar miras yoluyla intikal edebilir (FSEK m. 63) ve rehin, hapis ve icraya konu olması mümkündür (FSEK m. 61-62).

Eser sahibine tanınan mali haklar, FSEK 21-25. maddeler arasında işleme, çoğaltma, yayma, temsil, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlar ile umuma iletim olarak sayılanlar ile mali haklar arasında yer aldığı kabul edilen²⁰² ve 45. maddede düzenlenen pay ve takip hakkından oluşmaktadır. Mali haklar kanunda bu şekilde sınırlı olarak sayılmış olsa da hakların kapsamının teknik gelişmeler sonucu genişlemesi mümkündür²⁰³. Böyle bir durumda eser sahibinin - FSEK'e hâkim, eser sahibinin mümkün olan en yüksek oranda katılması ilkesi gereği- hakkı devretmiş olsa bile, bu yeni imkândan yararlanacağı ifade edilmektedir²⁰⁴.

Bununla birlikte eserden ekonomik olarak yararlanma biçimlerinin kanunda sınırlı olarak sayılmış olması, kanunda sayılanların kapsamı dışında yeni bir yararlanma biçiminin geliştirilmesi halinde eser sahibinin yasayla yetkilendirilmesini

²⁰¹Öztan, 352.; Erel, 157.

²⁰²Tekinalp, 161.; Erel, 158.

²⁰³Tekinalp, 180.; Öztan, 351.

²⁰⁴Tekinalp, 181.

gerektirir²⁰⁵. Bu nedenle doktrinde haklı olarak, sayma metodunun eser sahibinin teknik gelişmeler karşısında korumasız kalmasına neden olabileceği ve eskimiş olduğuna dikkat çekilmektedir²⁰⁶.

1. İşleme Hakkı

İşlenmeler FSEK m.6'da *“Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip te bu esere nispetle müstakil olmayan fikir ve sanat mahsulleri”* olarak tanımlanmıştır. Buna göre bir işlemenin söz konusu olabilmesi için başka bir eserden faydalanılarak meydana getirilmiş olan eser asıl esere kıyasla bağımsız olmamalıdır. Zira kendisinden faydalanılan eserden bağımsız sayılabilmesi durumunda özgün bir eserin varlığından söz edilir ve böyle bir durumda izin alınmasına ihtiyaç olmaz²⁰⁷

FSEK m. 6 tanımından anlaşılacağı üzere işlenmede her zaman bir asıl eserin varlığından söz edilir²⁰⁸. İşte FSEK 21. maddenin konusunu oluşturan hak bu asıl eserden “işlenme” meydana getirmek üzere faydalanılması hakkıdır. Bu hak, işlenmenin kamuya sunulması veya ekonomik olarak yararlanılması hallerinde geçerli olup eser sahibinin iznine bu tür kullanımlar için ihtiyaç duyulur²⁰⁹.

FSEK m.6'da işleme türleri 11 bent halinde, sınırlayıcı olmamak üzere sayılmış olup burada güzel sanat eserlerinin bir şekilden diğer şekillere sokulması” haline de yer verilmiştir. Bu kapsamda örneğin bir fotoğraftan faydalanılarak meydana getirilen bir portre²¹⁰, bir büst ya da bir çizim²¹¹ işleme eser kabul edilebilir.

İşlenmenin varlığından bahsedebilmek için işleyenin hususiyetini yansıtan bir eser ortaya çıkmış olmalıdır (FSEK m.6/ son). Yani *“genişletme veya değiştirmelerin,*

²⁰⁵Ateş, “Haklar”, 158.

²⁰⁶Erel, 158.;Tekinalp, 180.; Öztan, 351.; Bozbel.

²⁰⁷ Ateş “Eser”, 306-307.

²⁰⁸Parlak Börü, 227; Kılıçoğlu, 253.

²⁰⁹Erel, 159.;Tekinalp, 183.

²¹⁰ Erel, 81.

²¹¹ Ateş “Eser”, 322.

yaratıcı insan ruhundan kaynaklanan ve ferdi hususiyetler arz eden tezahürler olmaları gerekir”²¹². Bir başkasının yaratımı olan eserin değiştirilerek ya da bozularak yeni bir eser yaratılmış gibi gösterilmesi hali işleme değildir²¹³. Dolayısıyla dijital ortamın sunduğu imkanlar ile eserde kolayca yapılan²¹⁴ her değişiklik işleme teşkil etmez. Bu bakımdan örneğin daha önce bahsi geçen *Caps*’lerin²¹⁵ büyük bir bölümünün işlenme eser niteliği taşıması zor görünmektedir²¹⁶.

İşleme hakkının devri ile işlenmeden ekonomik olarak yararlanma amacının gerektirdiği en yakın hakkın da devredildiği kabul edilir²¹⁷. Eser sahibinin izniyle işleme eser meydana getiren kişi, işlemesi üzerindeki haklarını kullanabilir ancak işlemenin izin kapsamında olmayan yeni bir değerlendirmesi için eser sahibinden ayrıca izin alınması gerekir (FSEK 20/4)²¹⁸. Devralınan bir işleme hakkının tekrar devredilebilmesi için FSEK 49/2 eser sahibinin veya mirasçılarının muvafakatinin alınmasını şart koşmaktadır²¹⁹.

2. Çoğaltma Hakkı

*“Eserin aynen tekrarlanması ve maddi bir varlık olarak tekrarlanacak şekilde tecessüm etmesini sağlayan teknik bir işlem”*²²⁰ olarak tanımlanan çoğaltma, eser sahibinin eserden yararlanmasının en eski yoludur. *“Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı”* FSEK 22/1’de münhasıran eser sahibine tanınmıştır.

²¹²Öztan, 166.

²¹³Ateş “Eser”, 308.

²¹⁴Parlak Börü, 229.

²¹⁵Bkz. Yuk. İkinci Bölüm II.A.3.

²¹⁶*Caps*lerin hususiyet unsuruna ek olarak kanunda sayılan eser türlerinden birine dahil olma ve güzel sanat eserleri için geçerli estetik unsur taşıma şartlarını sağlamalarının zor olduğuna düşünülmektedir. Karaaslan, 57.

²¹⁷Tekinalp, 183.

²¹⁸Cahit Suluk/ Rauf Karasu/ Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 1. Bası (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 91.

²¹⁹Ateş, “Haklar”, 164.

²²⁰Tekinalp, 184.

Çoğaltma teşkil eden hallere ilişkin aynı maddenin 2. Fıkrasında ise “Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması çoğaltma sayılır.” ifadesine yer verilmiştir. Kanun koyucu bu hüküm ile çoğaltma teknikleri ve yollarını sınırlı olarak saymamış, sonradan ortaya çıkabilecek teknikleri de hakkın kapsamına dahil etmiştir.²²¹

Eserin ana veya yan bilgisayara geçirilmesi olan uploading ve downloading ile her türlü dijital depolama ve göndermenin çoğaltma olduğu kabul edilmektedir²²². Kimi sosyal medya platformları tarafından kullanıcılarına sunulan imkanlarla bir başkasına ait fotoğrafın herhangi bir araca indirilmesi²²³ de çoğaltma teşkil eder. Yine sosyal ağlarda içerik paylaşımı bağlamında, bir fotoğraf her post ya da reposte dildiğinde, paylaşıldığında veya retweetlendiğinde görüntünün bir kopyasının yapıldığı ifade edilmektedir²²⁴

Bir fotoğraf eserin çoğaltılması, fotoğrafının çekilmesi yoluyla da gerçekleştirilebilir²²⁵. Bununla birlikte sosyal medyada paylaşılan eserlerin, bir

²²¹Tekinalp, 185.; Öztan, 361.

²²²Tekinalp, 184.; Abdullah Çelik, "Fikir Ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma Ve Yayma Haklarının İhlali, İhlalin Sonuçları" (Doktora Dokuz Eylül Üniversitesi, 2010), 89.

²²³ “Bir fotoğrafı bilgisayarınıza kaydetmek için:

1.Kaydetmek istediğiniz fotoğrafa tıklayın.

2.  simgesine tıklayın ve İndir'i seçin.” “Facebook'taki bir fotoğrafı telefonuma veya bilgisayarıma nasıl kaydederim?,” 2021, Erişim Tarihi: 31.07.2021, <https://www.facebook.com/help/155361567863444/>; “Kaydetmek istediğiniz gönderinin altında

 simgesine dokununuz. Bir gönderiyi kaydettiğinizde, bu gönderiyi profilinizin gizli bir kısmında görebilirsiniz.” “Instagram'da gördüğüm gönderileri nasıl kaydedebilirim?,” Erişim Tarihi: 01.08.2021, https://help.instagram.com/1744643532522513?helpref=search&sr=5&query=kaydetme&search_session_id=9087df7e87497693adca13caf344ed95.

²²⁴ Yeşiloğlu/ Boshier, 167.

²²⁵Tekinalp, 184.; FSEK 40/1 ‘de yer alan “umumi yollar, caddeler ve meydanlara, temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerini; resim, grafik, fotoğraf ve saire ile çoğaltma” ifadesi sebebiyle fotoğraf çekilerek eserin çoğaltılmasının mümkün olduğuna ilişkin bkz. Çelik, 82.

başka araç ile fotoğrafının çekilmesi yerine, teknolojinin sunduğu imkanlardan yararlanılarak ekran görüntüsünün alınması yaygın uygulama halini almıştır.

Eserden kısıtlı bir zaman için yararlanma imkânı veren kopyalamalar ile de çoğaltma gerçekleşir²²⁶. Yine eserin başka bir büyüklükte veya formatta kopyalanması halinde²²⁷ de çoğaltmanın meydana geleceği ifade edilmektedir. Bu durum görsel arama motorları tarafından gerçekleştirilen *thumbnails* (küçük ön izleme resmi) şeklindeki kayıtların çoğaltma niteliğinde olduğunun tespiti²²⁸ açısından önemlidir.

Diğer haklar gibi çoğaltma hakkının kullanılabilmesi için de eser sahibinin izni gerekir. Ancak yayma gibi kimi mali hakların kullanılabilmesi için genellikle çoğaltmanın gerçekleştirilmesine ihtiyaç duyulduğundan bu gibi hallerde, eser sahibi tarafından devredilen hakkın kullanılabilmesi için gerekli olduğu ölçüde çoğaltma hakkı da devredilmiş sayılmaktadır²²⁹.

Yine güzel sanat eseri sahiplerinin çoğaltma hakkını ilgilendiren ve FSEK 57/2’de yer bulan karineye göre de “*Bir güzel sanat eseri üzerinde çoğaltma hakkını haiz olan bir kimseden kalıp ve sair çoğaltma aletlerinin zilyedliğini iktisap eden kimse, aksi kararlaştırılmamışsa, çoğaltma hakkını da iktisap etmiş sayılır.*”

3. Yayma Hakkı

Yayma hakkını tanımlayan FSEK’in 23. Maddesinin 1. Fıkrası şu şekildedir: “*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*” Buna göre yayma, eserin aslı veya nüshalarını kiralama, ödünç verme,

²²⁶Ateş, “Haklar”, 164.

²²⁷Bozbel, 108.; Öztan, 357.

²²⁸Parlak Börü, 230.; “*Görsel arama motorunda, resimlerin küçültülmüş ve çözünürlüğü azaltılmış formatta depolanmasının, bir işleme niteliğinden ziyade çoğaltma niteliğine sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir.*” Özge Öncü, “Fikri Hak İhlalleri Bakımından İnternet “Görsel” Arama Motorları,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1 (2008)., 112.

²²⁹Suluk/ Orhan, 380.; Erel, 162.

satışa çıkarma veya “diğer yollarla dağıtmak” suretiyle gerçekleştirilebilir. Kanunda tanımlanmamış olan bu kavramlardan diğer yollarla dağıtma, “sayılanlar dışındaki amaç ve yöntemlerle tedavüle konulma” durumlarında söz konusu olur²³⁰. Dolayısıyla yayma hakkının gündeme gelmesi için eserin kâr amacı ile dağıtılması şart olmayıp²³¹örneğin “*dini içerikli bir kitabın tebliğ amacıyla, siyasi içerikli bir kitabın da propaganda gayesiyle ücretsiz olarak dağıtılması*” da yayma niteliğindedir²³².

Eser nüshaları, sahibinin izniyle bir kere satışa çıkarıldıktan sonra eser sahibi bunların yeniden satışlarını engelleyemez. Tükenme ilkesi olarak adlandırılan bu kuralın yer aldığı FSEK 23/2’de hakkın yalnızca ilk satış veya dağıtım ile ve ülke sınırları içinde tükeneceğine hükmedilmiştir. Aynı şekilde yurtdışında yayma için verilen izin ile yurtdışında yayma hakkı tükenmeyeceğinden, burada çoğaltılan ve yayılan nüshalar için izin alınması gerekir (FSEK 23/2).

İlk satış ile tükenen yetkiler satış ve dağıtım olup kiralama ve kamuya ödünç verme tükenmez, eser sahibi mülkiyetini devrettiği nüshaların daha sonra kiralınmasını ve kamuya ödünç verilmesini engelleyebilir²³³.

Yayma hakkının konusunu eserin aslı²³⁴ ve çoğaltılmış maddi nüshaları oluşturur²³⁵. Dolayısıyla dijital nüshaların, internette erişime sunulması yayma hakkının değil m. 25/2’de düzenlenen “işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı”nın konusunu oluşturur²³⁶. Ancak örneğin ayrı bir

²³⁰Ateş, “Haklar”, 172.

²³¹Erel, 172.; Öztan, 367.

²³²Ateş, “Haklar”, 173.

²³³Tekinalp, 192.; Ateş, “Haklar”, 173.; Öztan, 373.

²³⁴ 4630 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile eserin aslı da yaymaya konu olabilmektedir. Bu değişikliğin eleştirisi için: Erel, 170.

²³⁵Erel, 171.; Ateş, “Haklar”, 172.; Öztan, 364.; Bozbel, 111.; Suluk/ Orhan, 393.

²³⁶Bozbel, 112.; Ateş, “Haklar”, 173.; Öztan, 173.İnternet ortamındaki kiralama, ödünç verme, satış gibi konularda da yayma hakkına geçerlik tanınabileceği görüşü için: Yavuz Kaplan, *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004). Yayma hakkının dijital nüshaları kapsamaması, aynı zamanda tükenme ilkesinin ortaya çıkarabileceği problemleri önleme açısından daha pratiktir. Nitekim bu fiillerin yayma hakkının bir biçimi olarak değerlendirilebileceğini belirten Akipek/Dardağan, internet üzerinden esere ulaşan

“umuma erişilebilir kılma (making available right) öngörülmemiş olan ABD’de yayma hakkı ile eseri umumi olarak icra etme ve eseri umumi olarak sergileme gibi hakların umuma erişilebilir kılma hakkının kapsadığı tüm davranış yelpazesini karşıladığı savunulmaktadır²³⁷. Bu hususta içeriğin sosyal medyada olağan şekilde yayılması veya erişilebilir kılınması yoluyla yayma hakkının ihlal edilebileceği belirtilmektedir²³⁸. Bununla birlikte sosyal medya paylaşımları ile fikri hak ihlallerine ilişkin davalarda davacıların kimi zaman yayma hakkının ihlali iddiasına dayandığı görülmektedir. Örneğin bir dijital tasarım sanatçısı tarafından meydana getirilen ve “Adile Naşit”in konu edildiği dijital görselin Kadıköy Belediyesi tarafından çeşitli ilan ve reklam panolarının yanı sıra Facebook ve Twitter gibi sosyal medya hesaplarında kullanılması üzerine açılan davada davacının eser üzerindeki mali haklarından temsil ve çoğaltma hakkı ile yayma hakkının ihlal edildiği iddia edilmiştir. Buna karşın ilk derece mahkemesi ilanın belediye başkanı tarafından sosyal medya hesaplarında kullanılmasını isabetli olarak FSEK m.25’te yer alan “umuma erişilebilir kılma hakkı” çerçevesinde değerlendirmiştir²³⁹.

4. Temsil Hakkı

FSEK’in temsil hakkını düzenleyen 24. Maddesinin ilk fıkrası bir eserden *“doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı”*nın münhasıran eser sahibine ait olduğunu tespit etmektedir.

kullanıcının eseri başkalarına göndermesi halinde tükenme ilkesi gereği sorumluluk doğmayacağını ifade etmektedir. Şebnem Akipek/ Dardagan Esra, "Sanal Ortamda Telif Hakları," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 21, no. 1 (2001): 59.

²³⁷"US Copyright Office Says US Law Has a Making Available Right, Even Though It Doesn't Say So," 2016, Erişim Tarihi: 14.06.2022, <https://completemusicupdate.com/article/us-copyright-office-says-us-law-has-a-making-available-right-even-though-it-doesnt-say-so/>; *The Making Available Right In The United States*, (US Copyright Office, 2016), 81.

²³⁸Corinne Tan, *Regulating Content on Social Media: Copyright, Terms of Service and Technological Features* (London: UCL Press, 2018), 44.

²³⁹ İstanbul Anadolu 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, T. 25/05/2017, E. 2015/96, K. 2017/76. Davalıların istinaf talebi ise İstanbul BAM 16. H.D.’nin T. 11.6.2020, E. 2017/4562, K. 2020/1043 sayılı kararıyla reddedilmiş ancak kararda bu hususa ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmemiştir.

Eser türüne göre farklı biçimlerde söz konusu olabilen temsil, fotoğraf eserlerinin galeri gibi mekanlarda sergilenmesinde, “gösterme” şeklinde gerçekleşir²⁴⁰. Ancak hükümde sayılan türlerle yani “okumak”, “çalmak”, “ oynamak” ve “göstermek” ile sınırlı değildir²⁴¹. Temsilin gerçekleşmesi için önemli olan eserin duyarlarla algılanmaya uygun hale getirilmesidir.²⁴²

Hükümde, eser sahibine, temsilin “doğrudan” gerçekleştiği hallerin yanında “doğrudan yapılan temsilin “*umuma arz edilmek üzere vuku bulduğu mahalden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile nakli*” hallerinde de münhasır bir yetki tanımıştır. Belirtmek gerekir ki “dolaylı temsil” olarak adlandırılan bu haller, aynı zamanda, bir başka mali hak olan işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim kapsamında da değerlendirilebilmektedir²⁴³. Bu nedenle “dolaylı temsil” olarak nitelendirilen hakkın 24. madde yerine 25. maddede yer alması gerektiği yönünde eleştiriler yapılmıştır²⁴⁴. Nitekim *Okutan Nilsson*, AB hukukunda temsil kavramının giderek yalnızca canlı icralar için kullanıldığını buna karşın teknik vasıtalarla umum tarafından algılanabilir kılınmanın umuma iletim kavramı içerisinde değerlendirildiğini belirtmektedir²⁴⁵.

Bununla birlikte bir fotoğraf eserinin sosyal medyada paylaşılması eser sahibinin temsil hakkının da ihlal edilmesine imkân verebilmektedir. Örneğin ABD’li sanatçı *Richard Prince* oldukça tartışmalı çalışmalarından birinde, *SuicideGirls* adlı bir model grubunun Instagram hesabında paylaştığı fotoğraflara yorum

²⁴⁰Tekinalp, 193.; Erel, 175.; Ateş, “Haklar”, 182.

²⁴¹Tekinalp, 193.; Öztan, 377.; Erel, 175.

²⁴²Erel, 175.

²⁴³*Tekinalp*, 24/2’de ifadesini bulan hakkın iletim hakkı olduğundan bahisle açıklamalarını 25. Madde çerçevesinde yapmıştır. Tekinalp. İletim hakkının temsilin vuku bulduğu yerden başka bir yere nakli ile sınırlı olarak 24. Maddede temsilin bir türü, 25. Maddede ise daha geniş bir anlamı içerecek şekilde düzenlendiği yönünde bkz. Suluk/ Orhan, 410. Umuma iletim (yayın) hakkının temsilin özel bir türü olduğu yönünde bkz. Erel, 185.

²⁴⁴Mustafa Ateş, "Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkı Ya Da "E-Haklar": FSEK'in 25. Maddesine Dair Genel Bir Değerlendirme," in *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012*, ed. Tekin Memiş (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013).

²⁴⁵Gül Okutan Nilsson, "Eser, İcra, Yapım ve Yayınların Umuma Açık Mahallerde Kullanımı Bağlamında Uluslararası Hukuk ve AB Hukukunda Temsil ve İletim Kavramları," *Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 12, no. 46 (2016)., 487 vd.

yaparak ekran görüntüsünü almış, ardından büyütüp tuvale bastırarak bir galeride sergilemiştir. Bu çalışmalardan bazıları 90,000 \$'a kadar alıcı bulmuştur²⁴⁶. Bu olayda, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlamaların uygulanıp uygulanamayacağından bağımsız olarak fotoğrafların bastırılarak sergilenmesiyle eser sahibinin temsil hakkının kullanıldığını söylemek mümkündür.

5. İşaret, Ses ve/veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı

İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı başlığını taşıyan FSEK'in 25. maddesi farklı karakterdeki fiilleri düzenlemektedir. Maddenin ilk fıkrası, eserleri "işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayın" ve "yeniden yayın"ı düzenlerken ikinci fıkrası eserin "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" yer vermiştir.

Maddede yer alan "umuma iletim"den fikri hukukta, eserin, işaret, ses ve görüntü nakline yarayan vasıtalarla umumun istifadesine sunulması anlaşılır²⁴⁷. Umum kabul edilen kişilerin istifadesine belirtilen şekilde sunulma, umuma iletimin varlığı için yeterlidir. Eserin, fiilen algılanması koşulu aranmaz²⁴⁸.

Ne olduğu ve kimlerin oluşturduğu kanunda tanımlanmayan "umum", esas itibariyle, *"belirli özellikleri sebebiyle sınırlandırılmamış bir kişiler grubunu"*

²⁴⁶"Richard Prince v Suicide Girls in an Instagram Price War," 2015, Erişim Tarihi: 13.06.2022, <https://www.theguardian.com/artanddesign/2015/may/27/suicide-girls-richard-prince-copying-instagram>.

²⁴⁷Ateş, "E-Haklar", 24.

²⁴⁸Savaş Bozbel, "Fikri Eserlerin Umuma Erişilebilir Kılınması (FSEK m.25/II)," in *Halûk Konuralp Anısına Armağan* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 201.; Ateş, "E-Haklar", 25.

ifade eder²⁴⁹. Eserin sunulduğu belirsiz sayıda kişi, aralarında aile, arkadaşlık, iş ilişkileri gibi kişisel bir bağlantı bulunmaması halinde umumdur²⁵⁰.

FSEK'in 25. maddesinin ilk fıkrasında “*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması*” olarak ifade edilen yayın hakkı, bir umuma iletim biçimi olarak, münhasıran eser sahibine tanınmıştır. Yayın hakkı, radyo-TV gibi kitle iletişim araçlarının zaman içerisinde artan önemi nedeniyle ayrı bir hak olarak düzenlenmeye ihtiyaç duyulmuştur²⁵¹. Ancak yayının varlığı açısından iletimin radyo-televizyon, uydu, kablo gibi telli ya da telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim²⁵² yoluyla yapılması önem taşımaz. İnternet üzerinden yapılan yayınlar da bu hak kapsamındadır²⁵³. Örneğin gerçek zamanlı olarak gerçekleştirilen ve canlı yayın olarak ifade edilen Live-Streams hallerinde FSEK 25/1 anlamında bir yayından söz edilebilir²⁵⁴.

Fıkranın devamında ise “yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle” iletiminden söz edilmektedir. Burada önemli olan bu ikinci yayının başka bir kuruluş tarafından yapılması olup aynı kuruluşun kendi yayınıni tekrar yayınlaması yeniden yayın olarak nitelendirilmez²⁵⁵.

Maddenin ikinci fıkrasında eser sahibine tanınan “*telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak*” hakkı fotoğraflar için önem

²⁴⁹Ateş, “E-Haklar”, 22.; Tekinalp, 194.

²⁵⁰Bozbel, “Umuma Erişim”, 201.

²⁵¹Erel, 183.

²⁵²“*Dijital yayınlar uydudan, kablodan, karasal olarak havadan yapılabileceği gibi internet üzerinden veya mobil telefonlar(cep televizyonu) şeklinde de yapılabilmektedir.*” Ateş, “E-Haklar”, 38.

²⁵³Ateş, “E-Haklar”, 43.

²⁵⁴Bozbel, “Umuma Erişim”, 212.

²⁵⁵Ateş, “Haklar”, 191.

arz eder. Fiziki nüshaların satışı veya diğer yollarla dağıtılması yayma hakkının kapsamında yer aldığından bu hükmün konusu fiziki olmayan nüshaların umuma sunulması ile sınırlıdır²⁵⁶. Örneğin “bir sinema eserinin online ortamda (internetten indirme suretiyle) satın alınması” ya da “online kiralanması” bu madde kapsamındadır²⁵⁷.

Madde metninde açıkça yer almasa da “*gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimi*” ifadesi ile internetten bahsedildiği kabul edilmektedir²⁵⁸. Ancak FSEK 25/1’de düzenlenen yayının da internet üzerinden gerçekleştirilebileceği göz önüne alındığında bu hükümler arasındaki ayrımın yapılması önem taşır: FSEK 25/2 kapsamında bir iletimden bahsedebilmek için kullanıcıların esere erişme yeri ve zamanını kendilerinin belirleyebilmesi gerekir. Umuma erişilebilir kılmayı yayından ayıran husus, esere erişme zamanının kullanıcıların kendisine bırakılmış olmasıdır²⁵⁹. Eserlerin, web sayfalarında gözlemlenmek üzere kişilerin erişimine açık tutulması ya da bir sunucuda kullanıcıların her zaman indirmesine hazır durumda bulundurulması hallerinde umuma erişilebilir kılmanın gerçekleştiği kabul edilmektedir²⁶⁰. Yine kişilerin sitenin içeriğine müdahale edebildiği sosyal medya özelinde de bir eserin, diğer kullanıcılar tarafından gözlemlenmeye hazır bulunmak üzere paylaşılması bu hak çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Bununla birlikte, yukarıda değinildiği üzere, eserin iletildiği kişilerin fikri hukuk anlamında umum niteliğinde olması halinde umuma iletimden söz edilebilir. Eserin, yalnızca kişisel bağlantı bulunan kişilerin erişiminin mümkün olduğu dolayısıyla umuma açık olmayan bir web sitesine konulması halinde umuma erişilebilir kılma gerçekleşmiş olmaz²⁶¹.

²⁵⁶Bozbel, “Umuma Erişim” 198.

²⁵⁷Bozbel, 136.

²⁵⁸Tekinalp, 194.; Öztan, 390.

²⁵⁹Bozbel, “Umuma Erişim” 203.; Ateş, “E-Haklar”, 43.

²⁶⁰Ateş, “Haklar”, 193.; Bozbel, “Umuma Erişim” 208.

²⁶¹Bozbel, “Umuma Erişim” 212.

C. Eser Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar

Fikir ve sanat eserlerinin toplum için taşıdığı önem nedeniyle eser sahibinin eseri üzerindeki fikri haklarının sınırlandırılması doğal kabul edilmekte²⁶² ancak sınırlandırmanın kamunun ihtiyaçları ölçüsünde olması²⁶³ ve eser yaratıcılarını caydırmaması gerektiği ifade edilmektedir²⁶⁴. Bu nedenle eser sahibine eseri üzerinde tanınan haklara getirilecek sınırlamalar gerek uluslararası gerekse ulusal düzenlemelerde tespit edilmiştir.

1. Bern Anlaşması ile Getirilen Sınırlandırmalar

Bern Anlaşması ile getirilen en bilinen sınırlama madde 9/2 ile çoğaltma hakkıyla ilgili olarak öngörülebilecek istisnalara ilişkin genel hükümdür. Bu hüküm ile eser sahibinin menfaatlerine zarar vermemek ve eserden normal yararlanmaya aykırı olmamak kaydıyla çoğaltma hakkına sınırlama getiren düzenlemeler devletlere bırakılmıştır. Bunun yanında Anlaşmanın 10. maddesi hukuka uygun olarak topluma arz edilmiş bir eserden alıntı yapma serbestisini düzenlemektedir. Bütün eser türleri için geçerli olan bu maddede, serbest olan alıntının amacın haklı gösterdiği ölçüyü aşmaması gerektiği belirtilmiş olmakla birlikte bir miktar sınırlaması getirilmemiştir²⁶⁵. Burada yer alan “adil uygulama” da eserin normal kullanımıyla ve sahibinin meşru menfaatlerine makul olmayan bir şekilde zarar vermeyen bir kullanım olarak anlaşılabilir²⁶⁶ Eğitim amacıyla edebiyat ve sanat eserlerinden yararlanılması (m.10/2) ile, gazete ya da dergilerde yer alan güncel ekonomik, politik ya da dini makalelerin yayınına izin verilmesi açıkça saklı tutulmamış olması haliyle sınırlı olarak ülke mevzuatlarına bırakılmıştır. (mükerrer m.10/1). Yine eserlerin haber verme amacı ile çoğaltılması ve topluma sunulması da birlik ülkeleri kanunlarıyla düzenlenecektir (mükerrer m. 10/2)

²⁶² Erel, 237.

²⁶³ Ayiter, 148.

²⁶⁴ Erel, 237.

²⁶⁵ Bu kapsamda örneğin yirminci yüzyıl sanat tarihi üzerine bir çalışmada belirli sanat okullarının temsili resimlerinin alıntılanması haklı bulunabilir. Ricketson, 65.

²⁶⁶ Ricketson, 65.

2. Amerikan Hukukunda Fotoğraf Eseri Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar

Copyright Act, adil kullanım (fair use) olarak adlandırılan ve genel uygulama alanı bulan bir istisna içermektedir. Bu istisna Amerikan telif hukukunda uzun zamandır tanınmış olmakla birlikte *Copyright Act* başlangıçta adil kullanıma yer vermemiştir²⁶⁷. Birçok kişinin doktrininin atası olarak gördükleri 1841 tarihli Folsom v. Marsh davasında Yargıç Story, telif ihlalinde bulunduğu iddia edilen kişinin yaratıcı katkıları ile eserin pazarı üzerindeki etkisini vurgulamak için İngiliz "adil kısaltma" kuralını geliştirerek uygulamıştır²⁶⁸. Yargıç Story, izinsiz bir kullanımın adil kullanım olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda göz önüne alınması gereken faktörleri şunlar olarak belirlemiştir: (i) eserin niteliği ve konusu, (ii) kullanılan kısımların değeri ve miktarı, (iii) kullanımın eserin ekonomik değeri üzerindeki etkisi ve (iv) ilk kullanımın amacını aşmış aşmadığı²⁶⁹.

Adil kullanım istisnası 1976 tarihli *Copyright Act*'in "Münhasır haklar üzerindeki sınırlamalar: adil kullanım" başlıklı § 107'de düzenlenmiş olup buna göre 106 ve 106A bölümleri hükümlerine bakılmaksızın, eleştiri, yorum, haber verme, öğretim (sınıf kullanımı için birden fazla kopya dahil olmak üzere), burs veya araştırma gibi kullanımlar dahil adil kullanımların telif hakkı ihlali teşkil etmediği hüküm altına alınmıştır. Hükmün devamında adil kullanımın mevcut olup olmadığının tespitinde dikkate alınacak 4 faktör sıralanmıştır:

- (1) Kullanımın ticari nitelikte olup olmadığı veya kâr amacı gütmeyen eğitim amaçlı olup olmadığı da dahil olmak üzere, kullanımın amacı ve niteliği;
- (2) Fikri hakka konu eserin doğası;

²⁶⁷Yen/ Liu, 327.

²⁶⁸Ginsburg/ Treppoz, 474.

²⁶⁹Ayşegül Sezgin Huysal, "'Dumb Starbucks" ve ABD Hukukunda Adil Kullanım Doktrini," *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2017): 144.

- (3) Kullanılan kısmın miktarı ve büyüklüğü ile fikri hakka konu eserin tamamına oranla önemi
- (4) Kullanımın, fikri hakka konu eserin potansiyel pazarı veya değeri üzerindeki etkisi.

Bu koşullar, telif hakkı ihlaline dayanan davalarda, kullanımın hakkı ihlal eder nitelikte olup olmadığı araştırılırken mahkemeler tarafından dikkate alınır. Adil kullanım koşullarının var olması halinde üçüncü kişilerin eser sahibinin izni olmaksızın, eseri kullanabilmelerini mümkün olur²⁷⁰. Bununla birlikte adil kullanım doktrininin amaçları hükümde sayılanlarla sınırlı değildir ve mahkemeler diğer faktörleri göz önüne almakta serbesttir²⁷¹.

Yeni teknolojilerin geliştirilmesi ile yeni yollarla çoğaltma ve yaymanın mümkün olması sonucu bu yeni yöntemler için geleneksel telif hukukunu desteklemek ve WIPO Telif Hakları Anlaşması'na uyum sağlamak amacıyla *Digital Millennium Copyright Act* kabul edilmiştir²⁷². 5 başlıktan oluşan yasanın “1998 tarihli WIPO Telif Hakkı ve İcraları ve Fonogram Anlaşmaları Uygulama Yasası” adlı ilk başlık WIPO anlaşmalarını uygularken, “Çevrimiçi Telif Hakkı İhlali Sorumluluğu Sınırlaması Yasası” olarak adlandırılan ikinci başlık belirli türde faaliyetlerde bulunurken telif hakkı ihlali için çevrimiçi hizmet sağlayıcıların sorumluluğuna sınırlamalar getirmektedir.

3. Türk Hukukunda Fotoğraf Eseri Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmalar

a. Süre Yönünden Sınırlandırma

Fikir ve Sanat Eserleri, topluma sağladıkları katkılar nedeniyle üzerlerinde önemli ölçüde kamu yararı barındırır. Toplumun bu eserler üzerindeki menfaati ile eser

²⁷⁰Sezgin Huysal, 146.

²⁷¹Yen/ Liu, 332.

²⁷²Tao, 622 vd.

sahibinin emeğinin karşılığının dengelenmesi ihtiyacı fikir ve sanat eserleri üzerindeki korumanın belli bir süre sonra sona ermesini gerektirmiştir²⁷³.

Dolayısıyla fikri haklar, mutlak hak olarak nitelendirilmelerine rağmen, diğer mutlak haklardan farklı olarak süreyle sınırlandırılmıştır²⁷⁴. Mali hakların zamanla sınırlı olduğuna hükmedilen FSEK m.26'nın ardından 27. maddede korumanın süresi, eser sahibinin hayatı boyunca ve ölümünden itibaren 70 yıl olarak belirlenmiştir. Ölümünden sonraki 70 yıl, eser sahibinin hatırasının devam ettiği kabul edilir²⁷⁵.

Eser sahibinin birden fazla olduğu hallerde koruma süresi, hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden sonra 70 yıl sürer (FSEK m. 27/1 c.2). Bu hüküm iştirak halinde eser sahipliğinde, yani eserin ayrılmaz bir bütün teşkil ettiği hallerde, uygulama alanı bulur²⁷⁶, müşterek eser sahipliğinde ise koruma süresi her bir kısmın eser sahibi için ayrıdır²⁷⁷.

Normalde eserin alenileşmesiyle başlayan koruma süresi, eser, sahibi hayattayken alenileşmemişse, sahibinin ölümünden 70 yıl geçmesiyle dolar (FSEK m. 27/2)²⁷⁸. Anonim veya tanınmış bir müstear ad kullanılmayan eserler için koruma süresi aleniyet tarihinden başlar (FSEK m. 27/3).

Manevi haklar için koruma süresi anlamına gelip gelmediği konusunda görüş birliği olmasa da²⁷⁹, FSEK m.19/2'de eser sahibinin ölümünün ardından manevi haklarının ne kadar süreyle kullanılabileceğine ilişkin bir düzenleme yer alır. Söz

²⁷³Ateş, “Haklar”, 243.; Öztan,406.

²⁷⁴Ateş, “Haklar”, 241.

²⁷⁵Öztan, 410.

²⁷⁶Öztan, 410.

²⁷⁷Öztan, 410.;Erel, 112.; Bozbel, 222.

²⁷⁸Öztan, 411.;Erel, 111.; Bozbel, 221.

²⁷⁹ Örneğin *Tosun* FSEK 19/2'nin manevi hakların süreyle sınırlı olduğu anlamına gelmeyeceğini aynı maddenin beşinci fıkrasının bu görüşü desteklediğini ifade etmektedir. *Tosun*, 88.*Tekinalp* de FSEK m.26 ve 27'deki ifadeler dolayısıyla koruma sürelerinin manevi haklara uygulanmayacağı görüşündedir. *Tekinalp*, 176., Aksi yönde bkz. Ateş, “Haklar”, 260.; Bozbel, 226.

konusu hükme göre FSEK 19/1’de sayılan kimseler, eser sahibine 14, 15 ve 16 ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları, eser sahibinin ölümünden başlayarak yetmiş yıl kendi namlarına kullanabilir. Memleket kültürü bakımından önemli bulunan eserler üzerindeki manevi haklar, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından süresiz olarak kullanılabilir (FSEK m.19/5).

FSEK 19/1’de sayılanlardan hayatta kalan son kişinin ölümü halinde manevi hakların diğer mirasçılara intikal etmesi mümkün değildir²⁸⁰. FSEK m.19/1’de sayılan kişilerin (ya da eser sahibinin) manevi hakları kullanmaması durumunda ise mali hakları devralan kişiler de meşru menfaatlerini ispatlamak şartıyla bu hakları kullanabilirler (FSEK m. 19/3).

b. Esasa İlişkin Sınırlandırmalar

aa. Kamu Düzeni Düşüncesi ile Sınırlandırma

Eser sahibine tanınan haklar, eserin ispatı maksadıyla mahkeme ve diğer resmi makamlar huzurunda ve alelittlak zabıta ve ceza işlerinde bir muameleye konu teşkil etmek üzere kullanılmasına mâni değildir.” şeklindeki FSEK m. 30/1’de fikri haklara kamu düzeni gerekçesiyle getirilen bir sınırlama yer alır. Bu düzenleme ile çeşitli makamların, öngörülen hallerde izne gerek olmaksızın eser sahibine ait hakları kullanması mümkün kılınmıştır.

Hükümde, eserin kullanılma maksadı “eserin ispatı” olarak ifade edilmiş olsa da, eserle ilgili diğer olayların ispatı amacıyla da mahkemeler veya diğer resmi makamlar huzurunda kullanılabileceği kabul edilmektedir²⁸¹. Bahsi geçen resmi makamlar, idareye düşen görevleri gerçekleştiren mercileri ifade etmekte olup, alelittlak zabıtanın da kolluk güçleri olarak anlaşılması gerekir²⁸².

²⁸⁰Erel, 113.; Ateş, “Haklar”, 260.

²⁸¹Erel, 238.; Öztan, 424.

²⁸²Öztan, 424.; Bozbel, 171.

Aynı fıkranın ikinci cümlesinde ise özellikle şahısların fotoğraflarına ilişkin olarak ve suça karışan kişilerin tespiti amacıyla öngörölmüş²⁸³ bir hüküm yer almaktadır. Hükme göre fotoğraflar, genel güvenlik gerekçesiyle veya adli amaçlar için resmi makamlar veya bunların emriyle başkaları tarafından her şekilde çoğaltılıp yayılabilir. Burada bahsi geçen “yayılabilme” eserin çeşitli şekillerde kamuya sunulması gibi “yayma” dan daha geniş bir kullanımı kapsadığı ifade edilmektedir²⁸⁴.

Bu madde kapsamında çoğaltılıp yayılabilecek fotoğrafların, eser olması gerekir. Kişinin görüntüsünü içeren, ancak eser niteliğinde olmayan fotoğrafların değerlendirilmesi bu maddeye göre değil kişilik haklarının sınırlandırılması hükümlerine göre olur²⁸⁵. Bununla birlikte, düzenlemenin amacı dikkate alınarak, bu amaca hizmet edecek resim, portre, heykel gibi eserlerin de hüküm kapsamında düşünölebilmesi mümkündür²⁸⁶.

Maddenin 2. fıkrasında yer alan hüküm ise eser sahibinin haklarının başkaları tarafından izne gerek olmaksızın kullanılmasını değil, bu hakların kamu hukuku hükümleri ile eser sahibi tarafından kullanılmasının engellenebileceğine ilişkindir.

bb. Kamu Yararı Düşüncesi ile Sınırlandırma

FSEK’in 31’den 38’e kadar olan maddelerinde eser sahibinin eseri üzerindeki hakları “genel menfaat mülahazasıyla” sınırlandıran ve başkalarının kullanımına izin veren hükümlere yer verilmektedir. Bunlardan 31 ve 32. maddelerde yer alan ve fotoğraflar açısından önem arz etmeyen, mevzuat ve içtihatlar ile nutuklara ilişkin serbestiler hariç olmak üzere; eğitim öğretim amacıyla temsil (FSEK m.33) ve bu amaçla seçme ve toplama eser vücuda getirme serbestileri (FSEK m.34),

²⁸³Erel, 239.;Öztan, 427.

²⁸⁴Öztan, 427.; Erel, 239.

²⁸⁵Ateş, “Haklar”, 353.; Erel, 239.

²⁸⁶Erel, 239.;Ateş, “Haklar”, 353.

iktibas serbestisi (FSEK m.35), gazete yayınları (FSEK m.36) ve haber (FSEK m.37) başlıklarına değinilecektir.

i. Temsil Serbestisi

FSEK m. 33 ile yayımlanmış eserlerin eğitim ve öğretim kurumlarında, yüz yüze eğitim ve öğretim amacıyla ve kâr amacı gütmeksizin temsilleri serbest kılınmıştır. Hükümde yer alan “yayımlanmış bir eser” ifadesinin, öğretide, güzel sanat eserleri ve sinema eserlerini de içerecek şekilde “alenileşmiş eser” olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁸⁷.

Bu madde ile öngörülen temsil serbestisi, eğitim ve öğretim kurumlarında gerçekleştirilen temsiller içindir. Eğitim ve öğretim kurumunun kamuya ya da özel sektöre ait olması bir fark yaratmaz²⁸⁸ ancak eğitim ve öğretim yüz yüze olmalıdır. Yani eğitim ve öğretim sırasında öğrenciler ile öğretmen aynı mekanda bulunmalıdır²⁸⁹. Dolayısıyla yüz yüze eğitim veren halk eğitimi ocakları, küçük sanat ve eliş kursları²⁹⁰ ya da sınav ya da mesleğe hazırlık kursları²⁹¹ bu hüküm kapsamında kabul edilebilirken internet üzerinden gerçekleştirilen eğitimde bu serbestiden yararlanılamayacaktır²⁹². Örneğin fotoğraflar bakımından bu maddeye göre temsil “*güzel sanatlar eğitimi veren okulun resim ve sanat galerisinde sergilenmesi, derslerde projeksiyonla gösterilmesi*” gibi şekillerde gerçekleştirilebilir²⁹³.

Temsil serbestisi için kanunun aradığı bir diğer şart temsilin doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmüyor olmasıdır. Eğitim öğretimin ücretli olması doğrudan veya dolaylı kâr amacı şeklinde yorumlanmamalı, eğitim-öğretimin değil temsilin

²⁸⁷Erel, 247; Ateş, “Haklar”, 285.; Erel, 247. Aksi yönde bkz. Kılıçoğlu, 325.

²⁸⁸Hayri Bozgeyik, "Telif Hukukunda Eğitim İstisnası," *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 2015, no. 2 (2015): 27.

²⁸⁹Ateş, “Haklar”, 285.

²⁹⁰Ateş, “Haklar”, 286.

²⁹¹Ateş, “Haklar”, 286.

²⁹²Ateş, “Haklar”, 285.

²⁹³Parlak Börü, 243.

ücretli olup olmadığına dikkat edilmelidir²⁹⁴. Hatta temsil ücretli olsa dahi bu ücret ancak yapılan masrafları karşılayacak düzeyde ise bu koşulun sağlandığı kabul edilebilir²⁹⁵.

ii. Eğitim ve Öğretim İçin Seçme ve Toplama Eserler

FSEK m.34/1’de yer alan düzenlemeye göre, *“yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde iktibaslar yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi serbesttir.”*

FSEK m.34/1’e göre seçme ve toplama eser meydana getirmek üzere iktibas ancak eğitim ve öğretim amacıyla yapılabilir. Eğitim ve öğretim amacı, işleme eserin yalnızca okullarda okutulmak üzere vücuda getirilmesi gerektiği anlamına gelmez; *“her türlü örgün ve yaygın eğitim ve öğretim”* amacına yönelik olarak bu madde kapsamında seçme ve toplama eser meydana getirilebilir²⁹⁶. Amaç eğitim öğretim olduğundan, yapılacak iktibasın nispetinin de bu amacı gerçekleştirmeye yetecek düzeyi aşmaması gerekir²⁹⁷.

Hükümde, meydana getirilecek seçme ve toplama eserlerin hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim amacına özgülendiğinin anlaşılması gerektiği belirtilmiş, ancak eserlerin hal ve vaziyetinden eğitim öğretim amacına özgülendiğinin nasıl anlaşılacağına ilişkin bir kriter getirilmemiştir. Bu hususta, eserin yalnızca Milli Eğitim Bakanlığı tarafından “tavsiye edilen” bir eser olmasının mutlaka eğitim öğretim amacına tahsis edildiğini göstermediği ifade edilmektedir²⁹⁸.

²⁹⁴Ateş, “Haklar”, 287.

²⁹⁵Bozgeyik, “Eğitim İstisnası,” 28.; Öztan, 439.

²⁹⁶Ateş, “Haklar”, 294.

²⁹⁷Ayiter, 166-67; Erel, 260.

²⁹⁸Bozgeyik, “Eğitim İstisnası,” 32.

Fotoğraf eserlerinin de dahil olduğu, FSEK m.2/ b.3 ve m. 4/ b.1, 5'te gösterilen eser türleri için ayrıca seçme ve toplama eserin içeriğini aydınlatmak üzere iktibas edilme şartı aranmaktadır²⁹⁹. Örneğin *“botanikle ilgili olarak yazılan kitaba, bir başkası tarafından çekilen çiçek resminin”*³⁰⁰ kullanılması ya da *“bir şehri tanıtan böyle bir derleme eserde, bir fotoğraf sanatçısının o şehri anlatan bir fotoğrafına”*³⁰¹ yer verilmesi gibi hallerde bu koşulun gerçekleştiğinden bahsedilebilir.

İktibasın hak sahibinin meşru çıkarlarına zarar vermeyecek veya eserden normal yararlanma ile çelişmeyecek şekilde kullanılması esastır (FSEK m.34/1, c.3). Esere olan ihtiyacı ortadan kaldıran derlemeler bu serbestiden yararlanamaz³⁰².

iii. İktibas Serbestisi

*“Bir eserin parçalarının başka bir eser içinde kullanılması”*³⁰³ şeklinde tanımlanabilecek iktibasın sınırları FSEK'in 35. maddesinde belirlenmiştir. Maddenin ilk iki bendinde sırasıyla alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının bağımsız bir ilim ve edebiyat eserinde kullanılması ile yayımlanmış bir bestenin en fazla tema, motif, pasaj ve fikir türünden parçalarının bağımsız bir müzik eserinde kullanılması serbestisi yer alır. Güzel sanat eserlerine ilişkin sonraki bentlerde ise *“Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderacatını aydınlatmak maksadiyle bir ilim eserine konulması”* ve *“Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi”* şartıyla iktibas yapılabileceği kabul edilmiştir.

²⁹⁹ Öngörülen bu ayrımın sebebi olarak Ateş, eğitim öğretim amacı kullanılarak başka bir amacın gerçekleştirilmesine engel olma gayesini göstermektedir. Ateş, “Haklar”, 292.Erel ise bu durumun söz konusu eserlerin tek başına eğitim öğretim amacına hizmet etmeye uygun olmamalarından kaynaklandığını savunmaktadır. Erel, 261.

³⁰⁰Öztan, 446.

³⁰¹Bozgeyik, “Eğitim İstisnası,” 29.

³⁰²Kılıçoğlu, 329.;Bozgeyik, “Eğitim İstisnası,” 33.

³⁰³Erel, 248.; Ayiter, 132.

FSEK m. 35 anlamında iktibastan söz edilebilmesi için kendisine iktibas yapılan fikri ürünün bağımsız bir eser niteliği taşıması gereği³⁰⁴ genel kural olmakla birlikte FSEK, ayrıca, güzel sanat eserlerinden yapılacak iktibaslar için özel bir şart belirlemiştir. Buna göre güzel sanat eserlerinin ancak ilim eserlerine konulmasına veya ilmi konferans veya derslerde gösterilmesine izin verilmektedir. Dolayısıyla “fotoğraf veya resimlerin başka bir fotoğraf veya resim albümüne iktibası”³⁰⁵ ya da “bir rölyefin bir mimari esere iktibas edilerek kullanılması” gibi güzel sanat eserlerinden başka güzel sanat eserlerine iktibas bu madde kapsamında kabul edilmeyecektir³⁰⁶.

Güzel sanat eserlerinden iktibas ilim ve edebiyat eserlerinden iktibastan farklı olarak eserin bir kısmı ile sınırlı değildir³⁰⁷ ancak, bu eserlerden iktibas yalnızca eserin içeriğini aydınlatmak amacı ile yapılabilir (FSEK m. 35/1, b. 3, 4). Buna göre amacı ilmi eserin içeriğini aydınlatmak olmayan, yalnızca eseri süslemek için kullanılan iktibaslar hukuka uygun kabul edilemez³⁰⁸.

İlim eserlerine yapılan iktibaslarda eserin ve eser sahibinin adı dışında bu kısmın alındığı yerin de belirtilmesi gerekmektedir (FSEK 35/son). Bu kapsamda örneğin “*bir ressamın tüm eserlerini ihtiva eden bir katalog veya koleksiyonun varsa adı ve sayfa numaralarının da gösterilmesi gerekecektir.*”³⁰⁹

iv. Gazete Münderecatı

Fikir ve sanat eserlerinden yararlanmaya ilişkin bir başka serbesti, FSEK m. 36’da kamunun haber alma hakkı kapsamında getirilmiştir. Kenar başlığı “Gazete

³⁰⁴Erel, 254. “Müstakil eser” ifadesinin 35/1’in 3. Bendinde yer almamasının sonucu değiştirmeyeceği hakkında bkz. Öztan, 450 vd.

³⁰⁵Ateş, “Haklar”, 315.; Belgesay, 106.

³⁰⁶Ateş, “Haklar”, 315.; Erel, 258.; Ayiter, 165.

³⁰⁷Erel, 257.

³⁰⁸Erel, 257.; Arslanlı, 138.

³⁰⁹Ateş, “Haklar”, 317.

münderecatı” olan maddede düzenlenen aslında “basın münderecatı” dır³¹⁰ ve yalnızca gazete değil radyo, televizyon gibi diğer basın araçlarını da kapsar³¹¹. “Münderecat” kavramı kısaca “basın yoluyla yapılan tüm açıklamalar” şeklinde tanımlanabilir³¹². Fotoğraf ve resimler de olay veya düşüncelerin açıklanmasında kullanılan araçlar olarak bu kavram içinde yer alır³¹³.

Maddenin 1. fıkrası basın ya da radyo tarafından umuma yayılan günlük havadisler ve haberlerin serbestçe iktibas olunabileceğine hükmetmektedir³¹⁴. Esasında haberin içeriği eser olarak korunmadığından zaten herkes serbestçe aktarabilir³¹⁵. Bununla birlikte haber aktarımlarında kullanılan yazı ve resimler, sahibinin hususiyetini yansıtan eserler vasfında da olabilir. Olay açıklaması niteliğinde fotoğraf ve resimlerden, bunlar güzel sanat eseri olsalar dahi, bu madde çerçevesinde serbest yararlanmanın mümkün olduğu ifade edilmektedir³¹⁶. 36. maddenin 2. Fıkrası ise günlük havadis ve haber verme niteliğinde olmayan, toplumsal, siyasi veya ekonomik güncel meselelere ilişkin basın münderecatından faydalanma serbestisini düzenlemektedir. Güncel olmayan konulara ilişkin eser niteliğindeki yazı ve resimlerden bu hükme göre yararlanmak mümkün değildir, bunlar için genel iktibas kuralları geçerlidir³¹⁷.

FSEK m.36/2 uyarınca, sözü edilen nitelikteki makale ve fıkraların, diğer gazete, dergiler veya radyolar tarafından yayılması iktibas hakkı sarahaten mahfuz

³¹⁰ “Madde 36’da, bir basın organında yer alan basın münderecatının bir başka basın organınca iktibas edilmesi hali düzenlenmiştir.” Ateş, “Haklar”, 322.

³¹¹ Ateş, “Haklar”, 322.

³¹² Ateş, “Haklar”, 323.

³¹³ Ateş, “Haklar”, 323.

³¹⁴ Madde metninde “Basın Kanununun 15 inci maddesi hükmü mahfuz kalmak üzere” ifadesi yer alsa da bahsi geçen 5680 sayılı Basın Kanunu 06/06/2004 tarih ve 25504 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5187 sayılı Basın Kanunu ile yürürlükten kalkmıştır. 5680 sayılı Basın Kanunu’nun 15. Maddesinde yer alan bu hüküm 5187 sayılı Basın Kanunu’nda yer almamaktadır.

³¹⁵ Ayiter, 161.; Öztan, 468.

³¹⁶ “Havadis ve haberler “yazılı basın” olarak adlandırılan basın araçlarında yazı ve resimlerle açıklanmaktadır. Bu nedenle, yazılı basın kapsamında sunulan ve olay açıklaması niteliğindeki fotoğraf ve resim FSEK anlamında güzel sanat eseri de olabilir. Resim veya fotoğrafın güzel sanat eseri niteliğinde olmasının, onlardan FSEK m. 36/1 kapsamında serbest yararlanmaya engel oluşturmayacağı kanaatindeyiz.” Ateş, “Haklar”, 325.

³¹⁷ Erel, 263.; Ayiter, 163.

tutulmamış olmak kaydıyla serbesttir. İktibas hakkı mahfuz tutulanlar ancak basın özetleri şeklinde kısaltılarak yayılabilir. Bu serbestinin kapsamı gazete ve dergilerde çıkan makale ve fıkralarla sınırlı tutulmuştur. Radyo ve televizyonlardaki yayınlardan bu hüküm uyarınca iktibas yapılamaz³¹⁸.

Maddenin son fıkrası iktibasta kaynak gösterme kuralını yinelemektedir. FSEK m.36/3'e göre kaynağın adı, tarih ve sayısına ek olarak makale sahiplerinin adı, müstear adı veya alametini belirtmek zorunludur.

v. Haber

Basın münderecatında yer almayan fikir ve sanat eserlerinden, basının haber ve bilgi verme amacıyla iktibas serbestisi FSEK m.37'de "haber" başlığı altında düzenlenmiştir³¹⁹. Hükme göre "*Haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselerle ilgili olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalarla alınması mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbesttir.*" Görüldüğü üzere bu madde ile öngörülen serbestide eser türleri açısından bir ayrıma gidilmemiştir.

Haber verme amacıyla iktibas için haber ile eser veya eser sahibi arasında bir ilişki bulunması³²⁰ ve bu ilişkinin güncel olması³²¹ gerekir. Eser veya eser sahibi ile hiçbir ilgisi bulunmayan bir olay ile ilgili ya da aktüalitesini kaybetmiş bir haber kapsamında FSEK m.37'den yararlanılması mümkün değildir. Bir resim sergisinin ya da vizyona yeni girecek bir filmin haberinin verilmesi sırasında

³¹⁸Ateş, "Haklar", 329.; Arslanlı, 132.; Erel, 264.

³¹⁹Ateş, "Haklar", 332.

³²⁰Erel, 266.; Arslanlı, 135. Ateş de haberin eser veya eser sahibiyle bir ilgisi olması gerektiği görüşünde olmakla birlikte haberin konusu ile eser veya eser sahibi arasında dolaylı bir bağlantının yeterli olduğunu savunmaktadır. Yazara göre örn. "*depremle ilgili olarak Kandilli Rasathanesi Müdürü Prof Ahmet Mete Işıkara ile yapılan mülakatta, Orhan Gencebay'a ait "deprem" şarkısının fon müziği olarak kullanılması*" gibi hallerde hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Ateş, "Haklar", 335.

³²¹Erel, 266.; Öztan, 473.

resim sergisinden fotoğrafların veya sinema filminin bazı sahnelerinin televizyonda gösterilmesi gibi haller bu maddede yer alan iktibasa örnek verilebilir³²².

Madde metni, fikir ve sanat eserlerinden alınacak parçaların önce bir işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtaya alınıp ardından çoğaltılması, yayılması, temsili, yayınının gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde anlaşılacak biçimde kaleme alınmıştır. Buna karşın doktrinde ifade edildiği üzere böyle bir şart kanunun amacına uygun olmayan bir sınırlama getirecektir. Dolayısıyla doğrudan doğruya veya canlı şekilde yapılan yayınların da bu hüküm kapsamında olduğu kabul edilmelidir³²³.

Haber verme amacıyla iktibas eserin bazı parçalarıyla sınırlanmıştır. Bununla birlikte fotoğraflar gibi kimi eserlerin parçalara bölünerek iktibas anlamsızdır. Bu nedenle haberi yapılan bir fotoğraf sergisinde bağımsız birer eser olan fotoğraflardan bazılarının tespit edilerek gazete veya televizyon ile topluma sunulmasında bir sakınca yoktur³²⁴. Öte yandan bir resim/fotoğraf sanatçısına ait resim/fotoğrafların tümünün filme alınarak televizyon veya diğer işaret ve görüntü nakline yarayan vasıtalarla umuma iletimi ya da yazılı basın yoluyla yayımlanması hukuka aykırıdır. Böyle bir iktibas haber verme amacını aşan, FSEK m.37'nin son cümlesinde belirtilen hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar vermeme şartını ihlal eden bir kullanım oluşturur³²⁵.

FSEK m.37'de açıkça yer verilmesine de genel kural olan kaynak gösterme, haber verme amacıyla iktibas için de geçerlidir. Bu nedenle bu hüküm kapsamında yapılacak iktibaslarda da eser ve eser sahibinin adının belirtilmesine dikkat edilmesi gerekir³²⁶.

³²²Ateş, "Haklar", 333.

³²³Erel, 266.; Arslanlı, 134-35.; Ayiter, 160.

³²⁴Erel, 265. Aynı yönde Ateş, "Haklar", 336.

³²⁵Ateş, "Haklar", 336.

³²⁶Ateş, "Haklar", 337.; Erel, 266.; Öztan, 474.

cc. Özel Yarar Düşüncesi ile Sınırlandırma

i. Şahsen Kullanma

FSEK'in 38. maddesinde, eser sahibinin eseri üzerindeki haklarına bireysel çıkarlar için getirilmiş bir sınırlama olan kişisel kullanım istisnası yer almaktadır. Bu madde ile sınırlama getirilen, eser sahibinin mali haklarından çoğaltma hakkıdır³²⁷. FSEK 38'in ilk fıkrasına göre *“Bütün fikir ve sanat eserlerinin, kâr 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.”*

Aralarında bir ayırım yapılmaksızın bütün eser türlerine ilişkin öngörülen bu serbestiden yararlanabilmek için söz konusu eserin alenileşmiş veya yayımlanmış olması gerekir³²⁸.

Kanunda açıklanmayan “şahsen kullanma” deyiimi ile “bizzat kullanma” anlaşılmamalıdır. Bu şekilde bir yorum, getirilen düzenleme ile karşılanması amaçlanan ihtiyaçlar için yeterli olmaz³²⁹. Bununla birlikte eser sahibinin haklarına bir istisna teşkil etmesi, bu hükmün dar yorumlanmasını gerektirir³³⁰. Şahsen kullanmanın kapsamına ilişkin, doktrinde “aile ve iş çevresi gibi yakın ve

³²⁷ 4630 sayılı kanunla bu hükmün kapsamından çıkarılan yayma hakkına ilişkin bir sınırlama FSEK m.23/2' de yer almaktadır. Bkz. Yuk. İkinci Bölüm II.B.3. FSEK m. 38'in 2. fıkrasında yer alan ve kişisel kullanma amacıyla işleme hakkının sınırlandırılmasına izin veren hüküm 4630 sayılı kanunla kaldırılmıştır. Buna karşın, yayımlama ve kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanma amacıyla işlemenin hala mümkün olduğu, bu durumun denetlenmesi mümkün olmayan bir yasak getirdiği düşünülmektedir. Erel, Eser sahibinin temsil ve umuma iletim haklarının özel yarar gerekçesiyle sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte temsil hakkını düzenleyen FSEK m. 24 ile umuma iletime ilişkin m.25'te yer alan “umumi mahal” ve “umuma iletim” kavramlarının karşı anlamından hareketle, umumi sayılmayan mahallerde temsil ve umuma iletim niteliğinde olmayan eylemlerin eser sahibinin bu haklarını ihlal etmediği, dolayısıyla bu durumun bir eksiklik olmadığı savunulmuştur. Ateş, “Haklar”, 427.

³²⁸Erel, 268. Aksi yönde bkz. Öztan, 479.; Bozbel, 202.

³²⁹Arsılanlı, 145-46.; Öztan da bu derece bir dar yorumun uygunluğunun şüpheli olduğuna değinmekte ve “şahsen kullanma” yerine “özel alanda kullanma” ifadesinin daha isabetli olduğunu savunmaktadır. Öztan, 477.

³³⁰Ayiter, 170.

şahsi bir muhit içinde kullanılma”³³¹, “akrabalar ve dostlardan oluşan dar çevreler”³³² gibi tanımlar yapılmıştır³³³.

Çoğaltmanın şahsen kullanma kapsamında gerçekleştirildiğinden bahsedebilmek için öncelikle kâr amacı güdülmemiş olması gerekir³³⁴. Bir giderden tasarruf edilmesi halleri de ekonomik çıkar olarak yorumlanır³³⁵. FSEK m. 38, ayrıca, çoğaltmanın, eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemesini ve eserden olağan yararlanmaya aykırı olmamasını şart koşturmaktadır. Örneğin gereğinden fazla nüsha çoğaltılması kâr amacının bulunup bulunmadığının tespitinde dikkate alınabilmesinin³³⁶ yanında, ekonomik bir çıkar olmasa bile eser sahibinin piyasasını etkileyerek meşru menfaatlerine zarar verebilir. Yine ihtiyaçtan fazla çoğaltmanın, eser sahibinin menfaatlerine zarar vermediği durumda dahi normal yararlanma olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir³³⁷. Dolayısıyla eserin, ihtiyacı gidermek için gerekli olan nüsha adedinde çoğaltılması önem taşır³³⁸.

Bir kişinin ödünç aldığı şiir kitabındaki şiirleri deftere yazması³³⁹, bir öğrencinin tezi ile ilgili bir makaleyi fotokopi ile çoğaltması ya da bir kimsenin icra edilen şarkıyı sonrasında dinlemek üzere bir araca kaydetmesi³⁴⁰ gibi haller şahsen kullanmaya örnek gösterilebilir. Yine bu istisna kapsamında, internette yer alan esere ekranda bakma ve kendisi için yükleme yapma serbesttir³⁴¹. Kanunda, kişisel kullanım istisnasından faydalanmak için eserin yasal yollarla edinilmesi

³³¹Erel, 268.

³³²Tekinalp, 208.

³³³ Şahsen kullanmanın kapsamına ilişkin doktrindeki görüşler için bkz. Ateş, “Haklar”, 363 vd.

³³⁴ Bu hususta kimi yazarlar, eserin şahsen kullanılmak üzere çoğaltılması halinde zaten kar amacının söz konusu olamayacağını savunmaktadır. Arslanlı, 146; Erel, 269. Aksi görüşe göre ise bu istisna, kötüye kullanımlara yol açabilecek olması nedeniyle yasa koyucu tarafından daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Kılıçoğlu, 341.

³³⁵Tekinalp, 208; Öztan, 482.

³³⁶Erel, 269.

³³⁷Bozbel, 203.

³³⁸Erel, 268; Ateş, “Haklar”, 369.

³³⁹Tekinalp, 206.

³⁴⁰Ateş, “Haklar”, 363-64.

³⁴¹Tekinalp, 207.

şart koşulmadığından³⁴² bir üçüncü şahıs tarafından internette umuma erişilebilir kılınmış bir eserin şahsi kullanım amacıyla kişisel bilgisayarın sabit diskine indirilmesi de mümkündür³⁴³.

Öngörülen şartlar çerçevesinde, mimari eserler dışında kalan güzel sanat eserleri, şahsen kullanıma mahsus olarak çoğaltılabilir. Buna göre örneğin bir fotoğraf eseri, fotokopi makinesi gibi araçlarla çoğaltılıp bir ev veya ofisin duvarına asılabilir³⁴⁴. Fotoğraf, fotokopi gibi araçlar kullanılmayan ya da plan, projelerden faydalanılmadan eserin bir benzerinin yapılması halleri, taklit veya kopya, dolayısıyla çoğaltma kabul edilmeyip bu madde kapsamında değerlendirilmemektedir³⁴⁵.

ii. Kopya ve Teşhir

FSEK m.40 ile umumi yollar, caddeler ve meydanlara temelli olarak konulan güzel sanat eserlerinden faydalanmaya ilişkin bir serbesti kabul edilmiştir. Hükme göre bu eserleri “*resim, grafik, fotoğraf ve saire ile çoğaltma, yayma, umumi mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlama*” serbesttir.

Serbestiden faydalanabilmek için öncelikle söz konusu eserin umumi yer olarak tabir edilen umumi yol, cadde ve meydan gibi mekanlara konulmuş olması gerekir. Bu yerin kamu malı olması ya da daima açık olması zorunlu değildir ancak herkes buradan serbestçe gelip geçebilmelidir. Sergi salonları, sanat galerileri, cami ve kilise gibi kapalı yerlerde bulunan eserlerden bu madde kapsamında yararlanılamaz.³⁴⁶

³⁴² Aksi yönde bkz. Öztan, 480.

³⁴³Bozbel, 200.

³⁴⁴Ateş, “Haklar”, 402.

³⁴⁵Erel, 270-71.

³⁴⁶Ateş, “Haklar”, 402; Arslanlı, 150.; Erel, 271.

İkinci olarak eser umumi yere kalıcı olarak kalmak üzere konulmuş olmalıdır. Temelli kalmak ile kastedilen sürekliliktir. Örneğin anıtlar ve meydanlarda dikilen heykellerin bu nitelikte olduğu kabul edilebilir³⁴⁷. Buna karşın cadde ve sokaklara yalnızca kısıtlı bir süre sergilenmek üzere yerleştirilen resim, heykel ve sanat eserleri bayram ve özel günlerde yüksek yapılara asılan resim ve fotoğraflar FSEK m.40/1 kapsamında çoğaltılamaz³⁴⁸. Bu ölçüt sebebiyle hükmün fotoğraflara uygulanmasının pratikte kısıtlı olduğu söylenmektedir³⁴⁹.

Doktrinde çoğunluk görüşün savunduğu bir diğer şart bu hüküm kapsamında eserlerin yalnızca yüzey halinde çoğaltılabilmesidir. Bu görüşe göre örneğin bir heykelin fotoğrafı çekilebilir veya resmedilebilirken aynı heykelin daha küçük veya büyük boyutta yapılması mümkün değildir³⁵⁰.

FSEK'in 40. maddesinin 2. Fıkrası ile güzel sanat eserlerinin malikleri yararına bir teşhir yetkisi tanınmıştır. Ancak malikler bu yetkiyi ancak eserin üzerine sahibi tarafından teşhirine razı olmadığına ilişkin açık bir beyan yazılmamışsa kullanabilir.

FSEK 40/3 hükmü uyarınca açık artırma ile satılacak eserlerin umuma teşhir olunması mümkündür. Umumi yerlerde teşhir edilen veya açık artırmaya konulan bir eserin sergi veya artırmayı düzenleyen kişilerce, bu amaçlarla katalog, kılavuz veya bunlara benzer matbualar aracılığıyla çoğaltılması ve yayılması mümkündür. Doktrinde bir görüş bu tür çoğaltmaların daha çok fotoğrafik eserler için geçerli olacağını, zira heykel, mimari yapılar gibi eserlerin fotoğraf ve resimlerinin eserin çoğaltması değil işlenmesi olacağını kabul etmektedir³⁵¹. Ancak bu konuda haklı

³⁴⁷Arslanlı, 150; Ateş, “Haklar”, 402.

³⁴⁸Ateş, “Haklar”, 402-03.

³⁴⁹Parlak Börü, 256.

³⁵⁰Erel, 271.; Ateş, “Haklar”, 403. Aksi yönde bkz. Ayiter, 173.; Belgesay, 119.

³⁵¹Ateş, “Haklar”. Ayiter de bir anıt ya da mimari eserin fotoğrafının çekilmesini işlenme kabul etmektedir. Ayiter, 69.

olarak dikkat çekilen bir husus, bunların ancak güzel sanat eseri niteliğinde fotografik eser olmaları halinde işlemekten söz edilebileceğidir³⁵².

Eserin üzerinde yer alan ve umuma teşhirini engelleyen beyanlar eserin açık artırma ile satılmak üzere umuma teşhirine engel olmaz³⁵³. Bahsedilen hallerde aksine yerleşmiş bir gelenek bulunmuyorsa eser sahibinin adının belirtilmesinden vazgeçilebilir (FSEK 40/4). Dolayısıyla burada eser sahibinin mali haklarının yanında manevi haklarına da bir sınırlama getirilmiştir³⁵⁴.



³⁵² Yazar çekilen fotoğraflar güzel sanat eseri niteliğinde değilse işleme değil çoğaltmanın söz konusu olacağını savunmaktadır. Parlak Börü, 257.

³⁵³ Arslanlı, 151; Erel, 277.

³⁵⁴ Ayiter, 176.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SOSYAL MEDYA KAVRAMI VE SOSYAL MEDYADA FOTOĞRAF ÜZERİNDEKİ HAKLARIN İHLALİ

I. SOSYAL MEDYA KAVRAMI VE AKTÖRLERİNİN HUKUKİ STATÜSÜ

A. Sosyal Medyanın Tanımı ve Kullanıcının Geliştirdiği İçerik (UGC) Kavramı

Teknolojik gelişmeler sonucunda internet kullanıcıları, içeriğin salt alıcısı olmaktan çıkmış, duygu ve düşüncelerini, kendilerinin hatta başkalarının ürettikleri içerikleri paylaşabilme imkânı bulmuştur. Bütün bunlara olanak sağlayan “sosyal medya” hakkında herkesin kafasında az çok bir fikir olsa da hukuki bir analiz için öncelikle sosyal medya ve ilişkili kavramların açıklanması gerekir.

Sosyal medya Kaplan ve Haenlein tarafından “*Web 2.0’in ideolojik ve teknolojik temelleri üzerine kurulmuş olan ve kullanıcıların geliştirdiği içeriklerin (UGC) yaratımına ve değiş tokuşuna izin veren internet tabanlı uygulamalar grubu*” olarak tanımlanmaktadır³⁵⁵. Bu tanımda yer alan ve katılımcı web³⁵⁶ olarak da bahsedilen Web 2.0 “*bir platform olarak içerik ve uygulamaların artık tüm kullanıcılar tarafından katılımcı ve iş birliğine dayalı bir şekilde sürekli olarak değiştirildiği, internetten yeni bir faydalanma biçimini*” ifade eder³⁵⁷.

UCC (User Created Content) olarak da bahsedilen UGC (User Generated Content) yani kullanıcının geliştirdiği içerik ise “sosyal medya kullanıcıları tarafından yaratılan ve kamu ile paylaşılan çeşitli biçimlerdeki içeriği”³⁵⁸ tanımlar. Bir

³⁵⁵Andreas M. Kaplan/ Michael Haenlein, "Users of the world, unite! The challenges and opportunities of Social Media," *Business Horizons* 53, no. 1 (2010).59-68, 61.

³⁵⁶Selva Kaynak/ Serhat Koç, "Telif Hakları Hukuku'nun Yeni Macerası: Sosyal Medya," *folklor/edebiyat* 21, no. 83 (2015):389-410, 389.

³⁵⁷Kaplan/ Haenlein, 60 vd.

³⁵⁸Tan, 17.

içeriğin UGC olduğundan bahsedebilmek için halihazırda var olan bir içeriğin kopyalanıp aynen paylaşılmasından fazlası yapılmış olmalıdır³⁵⁹. Bununla birlikte bahsi geçen “yaratma”nın seviyesi oldukça düşüktür³⁶⁰, iki veya daha fazla görüntünün bir araya getirilmesi dahi bu kapsamda kabul edilebilir³⁶¹. 2007 tarihli bir OECD raporunda UGC’nin ayırt edici özellikleri “kamuya sunulmuş olması”, “yaratıcı emek içermesi” ve “mesleki rutin ve uygulamaların dışında yaratılmış olması” olarak gösterilmiştir. Bu içerikler yazılı, sesli, görsel ve bunların birlikte olduğu formlarda olabilir ve profesyonel (sanatçı) olan veya olmayan kullanıcılar tarafından yaratılmış olabilir. Raporda, her ne kadar UGC’ nin profesyonel olan veya olmayan kullanıcılar tarafından geçim kaynağı haline gelmesi ve kar beklentisi ile yaratılması oldukça yaygınlaşmış olsa da mesleki rutin ve uygulamaların dışında yaratım olma kriterinin, UGC’yi ticari veya yarı ticari kuruluşlar tarafından yaratılanlardan ayırt etme açısından önemini koruduğu belirtilmiştir.³⁶² Buna karşın ortaya çıktığı dönemde, UGC’yi geleneksel olarak ticari oluşumlar tarafından yaratılan içerikten ayırmaya yardımcı olan bu üçüncü karakteristiğin gittikçe güvenilirliğini yitirdiği; zira amatör kullanıcıların sıklıkla ticari olmayan bir başlangıç aşamasının ardından profesyonele evrildiğine haklı olarak dikkat çekilmektedir³⁶³. Burada belirtmek gerekir ki kullanıcının geliştirdiği içerik kavramı hukuki bir terim değildir. Türk Hukuku açısından kar elde etme amacının bulunup bulunmadığı somut olayın gerektirdiği ölçüde incelenecektir. Bununla birlikte bu kavram sosyal medyada gerçekleşen ihlaller ve bunlara gösterilen tepkilere ilişkin kullanıcı davranışlarını anlamlandırma bakımından önem taşımaktadır.

³⁵⁹Steven Hetcher, "User-Generated Content and the Future of Copyright: Part One - Investiture of Ownership," *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 10, no. 4 (2008): 871.

³⁶⁰Hetcher, 872.

³⁶¹Tan, 18.

³⁶²OECD, "Participative Web and User-Created Content: Web 2.0, Wikis and Social Networking," (Paris: OECD Publishing, 2007), 17 vd.

³⁶³Tan, 19.

B. Sosyal Medya Aktörleri

1. Sosyal Medya Kullanıcıları

Sosyal medya kullanıcıları, sosyal medya platformlarına üye olarak profiller oluşturan, diğer insanlarla bağlantılar kuran, kendileri veya başkaları tarafından oluşturulan içerikleri paylaşan, paylaşılan içeriklere yorum yapabilen ve genel olarak sosyal medya platformlarının sağladığı olanaklardan faydalanan kişilerdir. Kullanıcıların sosyal medyaya katılımı “kullanıcı adı”, “avatar”, “profil” olarak adlandırılabilen sanal kimlikler aracılığıyla gerçekleşir³⁶⁴. Sosyal medya içeriklerinin bizzat kullanıcılar tarafından sağlanıyor olması sebebiyle sosyal medya kullanıcıları hem ürettikleri üzerinde hak sahibi hem de başkalarının haklarının ihlalinde sorumlu konumundadır. Dünya genelinde, *WeAreSocial*’ın Dijital Raporuna göre 2022 başı itibarıyla 4.95 milyar internet kullanıcısı, 4.62 milyar sosyal medya kullanıcısı bulunmaktadır. Türkiye’de ise bu sayı internet kullanıcıları için 69.95 milyon, sosyal medya kullanıcıları için ise 68.90 milyon olarak tespit edilmiştir³⁶⁵.

2. Sosyal Medya Platformları

Bir Sosyal Medya Platformu ile neyin kastedildiği ve nelerin sosyal medya platformu olarak kabul edilmesi gerektiği açıklanmaya çalışılırken üzerinde durulan nokta genellikle bunların kullanıcılara sağladıkları imkanlar olmuştur.

³⁶⁴ Akkurt, S. S. (2017). Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezaî Sorumluluğa Medenî Hukuk Bağlamında Bir Bakış [ÖZEL HUKUK]. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(2), 329-373. Yakın tarihli bir raporda ortalama bir internet kullanıcısının 8 sosyal medya hesabı olduğu bildirilmiştir. *Flagship Report 2020*. (2020). GlobalWebIndex.

<https://www.gwi.com/hubfs/Downloads/2019%20Q2Q3%20Social%20Report.pdf>

³⁶⁵ Ancak belirtmek gerekir ki sosyal medya kullanıcı sayısı çeşitli sebeplerle sosyal medya kullanan birey sayısına denk olmayabilir. Sosyal medya kullanıcı sayısının internet kullanıcı sayısını hatta toplam popülasyonu geçmesi mümkündür. Bunun sebebi internet kullanıcı sayısına ilişkin raporlarda gecikme olabileceği gibi çift ya da insan olmayan sosyal medya hesaplarının bulunması da olabilir. Öte yandan birçok sosyal medya platformunun 13 yaş altı tarafından kullanıma izin vermiyor olması da internet kullanıcı sayısı ile sosyal medya kullanıcı sayısını karşılaştırmayı zorlaştırmaktadır. *Notes On Data Variance, Mismatches, And Curiosities*. Kepios. Erişim Tarihi 09.04.2022 from <https://datareportal.com/notes-on-data>

Örneğin *Kaplan* ve *Haenlein* sosyal medya platformlarını kullanıcı kaynaklı içeriğe imkan tanıyan uygulamalar olarak ifade etmiş³⁶⁶, *DeNardis* ve *Hackl* ise sosyal medya platformlarını tanımlarken 1. kullanıcı tarafından oluşturulan içeriğe aracılık etmesi, 2. kullanıcılar arasında interaktiflik olanağı ve içerikle doğrudan etkileşim, 3. diğer kullanıcılarla ağ bağlantılarını eklemleyebilme yeteneği olmak üzere üç teknolojik olanağı sağlamasını aramıştır.³⁶⁷ Bu ve benzeri tanımların ortak noktası olarak ise sosyal medya platformlarının amatör ve profesyonel içerik üreticiler arasındaki farkı azaltması gösterilmiştir³⁶⁸.

Yukarıda yer alan özellikleri taşımakla birlikte, sosyal medya çok çeşitli görünümde bulunabilir. Bu kapsamda *Mayfield* sosyal medyayı sosyal ağlar, bloglar, wikiler, podcastler, forumlar, içerik toplulukları, mikrobloglar olarak yediye ayırmaktadır³⁶⁹. Yine bir başka modele göre sosyal medyayı bloglar, mikrobloglar, sosyal ağ siteleri, medya paylaşım siteleri, wikiler, sosyal işaretleme siteleri, podcasting ve sanal dünyalar olarak sınıflandırmak mümkündür³⁷⁰. *Kaplan* ve *Haenlein* ise sosyal medyayı, işbirlikçi projeler, bloglar, içerik toplulukları, sosyal ağlar, sanal oyun dünyaları, sanal sosyal dünyalar olarak sınıflandırmaktadır.

Konumuz açısından fazla önem arz etmeyen sanal oyun dünyaları ile sanal sosyal dünyalar bir kenara bırakılırsa, *Kaplan* ve *Haenlein*'in sınıflandırmasında yer alan;

- “işbirlikçi projeler” birçok kullanıcı tarafından ortak ve eş zamanlı şekilde içerik üretmeye imkan sağlayan,
- “bloglar” tarih damgalı girdilerin yeniden eskiye doğru gösterildiği,
- “içerik toplulukları” temel amacı kullanıcılar arasında medya içeriklerinin paylaşılması olan,

³⁶⁶Kaplan/ Haenlein, 61.

³⁶⁷L. DeNardis/ A.M. Hackl, "Internet Governance By Social Media Platforms," *Telecommunications Policy* 39, no. 9 (2015): 762,

³⁶⁸Tan, 3.

³⁶⁹Anthony Mayfield, *What is Social Media* (2008); Mine Kaya, "Sosyal Medya Ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 0, no. 119 (2015),

³⁷⁰Kaya, “ Sosyal Medya,” 282.

- “sosyal ağlar” ise kullanıcıların kişisel bilgi profilleri oluşturarak, arkadaşlarını ve meslektaşlarını bu profillere ulaşmaya davet ederek ve birbirlerine e-posta ve anlık mesaj göndererek bağlantı kurmalarına imkan sağlayan web sitelerini ifade eder³⁷¹.

Bu kategoriler kapsamında, popüler platformlardan Wikipedia işbirlikçi projeler, Twitterblog kavramı altında bir alt başlık kabul edilebilecek mikroblog, Instagram, Pinterest, Youtube içerik topluluğu, Facebook ve LinkedIn ise sosyal ağ siteleri başlıkları altında kategorize edilebilir³⁷².

Sosyal medyanın farklı kategorilere ayrılması ve platformların bu kategoriler çerçevesinde incelenmesi kolaylık sağlar. Ancak bir sosyal medya platformu sayılan türlerden birçoğuna ait özellikler taşıması da mümkündür. Örneğin Instagram kimi yazarlar tarafından yukarıdaki şekilde içerik topluluğu başlığı altında incelenirken kimi yazarlar tarafından mikroblog olarak değerlendirilmektedir³⁷³

Türk Hukuku’nda ise yakın zamanda İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un (5651 sayılı Kanun) 2. maddesine eklenen³⁷⁴ s) bendinde bir “sosyal ağ sağlayıcı” tanımına yer verilmiştir. Sosyal ağ, yukarıda değinilen çeşitli sınıflandırmalarda sosyal medyanın bir alt kategorisi olarak ele alınmıştır. Bununla birlikte sosyal medya ve sosyal ağ, her disiplinin alanlarına uygun olacak şekilde farklı şekillerde tanımlanmaktadır³⁷⁵. Nitekim 5651 sayılı kanunda sosyal ağ sağlayıcı, kullanıcıların sosyal etkileşim amacıyla internette metin görüntü, ses gibi içerikleri oluşturmaları, görüntülemeleri ve paylaşımlarına olanak sunan

³⁷¹Kaplan/ Haenlein, 62 vd.

³⁷²Tan, 25 vd.

³⁷³Kaya, “ Sosyal Medya,” 284.

³⁷⁴Söz konusu değişikliği öngören 7253 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 29.07.2020 tarihinde kabul edilmiştir.

³⁷⁵Bülent Kent, "Alman Hukukunda Sosyal Ağların Hukukî Düzenlenmeleri ve Türkiye için Öneriler," *Araştırma Makaleleri, Bilişim Hukuku Dergisi* 2, no. 1 (2020), 4.

gerçek ya da tüzel kişiler şeklinde tanımlanmış, bu hüküm ile Instagram, Youtube, Twitter'ı da içerecek şekilde, yukarıda bir alt tür olarak değinilen sosyal ağlardan daha geniş bir kapsamı düzenlemek amaçlanmıştır³⁷⁶.

C. Sosyal Medya Aktörleri Arasındaki İlişki

1. Sosyal Medya Platformları ile Kullanıcılar Arasındaki İlişki

Sosyal medya kullanıcıları, platformlara üye olurken kendilerine sunulan kullanım koşullarını kabul etmekte kabul etmemeleri halinde ise platformun sunduğu hizmetlerden faydalanmaları mümkün olmamaktadır. Kullanıcıların bu koşulları kabul etmeleriyle platform ile aralarında platformu kullanma ve hizmetten yararlanma konusunda bir sözleşme kurulmuş olmaktadır. Çok çeşitli konulara dair hükümler barındıran bu koşullar sözleşmenin hükümlerini teşkil etmektedir³⁷⁷. Kullanım koşulları ile birçok konuya ilişkin hak ve yükümlülükler düzenlenmekte, yalnızca bir sözleşme kurulmuş gibi görünse de birçok konuyu düzenleyen bir sözleşmeler bütünü söz konusu olmaktadır³⁷⁸. Dolayısıyla kullanım koşullarında düzenlenen hususlar bakımından taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olur.

a. Platformlar ile Kullanıcılar Arasındaki Sözleşmelerin Özellikleri

Sosyal medya kullanıcılarının platformlarda sunulan hizmetlerden faydalanması bu platformlara üyelik oluşturarak gerçekleşmektedir. Üye olabilmek için kullanıcıların öncelikle platform tarafından hazırlanmış "Kullanım Koşulları",

³⁷⁶ Bu kavram ile Twitter, Facebook, Instagram gibi sosyal medya uygulamalarını işleten ve bu uygulamaların sahibi olan şirketlerin anlaşılabilirliği yönünde bkz. Çetin Arslan/ Kadir Can Özel, "Dillere Pelesenk Bir Tartışma: "Sosyal Medya Düzenlemeleri" (Dünü, Bugünü ve Yarını)," *Ankara Barosu Dergisi* 79, no. 3 (2021): 259-60. Sosyal ağ sağlayıcı ifadesinin, Facebook, Twitter, Instagram gibi sosyal medya platformlarını kapsadığı izlenimi vermekle birlikte kanundaki tanımın daha geniş bir kapsamı içerecek şekilde yapıldığı eleştirisi için bkz. Murat Volkan Dülger/ Onur Özkan, "Sosyal Medya Yasası Meclis'ten Geçti: Peki, Şimdi?," (2021), 2.

³⁷⁷Kaya, 157.

³⁷⁸Kaya, 157.

“Hizmet Şartları” gibi isimlerle anılan kuralları kabul etmeleri beklenir. Bu koşullarda gizlilik, güvenlik, veri kullanımı, reklam, diğer ticari içerik, fikri mülkiyet gibi çeşitli konulara ilişkin hükümlere yer verilmektedir³⁷⁹.

Sosyal medya kullanım koşulları kabul edildiğinde aslında sosyal medya platformu ile kullanıcı arasında bir sözleşme kurulmuş olur³⁸⁰. Sosyal medya platformları tarafından tek taraflı hazırlanan bu sözleşmeler karşısında kullanıcıların kabul etmek ya da kabul etmeyerek platformun sağladığı hizmetten faydalanmaktan vazgeçmekten başka seçeneği yoktur. Ek olarak, kullanım koşullarının birçoğunda hükümlerin gerektiğinde platform tarafından değiştirilebileceğine, hizmetten yararlanmaya devam edebilmek için değiştirilen koşulların kabul edilmesi gerektiğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Örneğin Instagram Kullanım Koşullarında “Bu Koşulların Güncellenmesi” başlığı altında yer alan hükümler şu şekildedir³⁸¹:

“Hizmetimizi ve ilkelerimizi değiştirebiliriz. Ayrıca, Hizmetimizi ve ilkelerimizi doğru olarak yansıtmaları için bu Koşulları da değiştirmemiz gerekebilir. Yasalar uyarınca aksi gerekmediği sürece, bu Koşullarda değişiklik yapmadan önce sizi bilgilendirecek (ör. Hizmetimiz aracılığıyla) ve Koşullar yürürlüğe girmeden önce size inceleme fırsatı vereceğiz. Sonrasında Hizmeti kullanmaya devam ederseniz güncellenen Koşullara tabi olacaksınız. Bu veya güncellenen Koşulları kabul etmek istemiyorsanız buradan hesabınızı silebilirsiniz.”

³⁷⁹Kaya, 159 vd.

³⁸⁰ Kullanıcının karşısına çıkan ekranda “kabul et” butonuna tıklamasıyla sözleşmenin kurulduğu bu sisteme “clickwrap lisansı” adı verilmektedir. Ayhan, H. L. (2010). *AB Ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali* Gazi Üniversitesi]. Ankara.

³⁸¹Kullanım Koşulları. Erişim Tarihi 13.04.2022 from https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870/?helpref=hc_fnav

Fotoğrafların yoğun olarak paylaşıldığı bir başka platform olan Pinterest Hizmet Şartları'nda "Bildirim prosedürleri ve bu Şartlardaki değişiklikler" başlığı altında ise bu hususa şu şekilde yer verilmiştir³⁸²:

"...Bu Şartları zaman zaman gözden geçirebiliriz ve bu Şartların en güncel sürümü web sitemizde daima yayınlanacaktır. Bizim takdirimize göre esasa ilişkin bir değişiklik yapmamız halinde size bildirimde bulunacağız. Değişiklikler yürürlüğe girdikten sonra Pinterest'e erişmeye veya Pinterest'i kullanmaya devam ederseniz, yeni Şartların sizin için bağlayıcı olacağını kabul etmiş olursunuz. Yeni şartları kabul etmezseniz lütfen Pinterest'i kullanmayı bırakın."

Twitter hizmet koşulları da zaman zaman bu koşullar da değişikliğe gidebileceğini ve hizmetlerinden faydalanmaya devam etmenin koşulları kabul etmek anlamına geleceğini düzenlemektedir³⁸³.

Uluslararası özellikli birçok sözleşmede olduğu gibi sosyal medya platform koşullarında da uygulanacak hukuka ve yetkili mahkemeye ilişkin hükümler yer almaktadır. Sosyal medya platformlarının birçoğunun Kaliforniya merkezli olmasının bir sonucu olarak kullanım koşullarında Kaliforniya Eyalet Yasaları tercih edilmektedir. Bununla birlikte güncel koşullar itibariyle birçok platformun Avrupa Ekonomik Alanı'nda yaşayan kullanıcılar için bu hususta farklı hükümlere yer verdiği dikkat çekmektedir. Örneğin Pinterest Hizmet Şartları'nda "Geçerli hukuk ve yetkili yargı mercii" başlığı altında şu şekilde bir koşul yer alır³⁸⁴:

"Bu Şartlar, Kaliforniya Eyaleti yasalarına tabidir ve Kaliforniya yasalarının kanunlar arası çelişki ilkeleri dikkate alınmaz. Avrupa Ekonomik Alanı'nda bulunan bir tüketici değilseniz, bu anlaşmadan

³⁸²Hizmet Şartları. Erişim Tarihi 13.04.2022 <https://policy.pinterest.com/tr/terms-of-service>

³⁸³Twitter Terms Of Service. Erişim Tarihi 13.04.2022 <https://twitter.com/en/tos>

³⁸⁴Hizmet Şartları. Erişim Tarihi 13.04.2022 <https://policy.pinterest.com/tr/terms-of-service>

kaynaklanan veya bu anlaşma ile bağlantılı olarak ortaya çıkan tüm ihtilaflar için yetkili mahkeme, San Francisco, Kaliforniya veya Kuzey Kaliforniya Eyaleti için Amerika Birleşik Devletleri Bölge Mahkemesi olacak ve aramızdaki anlaşmazlıklar Kaliforniya yasaları kapsamında çözümlenecektir.

Avrupa Ekonomik Alanı'nda bulunan bir tüketiciyseniz, bu nedenle yaşadığınız ülkenin yasaları tarafından size sağlanan korumadan mahrum kalmazsınız ve yaşadığınız ülkenin mahkemelerine başvurabilirsiniz.”

Aynı şekilde Twitter da Avrupa Birliği’nde ikamet eden kullanıcılar ile Avrupa Birliği dışında ikamet edenler için farklı hüküm ve koşullar sunmaktadır. Buna göre Avrupa Birliği dışında ikamet edenler ile Twitter arasında söz konusu koşullar veya herhangi bir konuda ortaya çıkacak uyuşmazlıkta, hukuk seçimi hükümleri hariç olmak üzere Kaliforniya Eyalet yasaları geçerli olacaktır. Ayrıca kullanıcıların, hizmet koşullarıyla alakalı her türlü uyuşmazlığı ancak San Francisco bölgesindeki mahkemeler önüne getirilebileceği ve yetkiye ilişkin her türlü itirazdan feragat ettiğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır³⁸⁵.

Instagram ise “İhtilafları Ele Alma Biçimimiz” başlığında tüketiciler ile olan ihtilaflar ile diğer davalar arasında bir ayırım yapma yoluna gitmiştir³⁸⁶:

“Bir tüketiciyseniz bu Koşullar nedeniyle veya bu Koşullarla ilişkili olarak bizimle aranızdaki her türlü iddia, dava nedeni ya da ihtilafta ("iddia"), ikamet ettiğiniz ülkenin yasaları geçerli olacaktır. İddianızı ilgili ülkede, iddia üzerinde yargı yetkisine sahip herhangi bir mahkemede

³⁸⁵Twitter tarafından kabul edilmesi istenen kullanım koşulları İngilizce olup orijinal metin şu şekildedir: “The laws of the State of California, excluding its choice of law provisions, will govern these Terms and any dispute that arises between you and Twitter. All disputes related to these Terms or the Services will be brought solely in the federal or state courts located in San Francisco County, California, United States, and you consent to personal jurisdiction and waive any objection as to inconvenient forum.”Twitter Terms Of Service. Erişim Tarihi 13.04.2022 <https://twitter.com/en/tos>

³⁸⁶Kullanım Koşulları. Erişim Tarihi 13.04.2022 https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870/?helpref=hc_fnav

çözümleyebilirsiniz. Diğer her türlü davada, iddianın sadece Kaliforniya Kuzey Bölgesi için ABD Yerel Mahkemesi'nde veya San MateoCounty dahilindeki bir eyalet mahkemesinde çözümlenmesi gerektiğini, iddianın çözümlenmesi amacıyla bu iki mahkemeden herhangi birinin kişisel yargı yetkisinin bağlayıcı olacağını ve hem bu Koşulların hem de herhangi bir iddianın, yasa hükümlerinin çakışmasına bakılmaksızın Kaliforniya Eyaleti yasalarına tabi olacağını kabul edersiniz.”

Popüler sosyal medya platformlarında paylaşılan içeriklerin bir kısmının hukuk sistemi tarafından korunabilir olması sosyal medya platformlarının bu konuda da düzenlemeler yapmasını zorunlu kılmıştır. Platformların sorunsuz bir şekilde hizmet verebilmek için belirli izinlere sahip olması gerektiği açık olsa da içeriklere ilişkin platformlara tanınan yetkilerin oldukça geniş olduğu göze çarpmaktadır. Bu noktada platformların kullanım koşullarında yer alan içeriklere ilişkin hükümlerin birçok bakımdan benzer özellikler gösterdiğini söylemek mümkündür. Örneğin Instagram kullanım koşullarında yer alan kullanıcıların içerikleri hakkındaki hükümler şu şekildedir:

“Bununla birlikte, Hizmeti sunmak için sizden belirli yasal izinler ("lisans" olarak bilinir) almamız gerekir. Fikri mülkiyet hakları kapsamındaki içerikleri (fotoğraflar veya videolar gibi) Hizmette veya Hizmetle bağlantılı şekilde paylaştığınızda, yayınladığınızda veya yüklediğinizde; içeriklerinizi barındırmamız, kullanmamız, dağıtmamız, değiştirmemiz, çalıştırmamız, kopyalamamız, herkese açık olarak sunmamız veya göstermemiz, çevirisini yapmamız ve türevlerini oluşturmamız için (gizlilik ve uygulama ayarlarınız doğrultusunda) bize münhasır olmayan, telifsiz, devredilebilir, alt lisanslanabilir ve uluslararası bir lisans vermiş olursunuz. Bu lisans, içerikleriniz sistemlerimizden silindiğinde sona erer. İçeriklerinizi teker teker veya hesabınızı silerek tek seferde silebilirsiniz. “

Pinterest Hizmet Şartları'nda ise bu konuya ilişkin düzenlemeler şöyledir:

“Pinterest'e ve kullanıcılarımıza, yalnızca Pinterest'i çalıştırma, geliştirme, sağlama ve kullanma amaçlarıyla, Pinterest üzerindeki Kullanıcı İçeriklerinizi kullanmaları, saklamaları, görüntülemeleri, yeniden üretmeleri, kaydetmeleri, değiştirmeleri, türev yapıtlarını üretmeleri, uygulamaları ve dağıtmaları için özel olmayan, telifsiz, devredilebilir, alt lisans verilebilir, dünya çapında lisans verirsiniz. Bu Şartlar içindeki hiçbir hüküm, Pinterest'in, örneğin başka lisanslar kapsamında Kullanıcı İçerikleri üzerindeki diğer yasal haklarını kısıtlamaz. Herhangi bir sebeple Kullanıcı İçeriklerini kaldırma ya da değiştirme veya Pinterest'te farklı bir şekilde kullanma hakkımızı saklı tutarız.”

Benzer şekilde Twitterda, içerikleri Twitter'da paylaşmakla platforma, içerikleri kullanma, kopyalama, çoğaltma, işleme, uyarlama, değiştirme, yayınlama, iletme, temsil ve şu anda bilinen veya daha sonra geliştirilecek herhangi bir medya veya dağıtım yöntemiyle dağıtmak için (bu haklar düzenleme, dönüştürme ve çeviriyi de içermek üzere) dünya çapında, münhasır olmayan, telifsiz, alt lisanslanabilir bir lisans hakkı tanımış olacağına dair bir hükme yer vermektedir³⁸⁷.

Sosyal medya platformlarının kullanım koşullarında dikkat çeken bir başka husus da sorumsuzluk şartlarına yer verilmiş olmasıdır³⁸⁸. Ancak her ne kadar

³⁸⁷ Hükmün İngilizce orijinali: “Bysubmitting, postingordisplaying Content on orthroughthe Services, yougrant us a worldwide, non-exclusive, royalty-freelicense (withtherighttosublicense) touse, copy, reproduce, process, adapt, modify, publish, transmit, displayanddistributesuch Content in any and all media or distribution methods now known or later developed (forclarity, these rights include, for example, curating, transforming, and translating)...”Twitter Terms Of Service. Erişim Tarihi 13.04.2022 <https://twitter.com/en/tos>

³⁸⁸ Örneğin Pinterest sorumsuzluk hükümlerini şu şekilde düzenlemiştir: “Yasaların izin verdiği en geniş ölçüde, Pinterest (a) hizmete erişiminiz ya da hizmeti kullanımınız veya erişim ya da kullanımda yaşadığınız zorluklar; (b) kısıtlama olmaksızın diğer kullanıcıların veya üçüncü tarafların karalayıcı, saldırgan veya yasa dışı uygulamaları dahil olmak üzere, herhangi bir üçüncü tarafın hizmetteki uygulama ve içeriği ya da (c) aktardıklarınıza ya da içeriğinize yönelik

taraflar arasında bir sözleşme hükmü olarak meydana gelen zararlardan sorumlu olunmayacağı şartı yer alsa da bu hükümlerin geçerliliğinin çeşitli hukuk sistemleri kapsamında tartışmaya açık olduğu, açıkça kast veya ihmal ile sebep olunan hukuka aykırı bir eylemin bulunması durumunda bu sorumsuzluk şartından faydalanmanın mümkün olmadığı ifade edilmektedir.³⁸⁹

Ayrıca kullanım koşulları ile, sosyal medya platformlarının sunduğu hizmetten çeşitli kurallar çerçevesinde yararlanılabileceği belirtilmekte ve kullanıcılara bu hususta yükümlülükler yüklenmektedir. Platformlar ile kullanıcılar arasındaki sözleşmelerin bir parçası olan bu kurallar platformun huzurlu ve güvenli kullanımını sağlamaya yöneliktir ve genellikle nefret söylemi, tehdit, kendine zarar verme davranışı, şiddet, pornografi, konusu suç teşkil eden, fikri mülkiyet haklarını ihlal eden içerikler yasaklanmaktadır³⁹⁰. Bu kuralları veya kullanım koşullarını ihlal edici davranışlarda bulunulması halinde platformlar kullanıcılara çeşitli yaptırımlar da uygulayabilmektedir. Örneğin diğer kimselerin fikri mülkiyet haklarını sürekli olarak ihlal davranışı halinde kullanıcıya hizmet vermeyi durdurabilir veya bırakabilir, ya da içeriklerin kaldırılması veya içeriğe ulaşmanın engellenmesi mümkündür³⁹¹.

izinsiz erişim, kullanım veya değişiklikten doğan hiçbir dolaylı, doğrudan, arızı, hususi, sonuç niteliğindeki ya da ceza gerektiren zarardan veya doğrudan ya da dolaylı maruz kalınan hiçbir kâr veya gelir kaybından ya da veri, kullanım, hüsniyet kaybından ya da diğer gayri maddi kayıplardan sorumlu olmayacaktır. Hizmetle ilişkili tüm iddialar için Pinterest'in toplam sorumluluğu, yüz ABD dolarını (100,00 \$) ya da ürünler için son üç ay içinde sizin tarafınızdan Pinterest'e ödenmiş olan tutarı (hangisi daha fazlaysa) hiçbir şekilde aşmayacaktır.” Hizmet Şartları. Erişim Tarihi 13.04.2022 <https://policy.pinterest.com/tr/terms-of-service>

³⁸⁹Kaya, 279 vd.

³⁹⁰A.g.e., 159.

³⁹¹ Bu konuya ilişkin olarak Instagram Kullanım Koşullarında şu şekilde hükümler yer almaktadır: “... diğer kişilerin fikri mülkiyet haklarını sürekli olarak ihlal etmeniz veya yasaların izin verdiği ya da gerektirdiği şekilde topluluğumuzu veya hizmetlerimizi korumak amacıyla size Hizmeti kısmen veya tamamen sunmayı derhal durdurabilir veya reddedebiliriz...” *Kullanım Koşulları*. Erişim Tarihi 13.04.2022 from https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870/?helpref=hc_fnav

b. Platformlar ile Kullanıcılar Arasındaki Sözleşmelerden Kaynaklanan Sorunlar

Sosyal medya platformları tarafından tek taraflı olarak hazırlanan kullanım koşulları, sosyal medya kullanıcılarına sunulmakta ve platformdan faydalanmak için bu koşulların kabul edilmesi beklenmektedir. Söz konusu koşullar birçok problemli hüküm barındırmakta ve çeşitli sorunlu yol açmaktadır. Ancak belki de platform kullanım koşullarına ilişkin sorunların en önemlisini platformdan yararlanmak isteyen kullanıcıların çoğunluğunun bu koşulları okumadan kabul etmesi oluşturmaktadır. Bu konuya ilişkin deneysel bir çalışmada NameDrop adlı hayali bir sosyal medya platformuna üye olmadan önce, kullanım koşullarının okunup okunmayacağı test edilmiştir. Bu çalışmada bir yetişkin için okuması 15 dakikadan fazla sürebilecek bu koşullar yalnızca ortalama 51 saniye okunmuştur³⁹². Ayrıca koşullara, kullanıcıların verilerini Amerika Birleşik Devletleri Ulusal Güvenlik Ajansına vermeyi ve ilk doğan çocuklarını da erişim ücreti olarak teslim etmeyi kabul ettiklerine ilişkin hükümler yerleştirilmiş ancak katılımcıların büyük çoğunluğu bu hükümleri gözden kaçırmışlardır. Çalışma sonucunda katılanlardan koşulları kabul etmeyenlerin oranı yalnızca %7 de kalmışken, çocuk teslim hükmünü bulan 9 kişinin 7'si ve Ulusal Güvenlik Ajansına ilişkin maddeyi tespit eden bir kişi koşulları reddetmiştir. Bu katılımcılar ayrıca koşulları okumaya daha fazla zaman ayırmıştır³⁹³.

Kullanıcılar platform kullanım koşullarını okumadıkları gibi koşullarda yer alan hükümlere ilişkin algıları da gerçekte olanla uyuşmamaktadır. Konuya ilişkin bir çalışmada hizmet koşullarının telif lisansı hükümleri ile kullanıcıların bu

³⁹²Madeleine Patton, "How to Protect Users' Copyright Rights in the Age of Social Media Platforms and Their Unread Terms of Service," *University of San Francisco Law Review* 53, no. 3 (2019).; Jonathan A. Obar/ Anne Oeldorf-Hirsch, "The biggest lie on the Internet: ignoring the privacy policies and terms of service policies of social networking services," *Information, Communication & Society* 23, no. 1 (2020/01/02 2020): 141,

³⁹³Patton, 476.; Obar/ Oeldorf-Hirsch, 138;

hükümlere dair algılarının eşleşip eşleşmediği incelenmiştir³⁹⁴. Bu çalışmada ulaşılan sonuca göre kullanıcıların, hizmetin gereği olan örneğin gösterme (display) gibi bazı kullanımlara izin vermiş olduklarına dair sezgileri mevcuttur. Buna karşın kullanıcılar, içeriklerinin devredilmesi veya değiştirilmesini mümkün kılan hükümler oldukça yaygın olmasına rağmen, bunların varlığını öngörmeye zorlanmaktadır³⁹⁵. Çalışmada savunulan görüşe göre kullanıcılar içerikte değişiklik yapılmasını mümkün kılan devredilebilir lisanslar vermek istememekte ancak verdiklerini de düşünmemektedirler ve bu durum önemli bir problem oluşturmaktadır³⁹⁶.

Kullanım koşullarında yer alan, kullanıcı içeriği üzerindeki fikri mülkiyet haklarına ilişkin hükümlerin yol açtığı en önemli problem, platformların içerikler üzerinde gerekli olandan çok daha geniş bir lisansı kendilerine tanımış olmalarıdır. Bu geniş lisansa göre platformlar, kullanıcının içeriğini kullanıp, kopyalayabilme, değiştirme ya da alt lisans verme gibi çok çeşitli yetkilere sahip olacak, üstelik bütün bunlar için kullanıcıya herhangi bir karşılık verilmesi de söz konusu olmayacaktır. Yani bir kullanıcının fotoğrafı, kullanıcının izni veya haberi olmadan ya da herhangi bir ödeme yapmadan bedava veya ücret karşılığında herhangi bir üçüncü kişiye lisanslanabilecektir³⁹⁷. Dolayısıyla bu hükümler fotoğraftan faydalanmak isteyenlerin fotoğrafçının kendisine değil de sosyal medya platformuna başvurmasına sebep olarak fotoğrafçılara zarar verebilecektir³⁹⁸. Bu durumun bir örneği ABD’de görülen Sinclair v. Mashable INC, -ZiffDavis, LLC davasına konu olmuştur. Söz konusu ihtilaf, dijital medya şirketi Mashable’ın, toplumsal cinsiyet ve insan hakları gibi alanlarda tanınan profesyonel foto muhabiri *Stephanie Sinclair* tarafından çekilen bir fotoğrafı, izni

³⁹⁴Casey Fiesler/ Cliff Lampe/ Amy S. Bruckman, "Reality and Perception of Copyright Terms of Service for Online Content Creation " (Association for Computing Machinery, 2016), 1450.

³⁹⁵Fiesler/ Lampe/ Bruckman, 1458.

³⁹⁶Fiesler/ Lampe/ Bruckman, 1458 vd.

³⁹⁷Patton, 470.; "Ten Things You Should Know About Instagram’s Terms Of Use," 2018, Erişim Tarihi: 28.04.2022, <https://theconversation.com/ten-things-you-should-know-about-instagram-terms-of-use-102800>.

³⁹⁸Onur Sarı, "Sosyal Medya Kullanım Koşullarında Yer Alan Ruhsat Hükümlerinin Fotoğraf Eseri Bağlamında Değerlendirilmesi" (5th International Marmara Social Sciences Congress (Autumn) 2020, 2020), 303.

olmadan kullandığı bir makaleyi internet sitesinde yayınlamasından doğmuştur. Davacı *Sinclair*'e göre Mashable, öncelikle kendisine ulaşarak fotoğrafı kullanmak üzere 50 dolar karşılığında lisans talep etmiş ancak bu teklifi reddedilince Instagram üzerinden lisans almıştır. *Sinclair*'in telif haklarının ihlal edildiği iddiasıyla açtığı davada mahkeme Mashable'ın fotoğrafı Instagram'dan geçerli bir alt lisansla aldığından bahisle davayı reddetmiştir³⁹⁹. Ancak benzer bir duruma ilişkin bir başka davada verilen farklı bir karar⁴⁰⁰ üzerine yargıç tarafından davanın yeniden görülmesine karar verilmiştir⁴⁰¹. Belirtmek gerekir ki mahkeme Instagram hüküm ve koşullarını kabul etmenin Instagram'a alt lisans verme yetkisi tanıdığı yönündeki görüşüne bağlı kalmış ancak kararı Instagram'ın bu hakkını kullandığına dair yeterli kanıt bulunmamasına dayandırmıştır⁴⁰².

Kullanıcı içeriğine ilişkin söz konusu hükümler, platformlar tarafından içeriklerin izinsiz olarak ticari amaç da dahil olmak üzere kullanılması veya alt lisanslanabilmesinden doğan sorunların yanında, diğer kullanıcıların da bu hükümlere dayanarak içerik üzerinde hak iddia etmesi gibi sorunlara da yol açmıştır. Örneğin, yukarıda adın belirtilmesi hakkı kapsamında değinilen⁴⁰³ AFP v. Morel davasında davalılar, fotoğrafların Twitter'da paylaşılmasıyla Twitter kullanım koşullarının *Morel*'in fotoğrafları üzerinde kendilerine lisans tanıdığı, alternatif olarak ise *Morel* ile Twitter arasındaki lisans sözleşmesinin üçüncü kişi lehtarı oldukları savunmasında bulunmuşlardır. Mahkeme lisans savunmasını, kullanım koşullarında öngörülen lisans yalnızca Twitter ve ortaklarına tanınmış olduğu ve *Morel*'in bu şekilde bir ortak olmadığı gerekçesiyle, üçüncü kişi lehtar

³⁹⁹Sarı, 303 vd.; *Sinclair v. Ziff Davis, LLC*, No. 18-CV-790 (KMW) (S.D.N.Y. 2020).

⁴⁰⁰*McGucken v. Newsweek LLC*, No. 19 Civ. 9617 (KPF) (S.D.N.Y. 2020). Söz konusu olayda fotoğraf sanatçısı Elliot McGucken Death Valley Ulusal Parkı ziyaretinde çektiği nadir bir göl fotoğrafını Instagram'da paylaşmıştır. Davalı Newsweek ise bu fotoğrafın yer aldığı bir makaleyi McGucken'ın rızası olmadan yayınlamıştır. McGucken'ın telif haklarının ihlali iddiasıyla açtığı davada mahkeme Instagram'ın Newsweek'e alt lisans verip vermediğinin açık olmadığına kanaat getirmiştir. Taraflar Nisan 2022'de anlaşmaya vardıklarını mahkemeye bildirmişlerdir. McGucken v. Newsweek LLC.; Isaiah Poritz, "Newsweek Settles Copyright Case Over Embedded Instagram Photo," 14.04.2022, 2022, <https://news.bloomberglaw.com/ip-law/newsweek-settles-copyright-case-over-embedded-instagram-photo>.

⁴⁰¹Sarı, 303 vd.; *Sinclair v. Ziff Davis, LLC*.

⁴⁰²*Sinclair v. Ziff Davis, LLC*.

⁴⁰³Bkz. Bölüm 2.2.1.2.

olma savunmasını da yine benzer şekilde ortak veya alt lisans sahibi değil yalnızca kullanıcı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir⁴⁰⁴.

Platform kullanım koşulları ile platformun kullanımına biçimine ilişkin çeşitli kurallar da öngörülmekte örneğin kullanıcılardan başkalarının telif haklarını ihlal etmemeleri beklenmektedir. Bununla birlikte sosyal medya platformları paylaşım üzerine kuruludur. Platformların sunduğu araçlar paylaşımı teşvik etmekte ve kullanıcıların kendilerine ya da başkalarına ait içerikleri paylaşmaları platformların değerini artırmaktadır. Bir yandan paylaşımı teşvik ederken bir yandan başkasına ait içeriklerin izinsiz paylaşımının yasaklanması kullanıcıların neyi yapıp yapamayacaklarına ilişkin kafalarının karışmasına sebep olmaktadır⁴⁰⁵.

Sosyal medya platformları tarafından hazırlanan kullanım koşullarında sıklıkla uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme hükümlerine de yer verilmektedir. Ancak bu platformların çok geniş bir bölgede kullanılıyor olması sebebiyle koşullarda yer alan hukuk seçimi hükümlerinin geçerli olup olmayacağı belirsizdir. Bu belirsizlik kullanıcıların dava açmasını da zorlaştırmaktadır. Hukuk seçimine ilişkin hükümlerin kimi yerlerde geçerli olmaması söz konusu olabileceği gibi kullanıcı ülkesinin doğrudan uygulanan kuralları da gündeme gelebilecektir⁴⁰⁶. Bu tür hükümlerle amaçlanan platformlara avantaj sağlamak olup, koşulların hukuk kuralları ile uyumlulukları göz ardı edilmektedir. Bu hususta, platformların, kullanıldığı çok çeşitli ülkeler arasında yalnızca Avrupa Birliği düzenlemelerine uyum sağlamak için çaba gösterdiği görülmektedir.

Sonuç olarak platformlara içerik üzerinde çok geniş haklar tanımak ve her türlü sorumluluktan kurtarmak amacıyla hazırlanan kullanım koşulları, kullanıcılar tarafından okunmadan kabul edilmekte, kullanıcıların, içerikleri üzerindeki hakimiyetlerini oldukça kısıtlayan hükümlerden çoğu zaman haberleri dahi bulunmamaktadır. Üstelik kullanıcı ülkelerinin mevzuatları dikkate alınmadan

⁴⁰⁴Patton, 474.; AFP v Morel, No. 10-cv-2730 (AJN) (Southern District Of New York 2013).

⁴⁰⁵Yeşiloğlu/ Boshier, 176.

⁴⁰⁶Tan, 128.

yazılmış olmaları bunların geçerli olup olmadığı sorusuna yol açmakta bu sorunsa sıradan bir kullanıcı tarafından cevaplanması çoğu kez mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla kullanım koşulları taraflar arasında belirlenmesi amaçlanan hususlarda kimi zaman çok daha büyük belirsizliğe sebep olmaktadır.

c. Platformlar ile Kullanıcılar Arasındaki Sözleşmelerin Türk Hukuku Bakımından İncelenmesi

aa. Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Bakımından İnceleme

Sosyal medya platformları tarafından hazırlanan kullanım koşullarında bulunan ortak noktalardan birisi, bu koşullara uygulanacak hukuk seçimine yer verilmiş olmasıdır. Kullanım koşullarının kabul edilmesiyle birlikte kullanıcılar ile platformlar arasında bir sözleşmenin varlığı gündeme gelmiş olmakta, bu sözleşme ile telif hakkı da dahil olmak üzere birçok husus düzenlenmektedir. Dolayısıyla uygulanacak hukuk seçiminin Türk Hukuku bakımından ne ölçüde etkili olduğunun belirlenmesi gerekir.

Fikri mülkiyet haklarına uygulanacak hukuk MÖHUK m.23'te düzenlenmişken fikri mülkiyet sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin hüküm 28. maddede yer almaktadır. Bu maddede karakteristik edim borçlusu olarak, eser ile sahibi arasındaki bağ ve bir hakkı devrediyor olması sebebiyle fikri hakkını devreden veya lisans veren taraf belirlenmiştir⁴⁰⁷.

Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler hakkında MÖHUK'un 28. maddesinde fikri mülkiyet haklarına dair sözleşmelerin tarafların seçtiği hukuka tabi olduğu yönünde özel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmiştir. Bu kapsamda 24. Maddede belirtilen hukuk seçimine ilişkin genel kurallar 28. madde

⁴⁰⁷Aysel Çelikel/ B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), 447.

bakımından da geçerlidir⁴⁰⁸. Bu madde uyarınca hukuk seçimi açık ya da sözleşme hükümlerinden veya durumun koşullarından tereddüde yer bırakmayacak biçimde anlaşılır olmalıdır.

Kanun tarafından fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukun taraflarca seçimine izin verilmiş, ayrıca esasa uygulanacak söz konusu hukukun bu sözleşmelerin geçerlilik şekline de uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Zira milletlerarası sözleşmelerin geçerlilik şekline ilişkin olarak MÖHUK m. 7, sözleşmenin kurulduğu ülke hukuku veya sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku yetkili kılmaktadır. Ancak taraflarca bir hukuk seçilmiş olsa dahi sözleşmelerin geçerliliğini etkileyebilecek bir husus olarak doğrudan uygulanan kurallar göz önüne alınmalıdır. Zira MÖHUK m. 6 uyarınca *“Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.”* Fikir ve sanat eserlerine ilişkin sözleşmeler açısından doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu kabul edilen bir hüküm FSEK m.52’de öngörülen yazılılık şartıdır⁴⁰⁹. Aşağıda daha detaylı değinilecek olmakla birlikte bu hüküm gereğince telif hakkı sözleşmeleri yazılı olmalı ve sözleşme konusu haklar ayrı ayrı gösterilmelidir. Dolayısıyla sosyal medya platformları ile kullanıcılar arasındaki sözleşmelerin geçerliliği değerlendirilirken, sözleşmenin şekline uygulanacak hukuk yabancı bir hukuk olsa dahi, bu sözleşmenin FSEK m.52’de öngörülen şartları taşıyan geçerli bir sözleşme olup olmadığı incelenmelidir. Kullanım koşullarında yer alan, fikir ve sanat eseri üzerindeki mali haklara dair sözleşme ve tasarruf niteliğindeki hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğindeki FSEK m.52 düzenlemesindeki şartları karşılaması gerekecektir.

MÖHUK m.7 sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuka ilişkin genel kuralı belirlemekle birlikte kanunda bu kuralın istisnalarına da yer verilmiştir. Bu

⁴⁰⁸Cemal Şanlı/ Emre Esen/ İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6 ed. (İstanbul: Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım İnş. San. Tic. Ltd. Şti., 2018), 294.

⁴⁰⁹Ayşenur Öztürk, "Telif Hakkı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk" (Yüksek Lisans Tezi 2018), 191.

istisnalardan biri olan MÖHUK m. 26/3 ile m.26/2'deki koşulları sağlayan tüketici akitlerine ilişkin sözleşmelerin şekline uygulanacak hukukun tüketicinin mutad mesken hukuku olduğu tespit edilmiştir⁴¹⁰. Özellikle eser korumasından yararlanmayan fotoğraflar bakımından MÖHUK'ta yer alan bu sınırlama önem taşıyacaktır. Bu bakımdan Instagram tarafından, kullanım koşulları ile ilgili ihtilaflarda tüketiciler için ikamet ettikleri ülkenin yasalarının geçerli olacağına ilişkin hükme yer verilmesinin⁴¹¹ isabetli olduğu söylenebilir.

Taraflarca hukuk seçimi yapılmaması halinde ise, karakteristik edim borçlusunu olan lisans veren tarafın sözleşme kurulduğu esnadaki işyeri hukuku, işyeri yoksa mutad mesken hukukunun uygulanması öngörülmüştür⁴¹²

bb. FSEK Bakımından İnceleme

Sosyal medya platformları ile kullanıcılar arasında kurulduğu kabul edilen sözleşmelerin birçoğunda, bünyelerinde paylaşılan içeriklere ilişkin olarak platformlara “*münhasır olmayan, telifsiz, devredilebilir, alt lisanslanabilir ve uluslararası bir lisans*” verilmiş olacağına dair hükümler yer almaktadır. Yalnızca ilk bakışta dahi kullanıcının içeriği (burada “eser”i) üzerinde sosyal medya platformlarına çok geniş yetkiler tanıdığı anlaşılan bu tür lisansların geçerliliğinin FSEK'in fikri haklarla ilgili sözleşmelere ilişkin hükümleri kapsamında incelenmesi gerekir.

FSEK'in 48. maddesinde eser sahibinin mali haklarını bir başka kişiye devri ile sadece mali hakları kullanma yetkisinin devri olmak üzere iki tür sözleşmeye yer verilmiştir. Lisans olarak da bilinen mali hakları kullanma yetkisinin devri sözleşmesi, kanun tarafından ruhsat olarak adlandırılmıştır⁴¹³. Ruhsat ile mali

⁴¹⁰Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe, 298.

⁴¹¹ Bkz. Yuk. Üçüncü Bölüm I.C.1.a.

⁴¹²Çelikel/ Erdem, 447.

⁴¹³Ayiter, 210. ; Erel, 303.; Mustafa Ateş, *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler (FSEK m.48-65)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 130.

hakların kendisi değil bunlardan yararlanma yetkisi devredilir, dolayısıyla mali hak ruhsat alanın mülkiyetine geçmez⁴¹⁴. Nitekim kullanıcı koşullarında da “İçerikleriniz üzerinde mülkiyet iddia etmemekteyiz”⁴¹⁵ “yayınladığınız içerikleriniz size ait olmaya devam eder”⁴¹⁶ gibi ifadelerle bu husus açıklanmaktadır.

FSEK m. 56/1’de, mali hak sahibinin hakkın kullanılması yetkisini yalnız bir kimseye mahsus olarak vermesi tam ruhsat, aynı yetkinin başkalarına da verilebilmesi ise basit ruhsat olarak adlandırılmıştır⁴¹⁷. Sosyal medya kullanım koşullarında öngörülen ruhsat da genellikle münhasır olmayan yani basit ruhsattır. Dolayısıyla bu koşulların geçerli olduğu varsayımında, eser sahibi kullanıcı başkalarına da basit ruhsat verebilir, ancak platforma ruhsat verilmiş olması başkalarına tam ruhsat verilemeyeceği anlamına gelir⁴¹⁸.

Kullanıcı içerikleri üzerinde sosyal medya platformlarına lisans tanıyan kullanım koşulları bu platformlarda hesap oluştururken kullanıcılara sunulmakta, sözleşme anında kullanıcı içeriklerinin çoğu henüz yaratılmamış olmaktadır. FSEK’in 48. maddesi ise henüz meydana getirilmemiş eserlerin konu olduğu tasarruf işlemi niteliğindeki devir ve ruhsat sözleşmelerinin geçersiz olduğunu düzenlemektedir. Tasarruf işlemi niteliğindeki devir ve ruhsat sözleşmeleri FSEK m. 48 hükmü ile geçersiz kabul edilirken FSEK m. 50 eser henüz vücuda getirilmemiş olsa dahi tasarruf işlemlerine dair taahhütleri geçerli saymaktadır. Dolayısıyla henüz vücuda getirilmemiş kullanıcı içerikleri bakımından bu sözleşmelerin en fazla tasarruf taahhüdü niteliğinde olduğu iddia edilebilecek, kullanıcı içerikleri üzerinde henüz hak elde etmemiş olan sosyal medya platformlarının bu içerikleri kullanması hukuka aykırı olacaktır.

⁴¹⁴Ateş, “Hukuki İşlemler”, 130.; Ayiter, 211.

⁴¹⁵“Kullanım Koşulları,” Erişim Tarihi: 13.04.2022, https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870/?helpref=hc_fnav.

⁴¹⁶“Hizmet Şartları,” Erişim Tarihi: 13.04.2022, <https://policy.pinterest.com/tr/terms-of-service>.

⁴¹⁷Öztan, 562-63.

⁴¹⁸Santa Prauliņa, "Copyright Issues On Social Media" (Master Thesis Riga Graduate School Of Law, 2021), 20.

Mali haklara dair bir sözleşme olan lisans sözleşmelerinin FSEK’te bu tür sözleşmeler için öngörülen şekil şartlarına uygun olmaları gerekir. FSEK’in 52. maddesi mali haklarla ilgili sözleşmelerin yazılı olması ve konu edindikleri hakların ayrı ayrı gösterilmesini şart koşturmaktadır. Burada yer alan yazılı şekil şartının bir geçerlilik şartı olduğu büyük ölçüde kabul edilmektedir⁴¹⁹. Kanun tarafından öngörülen bu yazılı şekil kuralında ayrıca sözleşme konusu mali hakların ayrı ayrı gösterilmesi koşulu bulunmakta, bundan dolayı “bütün mali haklarımı devrettim”, “telif haklarımın kullanım yetkisini verdim” gibi ifadeler yeterli olmamaktadır⁴²⁰. Aynı şekilde bir mali hakkın kapsamında birden fazla yetkinin bulunması halinde bu yetkilerin de sözleşmede sayılması gerekir⁴²¹.

Yazılı şekil şartı, borç altına girenlerin sözleşmede imzalarının bulunmasını zorunlu kılar (TBK 14/1). Bu imza ya tarafların el yazısıyla ya da güvenli elektronik imza ile atılmış olmalıdır (TBK 15/1)⁴²². Bu özelliklerdeki yazılı geçerlilik şartı, sosyal medya kullanım koşullarında yer alan lisans hükümlerinin Türk Hukuku’na göre geçersiz olması sonucunu doğurur⁴²³. Ancak şekle aykırılık sebebiyle hükümsüzlük iddiasında bulunulması hakkın kötüye kullanımı oluşturmamalıdır⁴²⁴. Şekil şartlarını taşımayan sözleşmeye dayanarak eser üzerindeki mali hakların hak sahiplerinin rızası ile kullanılmış olması mümkündür. Bu ihtimalde, kullanımın hukuka aykırılığı iddiası, hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilerek geçmişe yönelik tazminat talepleri reddedilebilmektedir⁴²⁵. Bu sebeple, her ne kadar sosyal medya kullanım koşulları

⁴¹⁹ Ayiter, 208. ; Erel, 319.; Tekinalp, 232.

⁴²⁰ Ateş, “Hukuki İşlemler”, 95.; Erel, 319.; Tekinalp, 232.

⁴²¹ Ateş, “Hukuki İşlemler”, 96.

⁴²² Ateş, “Hukuki İşlemler”, 100.

⁴²³ Sarı, 304.

⁴²⁴ Öztan, 568.; Kılıçoğlu, 296.

⁴²⁵ Yargıtay bir kararında şekle aykırılığa dayanan davacının, değişiklik ve eklemeler hakkında bilgi sahibi olup sessiz kalmış olması sebebiyle, eserde izni olmadan ekleme ve değiştirme yapılamayacağı şeklindeki iddiasını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilerek kabul etmemiştir. Yargıtay 11. HD., E. 1998/10031 K. 1999/250 T. 29.01.1999 Kılıçoğlu, 296. Bu ve geçersizlik iddiasının hakkın kötüye kullanımı teşkil edebileceği diğer haller hakkında detaylı bilgi için bkz. Ateş, “Hukuki İşlemler”, 118-19.; *Nal/Suluk* da tarafların yükümlülüklerini yerine

yazılılık şartı nedeniyle geçersiz olsa da kullanıcının geçersizlik iddiasının hakkın kötüye kullanımı teşkil edip etmediğinin tespiti hâkim tarafından somut olayın özelliklerine göre yapılmalıdır⁴²⁶.

cc. GİŞ Hükümleri Bakımından İnceleme

Sosyal medya kullanım koşullarında yer alan ve platformlara kullanıcının içeriği üzerinde yetki veren hükümler, eser olarak korunan fotoğraflar bakımından FSEK ile aranan yazılılık koşulu nedeniyle geçersiz olsa da eser olma vasfını taşımayan fotoğraflar için yazılılık koşulu aranmayacaktır. Bununla birlikte sosyal medya kullanım koşulları, şirketler tarafından çok sayıda sözleşme yapmak üzere önceden hazırlanmakta bu sözleşme hükümleri üzerinde kullanıcıların herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Kullanıcılar yalnızca koşulları kabul ederek platformların sunduğu hizmetten yararlanma ya da kabul etmeyerek bu hizmetten vazgeçme konusunda seçim hakkına sahiptirler. Türk Borçlar Kanunu tanzim edenin, ileride birçok benzer sözleşmede kullanmak üzere, önceden, tek taraflı hazırlayıp karşı tarafın kabulüne sunduğu sözleşme hükümlerini “genel işlem koşulları” olarak adlandırmaktadır. Bu nedenle özellikle eser olma vasfını taşımayan fotoğraflar açısından söz konusu hükümlerin geçerliliği TBK’nin genel işlem koşulları hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Sözleşmenin kurulması esnasında tarafların eşit varsayıldığı anlayıştan ayrılarak bir tarafı özel olarak koruyan hükümler Türk Hukuku’nda ilk olarak 4077 sayılı Eski TKHK ile kendine yer bulmuştur. Bir tarafın tüketici olduğu sözleşmelerde uygulanabilecek bu hükümler “haksız şartlar” olarak adlandırılmakta olup bugün 6502 sayılı TKHK m.5’te yer almaktadır⁴²⁷. TKHK’deki hükümler özel hüküm

getirdikten sonra şekle aykırılığın iddia edilmesinin hakkın kötüye kullanılması olduğunu savunmaktadır. Suluk/ Karasu/ Nal, 123.

⁴²⁶Sarı, 305.

⁴²⁷M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, 18. Bası (Vedat Kitapçılık, 2020), 170.

olarak kabul edildiğinden tüketici sözleşmelerinde öncelikle başvurulması gerekir⁴²⁸.

Sözleşmede yer alan bir koşulun genel işlem koşulu niteliğinde olması her zaman bu koşulun geçersizliği sonucunu doğurmaz⁴²⁹. Ancak kanun çeşitli özelliklerdeki bazı şartları yazılmamış sayılacağını düzenlemektedir. Öncelikle TBK m.21/1 uyarınca sözleşme yapılırken sözleşmeyi düzenleyen karşı tarafı açıkça bilgilendirmediği ve içeriğine öğrenmesine olanak tanımadığı koşullar yazılmamış sayılacaktır. Burada karşı tarafça yeterince incelenmemiş ve sebep olacağı sonuçlar değerlendirilmeden imzalanan koşulların yazılmamış sayılacağı ifade edilmektedir⁴³⁰. Sosyal medya kullanım koşullarının okunmadan kabul edilmesi yukarıda açıklandığı üzere oldukça yaygın bir davranıştır⁴³¹. Dolayısıyla sözleşmeyi hazırlayanların kullanıcılar tarafından koşulların iyice incelenip sonuçlarını idrak ettiğini ispatlamaları⁴³² oldukça zor olacaktır.

Yazılmamış sayılma sonucunu doğurabilecek koşullara ilişkin bir diğer hüküm TBK m.21/2’de düzenlenmektedir. Buna göre sözleşmenin niteliği ve işin özelliğine yabancı koşulların yazılmamış sayılacaktır. Sözleşmenin niteliğine yabancı şartlar olarak gösterilen örnekler ipotek tesisi sözleşmesinde kişinin aynı zamanda müteselsil kefil olması, banka tarafından finanse edilen satım sözleşmesinde bankanın ayıptan doğan hakların muhatabı olmayacağına ilişkin hükümler bulunması gibi örnekler verilmektedir⁴³³. Sosyal medya kullanım koşulları özelinde ise kullanım koşullarının sosyal medya platformunun kullanımına ilişkin hükümler içermesi gerektiği bu nedenle fikri hakların

⁴²⁸Oğuzman/ Öz, 170.

⁴²⁹Oğuzman/ Öz, 173.

⁴³⁰Oğuzman/ Öz, 173.

⁴³¹ Bkz. Üçüncü Bölüm I. C. b.

⁴³²Öz’e göre yazılmamış sayılma sonucunu önlemek için sözleşmeyi hazırlayan taraf ya sözleşmenin karşı tarafla görüşerek ve tartışarak düzenlendiğini ya da bu hükümlerin iyice incelenip sonuçlarının göz önüne alındığını ispatlamalıdır. Oğuzman/ Öz, 174.

⁴³³Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Bası (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001), 114.

sözleşmenin niteliğine yabancı olduğu savunulmaktadır⁴³⁴. Aynı hususun eser vasfı taşımayan fotoğraflar için de geçerli olduğu kanaatindeyiz. Zira yukarıda değinildiği üzere kullanıcıların içeriği üzerinde platformlara yetki veren hükümlerin bir kısmı kullanıcılar tarafından sunulan hizmetin gereği olarak görülerek beklenmekte bir kısmı ise oldukça şaşırtıcı bulunmaktadır.

Kullanıcı içerikleri üzerinde devir de dahil olmak üzere platformlara geniş yetkiler tanıyan hükümlerin TBK m.21/2 anlamında şaşırtıcı kabul edilmemesi halinde dahi TBK m.23'te düzenlenen yorum denetimi ile TBK m.25 kapsamında içerik denetimi gündeme gelecektir. Bu kapsamda TBK m. 25 ile dürüstlük kuralına aykırı şekilde karşı tarafın aleyhine ya da durumunu ağırlaştıracak hükümler konması yasaklanmıştır. Burada karşı taraf aleyhine olan bütün hükümlerin geçersiz olacağı değil dürüstlük kuralına aykırı biçimde buna yol açanlar geçersiz olacağını belirtmek gerekir⁴³⁵. Bu hüküm kapsamında dürüstlük kuralına aykırı olmama sözleşme hükümlerinin belirlenmesinde aranır⁴³⁶. Bu çerçevede FSEK ile öngörülen geçerlilik şartlarından yararlanamayan, eser olma şartlarını taşımayan ancak FSEK m. 84 kapsamında korunan fotoğraflar üzerinde platformlara kullanım hakkı tanıyan hükümlerin TBK m.20 vd. yer alan genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler dolayısıyla geçersizliği gündeme gelebilecektir⁴³⁷.

2. Sosyal Medya Kullanıcıları Arasındaki İlişki

Sosyal medya kullanıcılarının platform kullanım koşullarını kabul etmesi ile platformlar ile aralarında sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Bu sözleşme hükümlerinde kullanıcıların paylaştıkları içerikler üzerinde hak sahibi olması gerektiğine yer verilmekte ve başkalarının içerikleri üzerindeki hakları ihlal etmeme yükümlülüğü getirilmemektedir. Bu yükümlülüklere aykırı davranışlarda

⁴³⁴Sarı, 306.

⁴³⁵Başak Görgeç, "Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi," *Articles, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no. 1 (2013): 429.

⁴³⁶Oğuzman/ Öz, 166.

⁴³⁷Sarı, 306.

bulunulması örneğin bir başkasının fikri mülkiyet haklarının ihlal edilmesi gibi hallerde içeriğe erişimi engelleme, hesap kapatma gibi çeşitli yaptırımlar öngörülmektedir. Dolayısıyla kullanıcıların başka kullanıcıların haklarını ihlal etmesi gibi yükümlülöklere aykırı davranışlar kullanıcıların platforma karşı sorumluluğuna yol açabilecektir.

Buna karşın kullanıcılar arasında sözleşme ilişkisi mevcut olmadığından bir başka kullanıcının fikri haklarının ya da kişilik haklarının ihlali halinde haksız fiil sorumluluğu gündeme gelir. Bu kapsamda örneğin bir başka kullanıcının fikri haklarının ihlali halinde FSEK'te öngörölen manevi ve mali haklara ilişkin koruma hükümlerine, haksız rekabet hükümleri kapsamında korunan ürünler için TTK ve TBK'da öngörölen korumaya ve kişilik haklarının ihlali halinde TMK ve TBK hükümlerine başvurulması söz konusu olacaktır.

II. SOSYAL MEDYADA FOTOĞRAFTAN DOĞAN HAKLARIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE İHLALİ

A. Türk Hukukuna Göre Fotoğraftan Doğan Hakların Sosyal Medyada İhlali

Sosyal medya ile kullanıcılar, içeriğin yalnızca tüketicisi olmaktan kurtulmuş hem içeriği üreten hem de üretilmiş içeriği paylaşan konumuna gelmiştir. Fotoğraflar da sosyal medyada paylaşılan içeriğin önemli bir kısmını oluşturmaktadır. İstatistiklere göre yalnızca Instagram'da bir günde 95 milyon fotoğraf paylaşılmaktadır. Instagram'ın kuruluşundan itibaren paylaşılan fotoğraflar için bu sayı 50 milyarı bulmaktadır⁴³⁸. Bir başka veriye göre ise 2021 Ağustos itibariyle Facebook kullanıcıları tarafından dakikada 240,000, Instagram kullanıcıları tarafından ise 65,000 fotoğraf paylaşılmaktadır⁴³⁹.

⁴³⁸"Social Media Statistics 2022: Top Networks By the Numbers," Erişim Tarihi: 02.05.2022, <https://dustinstout.com/social-media-statistics/#instagram-stats>.

⁴³⁹"Media usage in an internet minute as of August 2021," Statista, <https://www.statista.com/statistics/195140/new-user-generated-content-uploaded-by-users-per-minute/>.

Bu fotoğraflar paylaşanın kendi yaratımı olabileceği gibi bir başkasının ürünü de olabilir. Kullanıcının paylaştığı fotoğrafın kendisine ait olması ya da başkasına ait bir fotoğrafın izin alınarak paylaşılmasında sorun yoktur. Ancak başkasına ait fotoğrafların izinsiz veya herhangi bir istisnadan faydalanılmadan paylaşılması fotoğraf üzerindeki haklarının ihlali teşkil edebilir. Bir yandan sosyal medya platformlarının paylaşımı teşvik eden yapısı, bir yandan kullanıcıların başkalarına ait eserleri paylaşmanın hukuka aykırılığı konusundaki bilgisizliği bu konuda ihtilaflara yol açmakta ve kullanıcıları sorumluluğa açık hale getirmektedir.

1. Eser Olarak Korunan Fotoğraflar Üzerindeki Hakların İhlali

Sosyal medyada bir başkasına ait fotoğrafın paylaşılması ile gündeme gelebilecek ihlallerin belki de en önemlisi fikri hak ihlalleridir. Bu hususta her ne kadar Türk Hukukunda yeterli içtihat oluşmamışsa da fotoğraf üzerindeki telif haklarının sosyal medyada ihlali iddiaları ABD’de birçok davaya konu olmuştur. Örneğin ABD’de gündeme gelen bir ihtilafta model *Gigi Hadid*, kendi görüntüsünün bulunduğu bir fotoğrafı Instagram hesabında paylaşması üzerine telif hakkı ihlali davasıyla karşı karşıya kalmıştır. Fotoğrafçı *Peter Cepeda*’nın çektiği fotoğraf *Gigi Hadid* tarafından üzerindeki filigran kaldırılarak Instagram’da paylaşılmış ve 1,2 milyon beğeni almıştır. Üstelik fotoğraf *Cepeda*’nın adı gösterilmeden ticari amaçlar da dahil olmak üzere başka birçok yayında kullanılmıştır. The Daily Mail ve TMZ’ye lisansladığı fotoğraf, sayısız talebine rağmen kaldırılmayınca, *Cepeda*, *Hadid*’in elde etmiş olabileceği gelirler de dahil olmak üzere zararlarının tazmini için dava açmıştır⁴⁴⁰. Bu davada hiçbir istisnanın uygulama alanı bulmayacağı,

⁴⁴⁰"How Gigi Hadid Faces Copyright Claim After Posting Her Picture On Instagram," 2019, Erişim Tarihi: 02.05.2022, <https://www.brunel.ac.uk/news-and-events/news/articles/How-Gigi-Hadid-faces-copyright-claim-after-posting-her-picture-on-Instagram.>; Peter Cepeda v. Jelena Noura "Gigi" Hadid and IMG Worldwide, Inc., No. 1:17-cv-00989-LMB-MSN (District Court, E.D. Virginia).

dolayısıyla telif hakkı ihlali gerçekleştiğinden bahsedilebileceği ifade edilmiş⁴⁴¹ ancak taraflar mahkeme dışında anlaşmaya varmışlardır⁴⁴².

Bu dava ABD’de görülmüş olsa da Türk Hukuku açısından da bir başkasına ait eser niteliğindeki fotoğrafın izinsiz olarak sosyal medyada paylaşılması telif haklarının ihlali teşkil edebilir. Zira eser niteliğinde bir fotoğrafın sosyal medyada paylaşılması eylemi ile eser üzerindeki mali haklardan çoğaltma (FSEK m.22) ile işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlar ile umuma iletim (FSEK m.25) haklarının kullanılması gündeme gelmiş olur⁴⁴³. Eser sahibinin izni olmadan fotoğraf paylaşılmışsa ve FSEK’te öngörülen sınırlamalar mevcut değilse bu haklar ihlal edilmiş olur.

Başkasının ürünü olan fotoğrafların sosyal medyada paylaşılmasını eser sahipleri açısından daha zarar verici kılan bir durum da bu hesaplardan gelir elde edilmesidir. Nitekim bu hususta yaşanan benzeri bir uyuşmazlıkta bu hususa dikkat çekilmiştir. Uyuşmazlığa konu olayda *Xposure Photos* adlı bir fotoğraf ajansına ait bir fotoğraf, *Khloe Kardashian* tarafından bir açıklama ile sosyal medya hesabında paylaşılmıştır. Manual Munoz tarafından çekilen fotoğraf *The Daily Mail*’e sınırlı bir kullanım için lisanslanmış olup filigramla işaretlenerek yayınlanmıştır. Ancak ertesi gün fotoğrafın *Kardashian* tarafından filigram kaldırılarak sosyal medya hesabında paylaşılması üzerine davacı, *Kardashian*’ın paylaşımının fotoğrafın pazar değerini düşürdüğünü iddia etmiş ayrıca *Kardashian*’ın Instagram hesabından gelir elde ediyor olmasına dikkat çekerek tazminat talebinde bulunmuştur⁴⁴⁴.

Başkalarına ait içeriklerin paylaşılmasıyla ilgili problemler yalnızca tanınmış kişilerin kendi fotoğraflarını paylaşmasıyla sınırlı değildir. Sırf başka

⁴⁴¹Yeşiloğlu/ Boshier, 167.

⁴⁴²"How Gigi Hadid Faces Copyright Claim After Posting Her Picture On Instagram."

⁴⁴³Kaynak/ Koç, 394.

⁴⁴⁴Yeşiloğlu/ Boshier 178.; "Khloe Kardashian Sued for Posting Photo of Herself on Instagram," 2017, Erişim Tarihi: 02.05.2022, <https://www.thewrap.com/khloe-kardashian-sued-for-posting-photo-of-herself-on-instagram/>.

kullanıcıların ürettiği içerikleri paylaşarak bunlar üzerinden gelir elde etme amacıyla yaratılan sosyal medya hesapları da mevcuttur. Söz konusu Instagram ve Twitter hesaplarının çaldıkları içeriklerle milyonlarca takipçi kazanması ve reklam anlaşmaları ile gelir elde etmesi sosyal medya kullanıcılarının da tepkisini toplamıştır. ABD’de bu şekilde yönetilenlerden biri olan “F...Jerry” adlı hesabın eylemlerine karşı #F...F...Jerry etiketi gündem olmuş, kullanıcılar bu gibi hesapları takipten çıkarmaya teşvik edilmiştir. Söz konusu popüler sosyal medya hesaplarının sahipleri ise paylaştıkları tweet ve resimler için kaynak göstermeleri gerektiğinden habersiz olduklarını söyleyerek kendileri savunmuşlardır. F...Jerry Instagram hesabının takipçi ve sponsor kaybetmesi üzerine bu hesaplar kaynak gösterme konusunda dikkatli olmaya başlamışlardır⁴⁴⁵.

Bir başkasına ait fotoğraflar paylaşılırken kaynak gösterilmemesi Türk hukuku bakımından da eser sahibinin manevi hakları arasında yer alan adın belirtilmesi hakkının ihlali niteliğindedir. Bununla birlikte yalnızca kaynak gösterilmesi fotoğrafın paylaşımını hukuka uygun hale getirmez. Üstelik söz konusu hesapların hem binlerce takipçileri bulunmakta hem de gelir elde etme amacı ile hareket etmektedirler. Hukukumuzda kişisel kullanım istisnası, kâr amacı güdülmemesini şart koşmakta olup çoğaltma hakkı bakımından ve çok kısıtlı bir çevre ile sınırlı olarak öngörülmüştür (FSEK m.38). Amerikan Hukuku’nda yer alan *fairuse* istisnasının ilk koşulu da kullanımın karakteri ve amacını dikkate almakta; bu kapsamda ticari kullanımlar istisnadan yararlanamamaktadır. Bu ilk koşul kapsamında sorgulanması gereken önemli hususun kullanımın “dönüştürücü” olup olmadığı olduğu ifade edilmektedir⁴⁴⁶. Bu hususta örneğin 2009 yılında görülen bir davada fotoğrafçı *Patrick Cariou* kitabında yer alan fotoğrafları üzerindeki telif haklarının *Richard Prince* tarafından ihlal edildiğini iddia etmiştir. Davaya konu olayda *Prince, Cariou*’nun kitabında yer alan 41 fotoğrafı fiziksel olarak

⁴⁴⁵Caroline Russ, "Tweet Takers & Instagram Fakers: Social Media & Copyright Infringement," *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property* 22 (2020): 207-08.

⁴⁴⁶ Russ, 213.; "Fair Use In The Age Of Social Media," 2016, Erişim Tarihi: 13.06.2022, <https://www.forbes.com/sites/oliverherzfeld/2016/05/26/fair-use-in-the-age-of-social-media/?sh=5d8f1cc73300>.

yırtmış ve kolaj tarzı çalışmasında büyüterek, kırparak, renklendirerek ve üzerlerini boyayarak kullanmıştır. Bu davada bölge mahkemesi *Prince*'in *infairuse* savunmasını reddetmiştir⁴⁴⁷. Ancak kararın *Prince* tarafından temyiz edilmesi üzerine 2. Daire tarafından verilen kararda kullanımın orijinali "yeni ifade, anlam veya mesaj" ile değiştirmesi gereğinden bahsedilmiş, *Prince*'in çalışmalarına ilişkin gözlemlerinin bunların dönüştürücü doğasına kendilerini ikna ettiği belirtilmiştir⁴⁴⁸. Buna karşın hukukumuzda yer alan kişisel kullanım istisnası kapsamında kullanımın dönüştürücü niteliği değerlendirilmemektedir. Dolayısıyla fotoğrafın paylaşıldığı sosyal medya hesabından gelir elde ediliyor olması durumunda kişisel kullanım istisnasından yararlanmak mümkün olmayacaktır.

Kâr amacı güdülmediği koşullarda dahi bir başkasına ait fotoğrafın sosyal medya hesabında paylaşılmasının eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar verme ihtimali mevcuttur. Bir fotoğrafın sosyal medyada paylaşılması ile neredeyse herkes tarafından ulaşılması mümkün olmakta, fotoğraftan yararlanmak için eser sahibine başvurulmasına gerek kalmamaktadır.

Kişisel kullanım istisnasından faydalanmak için kullanımın kişinin şahsi ve dar çevresi ile sınırlı olması gerekir. Fotoğrafın kurumsal değil de yalnızca kişisel sosyal medya hesabından paylaşılmış olması kişisel kullanımın varlığını göstermez⁴⁴⁹. Zira kişinin kişisel sosyal medya hesabındaki “arkadaş” ya da ‘takipçileri’nin burada belirtildiği anlamıyla dar çevre kabul edilmesi çoğu zaman mümkün olmaz. Bununla birlikte bir eserin e-posta ile gönderilmesinde kabul edildiği gibi⁴⁵⁰ uygulama içi mesaj fonksiyonlarıyla seçili kişilere iletim durumun koşullarına göre şahsi çevre çerçevesinde kabul edilebilir.

⁴⁴⁷ Tao, 629.; Cariou v. Prince, 784 F. Supp. 2d 337, (S.D.N.Y. 2011)

⁴⁴⁸ Tao, 629.; Cariou v. Prince, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013)

⁴⁴⁹ Yuk. İkinci Bölüm II.C.3.cc.i.’de değinilen İstanbul BAM 16. H.D.’nin T. 11.6.2020, E. 2017/4562, K. 2020/1043 sayılı kararda da davalılar tarafından paylaşımın belediye başkanının kişisel sosyal medya hesabından yapıldığı gerekçesiyle şahsen kullanma olduğu savunması mahkemece dikkate alınmamıştır.

⁴⁵⁰ Tekin Memiş, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002), 117.

İktibas serbestisi ise güzel sanat eserleri bakımından amacın haklı gösterebileceği nispetle ve ilim eserinin içeriğini aydınlatmak amacı ile sınırlı olduğundan (FSEK m.35/3) sosyal medya paylaşımlarının bu serbesti kapsamında kabul edilmesi de oldukça zordur. Türk Hukuku çerçevesinde burada gündeme gelebilecek bir başka serbesti olan haber verme ise ancak haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme amacını aşmamak koşuluyla geçerli olduğundan sosyal medya paylaşımlarının büyük kısmı açısından söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla herhangi bir istisnanın bulunmaması halinde başkasına ait eser niteliğinde fotoğrafların kaynak gösterilerek de olsa paylaşılması fotoğraf üzerindeki mali hakların ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle sosyal medya kullanıcıları tarafından başkasına ait bir fotoğrafın sosyal medyada paylaşılmasının belki de tek kabul edilebilir yolu uygulama içi “direkt mesaj” fonksiyonlarıdır⁴⁵¹.

Bir başkasına ait eser niteliğindeki fotoğraf, kimi zaman üzerinde çeşitli değişiklikler yapılarak paylaşılmaktadır. Bu değişiklikler filtre uygulanması gibi nispeten küçük değişiklikler yanında eserden faydalanarak yeni bir eser ya da *Caps* meydana getirilmesi gibi çok daha büyük değişiklikler olabilir. Eser sahibinin izin vermediği değişiklikler eser üzerinde değişiklik yapılmasını menetme manevi hakkını (FSEK m.16) ihlal edeceği gibi eğer eser üzerinde yapılan değişiklikler sonucunda bağımsız olmayan bir başka eser meydana getirilmişse eser sahibinin bir başka mali hakkı olan işleme hakkının (FSEK m.21) ihlal edildiğinden de bahsedilebilir⁴⁵². Bununla birlikte sosyal medyada üretilen *Caps* gibi içerikler çoğunlukla FSEK’te sayılan eser türlerinden biri içerisinde yer almadığı ya da FSEK’te öngörülen hususiyet seviyesini karşılayamadığı için bir işleme eserin varlığı söz konusu olmayacaktır⁴⁵³. Üstelik üretilen *Caps*ler işleme eser niteliği taşısa dahi asıl eser sahibinin izni alınmadan bunlar üzerindeki hakların kullanılması için bu kullanımın eser sahibinin haklarına getirilen istisnalardan biri kapsamında olması gerekir⁴⁵⁴. Oysaki burada gündeme

⁴⁵¹ Aynı sonuca Amerikan Hukuku bakımından ulaşılabileceği yönünde bkz. Russ, 211.

⁴⁵² Kaynak/ Koç, 400.

⁴⁵³ Karaaslan, 57-58.

⁴⁵⁴ Karaaslan, 58.

gelebilecek iktibas serbestisi güzel sanat eseri fotoğraflar için çok kısıtlı olarak ancak ilim eserlerinin içeriğini aydınlatmak amacıyla tanınmıştır. *Caps*lerin faydalanabileceği bir istisna olarak birçok hukuk düzeninde yer alan parodi istisnasından ise Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda söz edilmemektedir.

2. Eser Olarak Korunmayan Fotoğraflar Üzerindeki Hakların İhlali

Başkasına ait bir fotoğraf eser vasfını taşımasa da sosyal medyada paylaşılması hukuka aykırı olabilir. Bir kişinin tasvirini içeren fotoğraflar o kişinin kişilik hakkının ihlal edebileceği gibi başkasının çektiği ancak eser niteliğinde olmayan fotoğrafların paylaşılması haksız rekabet teşkil edebilir. Bu kapsamda özellikle ABD'de telif hakkının ihlali davalarına konu olan kimi fotoğrafların Türk Hukuku çerçevesinde eser olarak nitelendirilmesi zordur. Örneğin model *Emily Ratajowski*'nin bir paparazzi tarafından çekilen fotoğrafını Instagram hikayesinde paylaşması üzerine karşı karşıya kaldığı telif hakkı ihlali davasında böyle bir durumdan bahsedilebilir. Bu davada davalı *Ratajowski*, fotoğrafın sanatsal kalitesi bulunmaması nedeniyle telif korumasından yararlanamayacağını savunmuş, ancak nihayetinde taraflar anlaşmıştır.

Türk Hukuku'nda ise magazin fotoğraflarının eser olarak korunma ihtimali düşük⁴⁵⁵ olsa da bir başkası tarafından çekilmiş bir fotoğrafın çoğaltılması veya yayımlanması hukuka aykırı olabilecektir. Zira FSEK m.84 eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğrafın çoğaltılması ve yayımlanmasını yasaklarken FSEK m.84/2 ihlal edenin tacir olma şartını aramamaktadır.

Öte yandan kişinin tasvirini içeren fotoğraflar da FSEK m.86 hükmü gereğince kişilik hakkı kapsamında korunduğundan tasvir edilenin izni ya da hukuka

⁴⁵⁵Nitekim Yargıtay da bu hususa ilişkin bir kararında davaya konu fotoğrafların sıradan magazin fotoğrafı olduğu, hususiyetin varlığından söz edilemeyeceği ve estetik değer de taşımadığından fotoğraflara ilişkin ancak FSEK m. 84 hükümleri uyarınca haksız rekabet hükümlerine göre koruma talep edilebileceğine ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Yargıtay 11. H.D. E.2014/17224, K. 2015/2315, T. 20.02.2015(www.lexpera.com) Aynı şekilde bkz. 11. HD. E. 2014/18652 K. 2015/4147 T. 25.3.2015

uygunluk sebepleri olmaksızın kamuya arz edilemezler. Bu kapsamda modelin paparazzi tarafından çekilen fotoğrafının umuma arzının FSEK m.86'da sayılan hukuka uygunluk sebeplerinden birini teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekecektir.

Kişinin kendi görüntüsünü içeren fotoğrafını, sosyal medyada herkese açık olarak kendi rızasıyla paylaşması durumunda bu fotoğrafın başkaları tarafından paylaşılmasına rıza gösterdiğinin kabul edilebileceğinin savunulduğu da unutulmamalıdır⁴⁵⁶. Böyle bir durumda fotoğrafını ilk olarak kendi sosyal medya hesabında herkese açık olarak paylaşan kişi fotoğrafının paylaşılmasına zımni rızası bulunduğu savunmasıyla karşı karşıya kalabilecektir.

Ebeveynlerin yaptığı sosyal medya paylaşımlarının sonucu olarak çocuğun fotoğrafı üzerindeki hakkı da ihlal edilmiş olabilir. Örneğin ayırt etme gücüne sahip çocuk fotoğrafının paylaşılmasını yasaklamış olmasına rağmen fotoğrafın ebeveynleri tarafından sosyal medyada yayınlanması hukuka aykırı olacaktır⁴⁵⁷. Yine ayırt etme gücü bulunmayan çocuğun fotoğrafının ebeveynler tarafından paylaşılması ve ebeveynlerin kendi fiillerine rıza göstermiş olması halinde de paylaşımın ihlal niteliğinde olması mümkündür. Zira velilerin paylaştığı fotoğrafın örneğin çocuğu rencide edebilecek, rahatsız edebilecek nitelikte olması nedeniyle çocuğun yararına uygun olmaması dolayısıyla velayet hakkı kapsamında kalmaması ihtimalinde paylaşım hukuka aykırı olur⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Bkz. Yuk. Birinci Bölüm II.B.2.c.aa.

⁴⁵⁷ Murat Akdi, "Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Sorumluluğu," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 123-144, 132.; Ertuğrul, 535.; Ayça Zorluoğlu Yılmaz, "Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, no. 4 (2021): 3383-3417, 3397.

⁴⁵⁸ Ertuğrul, 535.; Dinler, 340.

B. Sosyal Medya Platformlarının ve Kullanıcıların 5651 Sayılı Yasa Bakımından Hukuki Sorumluluğu

Türk Hukukunda internet aktörlerinin tanımlanması ile sorumluluk ve yükümlülüklerinin belirlenmesi, 5651 sayılı kanun ile gerçekleştirilmiştir. Bu kanun ile internet aktörleri olarak erişim sağlayıcı, yer sağlayıcı ve içerik sağlayıcı kategorileri düzenlenmiş olup hukuki sorumluluk belirlenirken sunulan hizmetin hangi kategori kapsamında yer aldığı dikkate alınacaktır⁴⁵⁹.

5651 sayılı kanunun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin f bendinde erişim sağlayıcı *“Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiler”* olarak tanımlanmıştır. Kanunun 6. maddesinin 2. Fıkrası ile erişim sağlayıcıların kendileri aracılığıyla erişilen içeriklerin hukuka aykırı olup olmadığını denetlemekle yükümlü olmadıkları belirtilmiştir. Bu nedenle hukuka aykırı içerikten hukuki sorumlulukları kural olarak yoktur⁴⁶⁰ ancak hukuka aykırı içerikten haberdar edilmesine karşın erişimi engellememesi halinde sorumluluğu gündeme gelebilir⁴⁶¹. Sosyal medya platformları ise internete erişim hizmeti vermemeleri sebebiyle erişim sağlayıcı olarak değerlendirilmezler⁴⁶².

Yer sağlayıcıların tanımı ise bu maddenin m bendinde *“Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler”* olarak yapılmıştır. Kanunun 5. maddesine göre yer sağlayıcılar da içeriği denetlemek veya hukuka aykırı faaliyetleri araştırmakla yükümlü değildir. Bununla birlikte yer sağlayıcının, kanunun 8. ve 9. maddelerine göre haberdar edilmesi durumunda, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği yayından çıkarma yükümlülüğü vardır (m.5/2). madde 8 ile çıkarılması öngörülen içerikler, sayılan suçları

⁴⁵⁹Bozbel, 484.

⁴⁶⁰Kaya, 207.; Sefer Oğuz, "Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1 (2008): 170.

⁴⁶¹Oğuz, 170.

⁴⁶²Ali Fuat Özbakır, *Sosyal Medyada ve İnternette Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 186.

oluşturduğu konusunda yeterli şüphe sebebi bulunanlar ile m.9 kişilik haklarının ihlal eden içeriklere ilişkindir. Fikri hakları ihlal eden içeriklere ilişkin ise bu kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte FSEK Ek m.4/3'te internet ortamında eser ve bağlantılı hak sahiplerinin korunmasını amaçlayan bir düzenleme yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca *“Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâle konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin durdurulmasını ister. İhlâlin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâle devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir”* Söz konusu hükümde 5651 sayılı kanundan farklı olarak “servis sağlayıcı” terimi tercih edilmiş olsa da sosyal medya platformlarında yer alan ve eser sahibi veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarını ihlal eden içeriklere ilişkin başvurularda bu hükmün de göz önüne alınması gerekir⁴⁶³.

5651 sayılı kanun m. 2/f’de içerik sağlayıcının tanımı *“İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler”* olarak yapılmışsa da bilgi ya da veriyi üretme, değiştirme ve sağlamanın aynı kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmez⁴⁶⁴. Sosyal medya kullanıcılarının, içeriğin salt alıcısı olmayıp yaratılması ve paylaşılmasında rol alması, ürettikleri veya değiştirdikleri içerikten sorumluluklarını da beraberinde getirir. Kullanıcı kaynaklı içeriğin kullanıma sunulmasından önce site sahibi veya görevlendirdiği kişi tarafından ön inceleme

⁴⁶³“...Bu suretle, yer sağlayıcı olan davalının hukuki sorumluluğunun 5651 sayılı Kanun hükümleri ile 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ek 4. Maddesi kapsamında tespit edilmesi gerekirken eksik inceleme ve değerlendirmeye yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11. H.D. T.17.06.2014, E.2014 / 902, K. 2014 / 11631 (www.hukukturk.com)

⁴⁶⁴Kaya, 222.

ve kontrole tabi tutulduğu durumlarda kullanıcının yanında web sitesi sahibi veya sistem yöneticisi de içerik sağlayıcı olarak kabul edilir⁴⁶⁵.

Kanunun 4. maddesinde içerik sağlayıcıların hukuki sorumluluğu düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasına göre içerik sağlayıcılar, internet ortamında kullanıma sundukları her çeşit içerikten sorumludur. Kullanıma sunulan içerik ile eser sahibinin manevi hakları ihlal edilmiş ise manevi tazminat istenebilir (FSEK 70/1) ya da mali haklara tecavüz edilmiş olması halinde kusur varsa haksız fiil hükümlerine göre tazminat istenebilir (FSEK 70/2). Kullanıma sunulan içeriğin hazırlanmasında içerik sağlayıcı tarafından başkaları istihdam edilmişse TBK m.66 gereği adam çalıştırmanın sorumluluğu söz konusu olabilir⁴⁶⁶.

5651 sayılı kanunda değişiklikler yapan 7253 sayılı kanunun 29.07.2020’de kabul edilmesiyle “sosyal ağ sağlayıcı” kavramı hukukumuzda düzenlenmiş, ayrıca tanımlanan kapsamda yer alan sosyal ağ sağlayıcılara çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. 5651 sayılı kanun ek madde 4 hükmüne göre; Türkiye’den günlük olarak bir milyondan fazla erişilen yurtdışı merkezli sosyal ağ sağlayıcılara Türkiye’de temsilci belirleme zorunluluğu getirilmiş olup temsilci belirleme ve bildirme yükümlülüğünü karşılamayan sosyal ağ sağlayıcıya kademeli yaptırımlar uygulanması öngörülmüştür. Ayrıca maddenin 5. fıkrası ile Türkiye’den günlük erişimi bir milyondan fazla olan sosyal ağ sağlayıcıların Türkiye’deki kullanıcıların verilerini Türkiye’de barındırması zorunlu kılınmıştır. Bu düzenleme ile, sosyal medyada işlenen suçların yargılamasında kullanıcı bilgileri talep edildiğinde bir muhatap bulmanın amaçlandığı belirtilmekle birlikte söz konusu düzenlemenin sosyal medyada sansüre neden olacağı gerekçesiyle oldukça eleştirilmektedir⁴⁶⁷.

Sosyal ağ sağlayıcıların hukuki sorumluluklarına yer verilen ek madde 4’ün 8. fıkrası uyarınca sosyal ağ sağlayıcılar hukuka aykırılığı hâkim veya mahkeme

⁴⁶⁵Kaya, 222.

⁴⁶⁶Kaya, 228. ; Kaplan, 159.

⁴⁶⁷Dülger/ Özkan, 1.

kararı ile tespit edilen içeriğin kendilerine bildirilmesi halinde, yirmi dört saat içinde içeriği çıkarmaz veya erişimi engellemezlerse doğan zararların tazmin edilmesinden sorumludur. Üstelik sosyal ağ sağlayıcıların sorumluluğuna başvurulabilmesi için içerik sağlayıcıya dava açılması şartı da aranmamaktadır.

Sosyal ağ sağlayıcıların aynı zamanda kanunda tanımlanan içerik veya yer sağlayıcı niteliğinde olmaları mümkündür⁴⁶⁸. Bu halde ek m.4/9'a göre sosyal ağ sağlayıcısı olarak yükümlülükleri içerik veya yer sağlayıcısı olarak sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla şartların bulunması durumunda 5651 s. Kanun m.4'teki içerik sağlayıcıların ve m.5'te yer alan yer sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre de sosyal ağ sağlayıcıların sorumlulukları gündeme gelebilir.

Sonuç olarak, sosyal medya platformları içerik üzerinde bilgi ve kontrolleri bulunmadığı yani “içerik sağlayıcı” olmadıkları müddetçe ister “sosyal ağ sağlayıcı” ister “yer sağlayıcı” olarak değerlendirilsinler sorumlulukları haberdar edilmeleriyle başlar. Yukarıda sayılanlar çerçevesinde sosyal medya platformlarının ihlal oluşturan içeriğin kaldırılmaması halinde sorumlulukları gündeme geleceğinden sınırlı bir sorumluluklarının bulunduğu söylenebilir.

C. Sosyal Medya Platformlarının ABD Hukuku Kapsamında Sorumluluğu

ABD’de İnternet Servis Sağlayıcıların⁴⁶⁹ sorumluluğu Dijital Milenyum Telif Hakkı Kanunu Başlık II’de düzenlenmiştir. Bu kanunun § 512 İSS’nin telif hakkı sorumluluğunu i) iletişimin aktarılması, ii) ön belleğe alma, iii) bilginin sistem

⁴⁶⁸ Nitekim “sosyal ağ sağlayıcı” kavramı kanuna girmeden önce, sosyal medyanın verdiği hizmet ve içeriğin türüne göre bazen yer sağlayıcı, bazen de içerik sağlayıcı olarak hukuki ve cezai sorumluluk altında olduğu ve sosyal medya platformlarının hukuki niteliğinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Özbakır, 186.

⁴⁶⁹ İnternet servis sağlayıcılar, kişilerin internete erişimini sağlamaya aracılık eden kuruluşlardır. Kaplan, 159. İnsanların internetin sağladığı imkanlardan faydalanmalarını sağlayan araçlar olan İSS’lerin sorumlulukları içerik, yer ve erişim sağlama işlevlerine göre saptanabilir. Oğuz, 153.

veya ağ üzerinde depolanması ve iv) her türlü bağlantı olmak üzere dört başlık altında düzenlemektedir⁴⁷⁰. Kanunun § 512(a)'da İSS'nin sorumluluğunun sınırlandırılması şu şartlara bağlanmıştır: a) İletimin İSS dışında birisi tarafından başlatılmış olması b) İletim, yönlendirme, bağlantıların sağlanması veya depolama işlemlerinin İSS'nin seçimi olmaksızın, otomatik teknik bir süreçte gerçekleştirilmesi c) İSS, başka bir kişinin talebine otomatik yanıt vermek dışında iletinin alıcılarını belirmemelidir d) Ara kopyalar öngörülen alıcılar dışında hiç kimse tarafından normalde erişilebilecek şekilde tutulmamalı ve bağlantıların iletimi, yönlendirilmesi veya sağlanması için makul olan süreden daha uzun şekilde sistemde tutulmamalıdır e) İleti içeriğinde değişiklik yapılmadan iletilmelidir⁴⁷¹. Dijital Milenyum Telif Hakkı Kanunu'nun § 512(c)'de ise sistemde veya ağda kullanıcıların isteği üzerine bilgi bulunduran İSS'lerin ihlal halinde sorumlu olmamaları yeterli bilgilerinin bulunmamasına bağlanmıştır. Buna göre İSS'nin ihlal eylemini denetleme hakkı veya imkânı varsa, bu halde İSS bu eylemden kaynaklanan bir finansal fayda sağlamamalı ve telif hakkı ihlaline dair geçerli bir uyarı kendisine ileildiğinde derhal iletiyi bloke etmeli veya kaldırmalıdır⁴⁷².

D. Sosyal Medya Platformlarının Sorumluluğuna İlişkin AB Düzenlemeleri

2019 yılına kadar Avrupa Birliği'nde internet servis sağlayıcıların sorumluluğu 2000/31 sayılı E-Ticaret Yönergesi ile düzenlenmekteydi. Söz konusu yönergenin 14. maddesinde yer sağlayıcıların sorumlulukları sınırlı sorumluluk olarak belirlenmişti⁴⁷³. Yönergenin 15. maddesinde 12, 13 ve 14. maddelerde sayılan servis sağlayıcıların, barındırdıkları veya aktardıkları içeriklerin hukuka aykırı olup olmadığına ilişkin kontrol sorumlulukları bulunmadığı ve kural olarak bu

⁴⁷⁰Tamer Soysal, "İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları," *TBB Dergisi*, no. 61 (2005): 313.

⁴⁷¹Digital Millennium Copyright Act, (1998). ; Soysal, "ISS", 313.

⁴⁷²Çeviri Soysal, "ISS", 320.

⁴⁷³Veysel Başpınar/Doğan Kocabey, *İnternette Fikri Hakların Korunması* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2207).

içeriklerden dolayı İSS'lerin hukuki ve cezai sorumluluklarına gidilemeyeceği düzenlenmekteydi⁴⁷⁴. Bu yönerge kapsamında yer sağlayıcı İSS'ler barındırdıkları içeriklerin hukuka aykırı olduğu hususunda bilgilendirildiklerinde ya da farkına vardıklarında içeriğe erişime engelleyerek ya da kaldırarak sorumluluktan kurtulmaktaydılar⁴⁷⁵

Buna karşın tüm eleştirilere rağmen 17 Nisan 2019 tarihinde Avrupa Konseyi'nde kabul edilen 2019/790 sayılı Yönerge ile "çevrimiçi içerik paylaşım hizmeti sağlayıcılar"a fiili bir filtreleme yükümlülüğü getirildiği savunulmaktadır⁴⁷⁶. Yönergenin 17. maddesi ile bu hizmet sağlayıcıların sorumluluktan kurtulmak için bildirim anından itibaren ihlale konu içeriğin çıkarılması için hızlı hareket etmenin yanında ihlal edici içeriğin tekrar yüklenmesini engellemek üzere elinden gelen çabayı göstermesi şartı getirilmiştir⁴⁷⁷. Her ne kadar Yönerge'nin 17/8 maddesinde genel bir izleme yükümlülüğü olmadığına dair bir düzenleme yer alsa da büyük içerik paylaşım hizmet sağlayıcıların Youtube'un Content Id uygulamasına benzer teknolojileri kullanmasının, telif hakkı ihlalinin kaçınmak için mecburiyet haline geleceği belirtilmektedir⁴⁷⁸. Yönergein kabulünden sonra Polonya tarafından ifade ve bilgi özgürlüğünün ihlali gerekçesiyle 17. maddenin iptali için dava açılmış olup davada Polonya, 17. madde ile dayatılan yükümlülüklerin filtreleme sistemlerinin uygulanmasına yol açacağı ve bu sistemlerin, izin verilen ve yasaklanan kullanımları yeterince ayırt edemeyerek aşırı engellemeye neden olacağını savunmuştur. Ancak ABAD, 17. maddenin, hizmet sağlayıcıların hatalı veya haksız bir şekilde yasal içeriği engellediği

⁴⁷⁴Başpınar/ Kocabey, 243.

⁴⁷⁵Başpınar/ Kocabey, 244.

⁴⁷⁶Cahit Suluk, "Dijital Telif Hakları," *Editöryal, Ticaret Ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 7, no. 2 (2021): x.

⁴⁷⁷Tamer Soysal, "Avrupa Birliği'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Müzik Sektöründe 'Değer Boşluğu' Kavramı ve Düzenlemenin İnternet İçerik Paylaşım Sitelerine Etkileri," *Araştırma Makalesi, Ankara Barosu Dergisi* 77, no. 4 (2020): 177,.

⁴⁷⁸Soysal, 195.

durumlarda kullanıcıların ifade ve bilgi edinme özgürlüğünü koruyan çeşitli usuli güvenceler getirdiğini vurgulayarak davayı reddetmiştir⁴⁷⁹.

E. Sosyal Medya Platformlarının Sınırlı Sorumluluğundan Kaynaklanan Sorunlar

5651 sayılı yasa ile internet aktörlerinin sorumluluklarının belirlenmesinde içerik üzerindeki kontrol ve denetimleri temel alınmıştır. Buna göre temel olarak erişim sağlayıcılar ile yer sağlayıcıların içeriği kontrol ve denetim yükümlülüğü bulunmazken hukuka aykırı içerikten haberdar edilmeleri üzerine bu içeriklere erişimi engellememeleri ya da içeriği yayından çıkarmamaları halinde sorumluluklarının doğacağı kabul edilmiştir. Ayrıca Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yapılan değişiklik ile internet ortamında eser sahiplerinin haklarının ihlalinde, eser sahiplerinin başvuruları üzerine içeriğin kaldırılmasını öngören bir uygulama getirilmiştir. Bu uygulama, Amerikan Hukuku'ndaki uyar-kaldır (notice and takedown) sisteminin bir benzeridir⁴⁸⁰.

Dijital Milenyum Telif Hakkı Kanunu'nda öngörülen uyar-kaldır mekanizması birçok sosyal medya platformunun ara yüzüne entegre edilmiş durumdadır. Telif hakkı şikayetinde bulunmak isteyenler web sitelerinde kullanıma sunulan formları⁴⁸¹ doldurarak platformları telif ihlalinde haberdar edip içeriğin kaldırılmasını talep edebilirler. Söz konusu formlar, mevzuatta öngörülen kurallar dışında bir kolaylık olarak sosyal medya platformları tarafından kullanıcılara sunulmaktadır⁴⁸².

⁴⁷⁹C-401/19 Republic of Poland v. European Parliament, Council of the European Union, (CJEU 2022).; "Finally Some Clarity? CJEU Declares Art. 17 DSM-Directive To Be In Line With Fundamental Rights.," 2022, Erişim Tarihi: 08.05.2022, <https://www.jdsupra.com/legalnews/finally-some-clarity-cjeu-declares-art-9294028/>.

⁴⁸⁰Ayhan, 221.

⁴⁸¹"Telif Hakkı Şikayet Formu," Erişim Tarihi: 07.05.2022, <https://www.facebook.com/help/contact/1758255661104383>. ; "Fikrî Mülkiyet Hakkı Sorunları Hakkında Yardım," Erişim Tarihi: 07.05.2022, <https://help.twitter.com/tr/forms/ipi>. ; "Telif Hakkı İhlali Bildirimi," Erişim Tarihi: 07.05.2022, <https://tr.pinterest.com/about/copyright/dmca-pin/>.

⁴⁸²Corinne H.Y. Tan, "Technological "nudges" and copyright on social media sites," *Intellectual Property Quarterly*, no. 1 (2015): 69.

İhlal teşkil eden içerik sosyal medyada paylaşıldığında, içeriğin kaldırılması için mücadele etmesi gereken hak sahipleridir. Eser sahipleri ihlale karşı dava açmak zorunda kalabilir ki bu da zaman ve para bakımından yoğun bir süreçtir. Bu sırada asıl para kazanan yer sağlayıcı sitelerin ise hiçbir ödeme yükümlülüğü olmayacaktır⁴⁸³. Örneğin 2014 yılında fotoğrafçı *Christopher Boffoli* Pinterest kullanıcılarının görsellerini izinsiz kullandığından bahisle Pinterest'i dava etmiştir. Boffoli yıllar içinde fotoğraflarını kaldırmak için birden fazla DMCA içerikten kaldırma talebi gönderdiğini ancak Pinterest'in içeriği tamamen kaldırmakta başarısız olduğunu ifade etmiştir⁴⁸⁴. Uyar-kaldır sistemi sosyal medya platformlarının yasaya uyumlu olmasını sağlasa da eser sahiplerinin haklarını korumak için yeterli değildir.

Sosyal medya sitelerindeki teknolojik özelliklerin çoğunun kullanıcıları içerik üretici faaliyetlere teşvik ettiği veya "dürttüğü" savunulmaktadır⁴⁸⁵. Sosyal medya platformlarının bu teknolojik özellikleri, kullanıcılara içerik üretme imkânı tanımakta ancak aynı zamanda telif hakkı ihlali risklerini artırmaktadır⁴⁸⁶. Buna karşın söz konusu düzenlemeler ile şirketler yasaya uyum için gereken minimum koşulları sağlayarak telif hakkı ihlallerinden sorumlu olmaktan korunmaktadır. Sonuç olarak telif hakkı ihlallerinde sorumluluktan kurtulmak amacıyla kullanıcıların hizmetine uyar- kaldır mekanizmaları gibi ihlale karşı önlemler sunulması ile kullanıcılar bir yandan sosyal medyada özgürce içerik yaratmaya, değiştirmeye ve yaymaya teşvik edilmeleri sebebiyle herkesin katıldığı bu tür faaliyetlerin telif hakkı yasaları kapsamında sorumluluk doğurmayacağına dair makul bir beklentiye girmektedirler. Öte yandan uyar-kaldır gibi mekanizmalar kullanıcılara telif hakkı ihlali nedeniyle dava edilme tehdidinin her yerde var olduğu konusunda çelişkili mesajlar göndermektedir.

⁴⁸³Russ, 217.

⁴⁸⁴Brittany Curtis, "Copyright vs. Social Media: Who Will Win," *Intellectual Property Law Bulletin* 20, no. 2 (2016): 83.; "Photographer Suing Pinterest in Federal Court Over Repeated Copyright Infringement," 2015, Erişim Tarihi: 07.05.2022, <https://petapixel.com/2015/05/27/photographer-suing-pinterest-in-federal-court-over-repeated-copyright-infringement/>.

⁴⁸⁵Tan, "Copyright", 72.

⁴⁸⁶Tan, "Copyright", 70.

DMCA düzenlemelerinin yetersiz olma sebeplerinden bir başkası bu sitelerde belirli görselleri aramanın zor olmasıdır⁴⁸⁷. Örneğin Pinterest'ta kullanıcılar, gönderilerinin aramada görünmesini sağlayacak anahtar kelimeler içeren bir açıklama yazabilirler, ancak kullanıcı çok sayıda takipçiye sahip değilse görsel, arama sorgusunda büyük ihtimalle görünmeyecektir⁴⁸⁸.

Bu sorunla ilgili olarak kimi hizmet sağlayıcılar kullanıcılara alternatif olanaklar sunmaktadır. Örneğin Youtube telif hakkı sahiplerine sunduğu Content Id sistemi ile sahibi oldukları içeriklerin kullanıldığı YouTube videolarını tespit edebileceklerini belirtmektedir⁴⁸⁹. Content Id sistemi yalnızca belirli ölçütleri karşılayan telif hakkı sahiplerine sunulmaktadır⁴⁹⁰. Content Id servis sağlayıcıların telif hakkı sahiplerini koruması için geçerli bir çözüm ve iyi bir örnek olarak görünse de bu sisteme de eleştiriler yöneltilmektedir⁴⁹¹.

F. Sosyal Medyada Meydana Gelen İhlallerde Milletlerarası Yetki Sorunu

Sosyal medyada başkalarına ait fotoğrafların izinsiz olarak paylaşılması ile gerçekleşen ihlaller, hemen hemen dünyanın her yerinde sonuç doğurabilmekte bu durum hakkı ihlal edilen kişilerin mücadelesini de oldukça zorlaştırmaktadır. *Alison Chang* adlı bir çocuğun kilise danışmanı *Justin Ho-Wee Wong* tarafından çekilen fotoğrafının izinsiz kullanılması sonucu meydana gelen uyuşmazlık da bu hususun bir örneğini oluşturur. Davaya konu olayda, *Justin Ho-Wee*

⁴⁸⁷Curtis, 83.

⁴⁸⁸Curtis, 84.

⁴⁸⁹Content Id sisteminde, yüklenen videolar telif hakkı sahiplerince gönderilmiş videoların bulunduğu bir veritabanı ile karşılaştırılarak taranmakta, videolarıyla eşleşen videolar için telif hakkı sahibine videonun izlenmesini engelleme ya da reklam yayınlayarak para kazanma ya da videonun izlenme istatistiklerini takip gibi seçenekler sunulmaktadır. "Content ID'nin İşleyiş Şekli," Erişim Tarihi: 07.05.2022, <https://support.google.com/youtube/answer/2797370>.

⁴⁹⁰"YouTube Operasyonlar Rehberi Content ID'yi Kullanma ", Erişim Tarihi: 07.05.2022, <https://support.google.com/youtube/answer/3244015?hl=tr#:~:text=Content%20ID%2C%20telif%20hakk%C4%B1%20sahiplerine,kar%C5%9F%C4%B1layan%20telif%20hakk%C4%B1%20sahiplerine%20sunar>.

⁴⁹¹Curtis, 86.

Wongkendisinin çektiği söz konusu fotoğrafı (kaynak göstermek koşuluyla ticari kullanım dahil en geniş kullanıma izin veren Creative Commons Lisansı ile) Flickr adlı siteye yüklenmiştir. Avustralyalı şirket Virgin Wireless ise fotoğrafın üzerinde düzenleme yapılmış bir versiyonunu hoş olmayan bir reklam kampanyasında⁴⁹² çocuğun haberi ve izni olmadan kullanmış fotoğrafı çeken Wong'un ise adı belirtilmemiştir. Çocuğun yaşadığı yoğun utanç ve aşağılanma gibi manevi zararlar sonucu telif hakkı ihlali de dahil olmak üzere çeşitli dayanaklarla şirkete karşı dava açılmıştır⁴⁹³. Ancak bu davada mahkeme yargı yetkisinin olmadığından bahisle davayı reddetmiştir⁴⁹⁴. Dolayısıyla kimi yerlerde mahkemelerin yargı yetkisinin olmadığından bahisle davayı reddedebilmesi ihlallerin oldukça zarar verici sonuçlara yol açmasında rol oynayabilmektedir.

Sosyal medyada meydana gelen bir fikri hak ihlaline ilişkin başvuruda ihlale uygulanacak hukukun belirlenmesinden önce beliren sorun başvuru mahkemenin yargı yetkisi bulunup bulunmadığıdır. WIPO tarafından hazırlanan bir raporda⁴⁹⁵, yetkili mahkeme sorununun online ihlallere ilişkin davaların çoğunda asıl inceleme konusunu oluşturduğu görülmüştür⁴⁹⁶. Aynı raporda incelenen davaların büyük kısmında uygulanacak hukuk meselesinin ya hiç incelenmediği, incelendiğindeyse yerel hukukun uygulanacağına karar verildiği tespit edildiğinden⁴⁹⁷ uygulanacak hukuka ilişkin değerlendirmelere geçmeden önce Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen hükümlere değinmekte yarar vardır.

⁴⁹² Kampanyada Chang'ın fotoğrafının altında "Dump Your Pen Friend" yani mektup arkadaşını terk et yazılmıştır. Hetcher, S. (2008). User-Generated Content and the Future of Copyright: Part Two - Agreements Between Users and Mega-Sites. *Santa Clara High Technology Law Journal*, 24(4), 829-867. , 838.

⁴⁹³ A.g.e., 838.

⁴⁹⁴ Chang v. Virgin Mobile USA, LLC, No. 3:07-CV-1767-D. (U.S.D.C, N.D. Texas, Dallas Division 2009).

⁴⁹⁵ Andrew F. Christie, *Private International Law Issues in Online Intellectual Property Infringement Disputes with Cross-Border Elements*, WIPO (2015), https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_rep_rfip_2015_1.pdf.

⁴⁹⁶ Esra G. Dardağan Kibar, "Fikri Haklar Alanında Uygulanacak Hukuk Sorunu" (Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eskişehir, Yetkin Yayınları, 2016).

⁴⁹⁷ Dardağan Kibar, 439.

G. Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

1. Eser Olarak Korunan Fotoğraf Haklarının İhlalinde

Fikri hakların ihlalinin kaynaklanan davalarda Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirleyen bir özel yetki kuralı MÖHUK'ta bulunmamaktadır. Bu nedenle bu uyuşmazlıklara iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına gönderme yapan genel yetki kuralı niteliğindeki MÖHUK m.40'ın uygulanması gerekir⁴⁹⁸. Bu kapsamda davanın niteliğine göre FSEK ve HMK'nin çeşitli hükümlerinde yer alan yetki kurallarının uygulanması gündeme gelir.

FSEK m.66 düzenlemesi ile eser sahibine, tecavüzün giderilmesi ile menî davalarını kendi ikamet ettiği yerde açma imkânı tanınmış olduğundan Türkiye'de ikamet eden bir eser sahibinin açacağı tecavüzün giderilmesi ile menî davalarında Türk Mahkemelerinin yetkisinin bulunduğu bahsedilebilir. Fikri haklara tecavüz haksız fiil niteliğindeyse haksız fiillerde yetkili mahkemeyi gösteren hüküm olan HMK m.16 uyarınca haksız fiilin işlendiği ya da zararın meydana geldiği yer veya zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi, yetkili mahkemedir. FSEK m. 66'da tecavüzün giderilmesi ve menî davalarının davacının ikamet ettiği yerde açılması imkânı yalnızca eser sahibine tanınmışken HMK hükmü mali hakları ihlal edilen herkes için uygulama alanı bulabilir.

2. Eser Olarak Korunmayan Fotoğraf Haklarının İhlalinde

Yukarıda değinildiği üzere, özel yetki kuralı tespit edilmeyen hususlarda MÖHUK'un 40. maddesi gereği Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukuktaki yetki kurallarına göre belirlenecektir. Bu kapsamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yetki kurallarına yer verilen diğer kanunlar göz önüne alınacaktır. Fikri mülkiyete ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklar gibi kişilik

⁴⁹⁸Çelikel/ Erdem, 598.

hakkı ve haksız rekabete dayanan uyuşmazlıklarda da böyle bir özel yetki kuralı bulunmamaktadır.

Sosyal medyada paylaşılan fotoğrafların gerek kişilik haklarını⁴⁹⁹ gerekse haksız rekabet hükümlerini⁵⁰⁰ ihlal etmesi aynı zamanda haksız fiil olarak değerlendirilmektedir. MÖHUK’da haksız fiillere dair de bir özel yetki kuralı yer almamaktadır. Haksız fiillerde ise HMK m. 16 “*haksız fiilin işlendiği, zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri*” mahkemelerini yetkili kılmaktadır. Bu hüküm ile internet aracılığıyla işlenen haksız fiiller dahil olmak üzere haksız fiilin işlenme yeri ile zararın meydana geldiği yerin farklı olduğu hallerde bütün ihtimalleri düzenlediği belirtilmektedir⁵⁰¹. Aynı şekilde haksız rekabet halinde de fiilin işlendiği yer mahkemesine ek olarak haksız rekabetten doğan zararın başka bir yerde meydana gelmesi halinde zarar yeri ya da zarar henüz gerçekleşmediyse zarar oluşma ihtimalinin olduğu mahkeme yetkili olacaktır⁵⁰².

Ayrıca TMK m.25’te kişilik haklarının korunması için davacının kendi yerleşim yeri ya da davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu öngörülmüştür. Bununla birlikte HMK m.16 hükmü ile davacının yerleşim yeri mahkemesinin tüm haksız fiiller bakımından geçerli olacak şekilde düzenlemiştir⁵⁰³.

H. Sosyal Medyada Meydana Gelen İhlallerde Uygulanacak Hukuk Sorunu

Fikri hakların korunması hususunda yaygın kanı, bu hakların korunmasının ülkesellik prensibine tabi olduğudur⁵⁰⁴. Ülkesellik prensibi, her devletin fikri

⁴⁹⁹Esra Tekin, *Milletlerarası Özel Hukukta Kişilik Haklarının İnternet Yoluyla İhlalinde Sorumluluk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 123.

⁵⁰⁰Çelikel/ Erdem, 577.

⁵⁰¹Çelikel/ Erdem, 576-77.

⁵⁰²Çelikel/ Erdem, 479.

⁵⁰³Çelikel/ Erdem, 577.

⁵⁰⁴Akipek/ Dardağan, 115.

hakları yalnızca kendi sınırları içerisinde koruması ve ihlal halinde hak sahibinin kendi ülkesindeki hukuk yollarından faydalanmasını öngörür⁵⁰⁵. Bu prensibin sonucu olan koruma ülkesi hukuku kuralı, fikri hakların mevcudiyeti, içeriği, sona ermesi gibi hususların korumanın talep edildiği ülke hukuku tarafından tespit edilmesidir⁵⁰⁶.

Bu hususta bahsedilen koruma ülkesi hukuku mahkemenin hukuku lex fori yani mahkemenin hukuku olarak anlaşılmalıdır⁵⁰⁷. Koruma ülkesi hukuku, sınırları içinde ihlalin gerçekleştiği, korumanın talep edildiği ülkenin hukukudur⁵⁰⁸. Bu hususta koruma ülkesi hukukunun “lex loci delicti commissi” yani haksız fiilin işlendiği yer hukuku kuralı ile vücut bulduğu⁵⁰⁹ ve milletlerarası öğretide birbiri yerine de kullanıldıkları ifade edilmektedir⁵¹⁰. Bununla birlikte sanal ortamda gerçekleşen ihlal fiilinin sonucunun internetin yapısı nedeniyle neredeyse bütün dünyada gerçekleşmesi ve ihlalin gerçekleştiği bütün hukukların paylaştırmalı olarak uygulanmasına ilişkin sorunlar⁵¹¹ sosyal medyada gerçekleşen ihlaller için de geçerlidir.

Lex loci protectionisin internet çağında uygulanmasına ilişkin zorluklar ve uygulanacak hukuka ilişkin belirsizlikleri azaltmak ve bu ortama özgü ihtiyaçları karşılayan kurallar geliştirmek amacıyla çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Bunlar arasında yer alan Avrupa Max-Planck Grubu Fikri Mülkiyet Haklarında Kanunlar İhtilafı Prensipleri (CLIP Prensipleri) ve Amerikan Hukuku Enstitüsü’nün Fikri Mülkiyete İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıklarda Yetkili Yargı ve Kanunlar İhtilafı Prensiplerinde (ALI Prensipleri) hukuk seçiminin ihlalin öncesinde de

⁵⁰⁵Tekinalp, 48.

⁵⁰⁶Çelikel/ Erdem, 368.

⁵⁰⁷Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, 252.

⁵⁰⁸Kaplan, 183.

⁵⁰⁹Esra Dardağan/ Şebnem Akipek, "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 3 (2001): 119.

⁵¹⁰Dardağan Kibar, 442.

⁵¹¹Dardağan/ Akipek, 127

yapılabileceği öngörülmüştür⁵¹². Ancak böyle bir düzenlemenin de sosyal medyada gerçekleşen ihlallere ilişkin sorunların doğası gereği ne ölçüde çözüm olabileceği şüphelidir. Zira ihlal fiilini gerçekleştiren kullanıcılar ile eser sahipleri arasında çoğu zaman herhangi bir ilişki bulunmamakta hatta birbirlerini tanımamaktadırlar.

Bununla birlikte bahsi geçen CLIP Prensipleri'nde internet gibi araçlarla gerçekleştirilen ihlaller açısından ihlalin sinyallerin alındığı her yerde gerçekleştiğinden söz edilebiliyorsa mahkemenin en yakın ilişkili hukuku uygulayabileceği düzenlenmiş, hangi hukukun en yakın ilişkili olduğu konusunda dikkate alınacak hususlar sıralanmıştır⁵¹³. Burada öngörülen en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını öngören düzenlemeye benzer şekilde Türk hukukunda da daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabileceğine dair bir hüküm haksız fiillere uygulanacak hukuka dair bir istisna olarak yer almaktadır. MÖHUK madde 34/3'te yer alan bahsi geçen hükme göre haksız fiilden doğan borç ilişkisi bir başka ülke ile daha sıkı ilişkisi var ise bu ülkenin hukuku uygulanır. Benzeri bir istisnanın internette meydana gelen fikri mülkiyet hakkı ihlalleri açısından öngörülmesi düşünülebilir.

1. Eser Olarak Korunan Fotoğraf Üzerindeki Hakların İhlalinde Uygulanacak Hukuk

Fikri mülkiyete ilişkin hakların korumanın talep edildiği hukuka tabi olacağını öngören MÖHUK m. 23. düzenlemesine göre Türk hukukunda fikri mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuk olarak "lex loci protectionis" yani koruma

⁵¹²Ekin Ömeroğlu, "Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta "Soft Law" Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi " *Public and Private International Law Bulletin* 40, no. 1 (2020): 65-67.

⁵¹³En yakın ilişkili hukuk belirlenirken dikkate alınacak hususlar (a) ihlal edenin mutad meskeni; (b) ihlalde bulunanın asıl iş yeri; (c) ihlalin bütünüyle ilerlemesine yönelik önemli faaliyetlerin yürütüldüğü yer; (d) ihlalin neden olduğu zararın, ihlalin tamamına göre önemli olduğu yer olarak gösterilmiştir. "Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property (The Draft)," (European Max Planck Group, 2011). https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Final_Text_1_December_2011.pdf.

ülkesi hukuku ilkesi kabul edilmiştir. Fikri hakların ihlalinde geçerli olan koruma ülkesi hukukunun bir fikri hakkın ortaya çıkışı ve sona ermesi gibi ilgili her konuya uygulanacağı ifade edilmektedir⁵¹⁴. Bern Anlaşması m.5/2 ile de koruma ülkesi hukukuna yetki tanındığı kabul edilmektedir⁵¹⁵

Tarafların hukuk seçimine ilişkin olarak ise, MÖHUK m.23/2’de taraflara, ihlallere uygulanacak hukuk için bir seçim yetkisi tanınmış olsa da uygulanacak hukukun, ancak ihlalden sonra ve ancak lex fori olarak belirlenebileceğine dair bir sınırlama getirilmiştir. Bunun yanında taraflarca uygulanmasına karar verilen hukukun yalnızca ihlale ilişkin taleplere uygulanabileceği, ihlalin varlığının bu hukuka göre belirlenmeyeceği belirtilmektedir. Dolayısıyla sosyal medyada meydana gelen ihlaller bakımından 2. fıkra hükmünün de hem seçimin ihlal gerçekleşikten sonra yapılabilmesi hem de ihlalin mevcudiyetinin tespitine uygulanmaması sebebiyle sosyal medya kullanıcılarının uygulanacak hukuku öngörmelerine katkı sağlayacağı söylenemez.

2. Eser Olarak Korunmayan Fotoğraf Üzerindeki Hakların İhlalinde Uygulanacak Hukuk

a. Kişilik Hakları Kapsamında Korunan Fotoğraflar

Sosyal medyada eser olarak korunmayan bir fotoğrafın paylaşılması durumunda uygulanacak hukuka ilişkin yukarıda açıklanan kurallar geçerli olmaz. Bir başkasının tasvirini içeren bir fotoğrafın sosyal medyada paylaşılması halinde uygulanacak hukuk belirlenirken MÖHUK madde 35 hükmünün uygulanması gündeme gelir. Söz konusu maddenin madde başlığı “Kişilik Haklarının İhlalinde Uygulanacak Hukuk” olmakla birlikte bu maddede kişilik haklarının basın, radyo, televizyon, internet gibi kitle iletişim araçlarıyla ihlaline uygulanacak bir kural yer almaktadır.

⁵¹⁴Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, 252. Tekinalp, 49.

⁵¹⁵Dardağan/ Akipek, 116 vd.

Kişilik haklarının internet, medya ve diğer kitle iletişim araçlarıyla ihlalde uygulanacak hukuk zarar görene sınırlı bir seçim hakkı tanımıştır⁵¹⁶ Bu hüküm ile zarar görene zarar verenin işyeri veya mutad mesken hukukunu, zarar veren bu ülkede meydana geleceğini bilebilecek vaziyette ise zararın meydana geldiği ülke veya zarar görenin mutad meskeni hukuklarından birini seçme imkânı tanımıştır. Bu madde ile zarar görene seçme hakkı tanırken bir yandan da zarar verenin bu durumu öngörebilmesi aranarak tarafların menfaati dengelenmeye çalışılmıştır⁵¹⁷. Ancak internetin dünya genelinde etki doğurabilme özelliği nedeniyle öngörülebilirliğin nasıl saptanacağını açık olmadığı ifade edilmektedir⁵¹⁸. Ayrıca zarar görenin mutad meskeni hukukunun yalnızca bu ülkede zarar meydana gelmesi halinde uygulanabileceği düzenlemesi sonucu maddenin(a) ve (c) bendinde aynı kurala yer verildiği savunulmaktadır.

b. Haksız Rekabet Hükümleri Kapsamında Korunan Fotoğraflar

FSEK 83. ve 84. maddeleri kapsamında sayılan fikri ürünlere, tecavüz eden tacir olmasa bile haksız rekabet hükümlerinin uygulanacağını öngörmektedir. Bu nedenle bu maddeler kapsamında korunan fotoğrafların sosyal medyada hukuka aykırı olarak paylaşılmasına uygulanacak hukuk belirlenirken MÖHUK'un haksız rekabete uygulanacak hukuku tespit eden hükümlerine başvurmak gerekir.

MÖHUK m.37 hükmü haksız rekabet uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Buna göre yalnızca zarar görenin işletmesine ilişkin menfaatlerinin ihlal edilmiş olması halinde MÖHUK m.37/2 hükmü uyarınca işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanırken haksız rekabetin ülke piyasasını da etkilemesi söz konusuysa m.37/1'e göre piyasası doğrudan etkilenen ülkenin hukuku uygulanacaktır.

⁵¹⁶Tekin, 204.

⁵¹⁷Tekin, 205.

⁵¹⁸Tekin, 205.

SONUÇ

Fotoğrafların şartlarını taşıması halinde eser korumasından yararlanabileceği bugün uluslararası düzenlemeler ile geniş ölçüde kabul edilmiş durumdadır. Ancak kimi anlaşmalarda fotoğraflar için koruma süresi diğer eser türlerinden daha kısa öngörülmüşken daha yeni tarihli anlaşmalar ve AB düzenlemelerinde fotoğraflar için koruma süresi diğer eser türleri ile eşit hale getirilmiştir.

Türk Hukukunda bir fotoğrafın eser korumasından yararlanması ancak FSEK m.2’de düzenlenen ilim edebiyat eseri ya da FSEK m.4’te yer alan güzel sanat eserleri olarak koruma şartlarını taşıması halinde mümkündür. Bir fotoğrafın ilim edebiyat eseri olarak korunması için eser olmanın genel koşullarını taşımasının yanında ilmi ve teknik mahiyette olması gerekir. Bir fotoğrafın güzel sanat eserlerine sağlanan korumadan faydalanabilmesi için ise estetik değeri haiz olması şarttır. FSEK ile fotoğraf eseri sahibine çeşitli haklar tanınmıştır. Bunlardan umuma arz, eserde değişiklik yapılmasını menetme ile eserin aslına ulaşma hakkı eser sahibine tanınan manevi haklardır. Eser sahibinin mali hakları ise işleme, çoğaltma, yayma, temsil, umuma iletim ve pay ve takip hakkı olarak sayılabilir. İlim edebiyat ya da güzel sanat eserlerine sağlanan korumadan yararlanamayan fotoğraflar ise FSEK m. 83-84 ile haksız rekabet hükümleri ve FSEK m.86 uyarınca kişilik hakları kapsamında korunabilir.

Sosyal medya platformları, mecralarından faydalanmak ve bunlar üzerinde içerik paylaşabilmek için kullanıcıların kendilerine sunulan kullanım koşullarını kabul etmesini şart koşturmaktadır. Bu koşullarda hukuk seçimine yer verilmekte ve platformlara kullanıcının içeriği üzerinde global ve devredilebilir lisanslar tanınmaktadır. Söz konusu lisans hükümleri eser korumasından faydalanan fotoğraflar için FSEK’te yer alan yazılılık koşulu gereğince geçersizdir. MÖHUK fikri mülkiyete ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimine izin vermektedir. Bu sözleşmelerin geçerlilik şekline de esasa uygulanacak hukuk uygulanır. Ancak

FSEK m.52’de yer alan yazılılık şartı doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğundan bu anlaşma da geçersiz olacaktır. Eser korumasından faydalanmayan fotoğraflar bakımından ise GİŞ hükümlerine başvurmak mümkündür. Zira bu koşullarda sözleşmenin niteliğine yabancı ve dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine hükümler yer almaktadır.

Eser olma koşullarını taşıyan bir fotoğraf sosyal medyada paylaşıldığında eser üzerindeki mali ve manevi hakların kullanılması gündeme gelir. Bu hakların kullanımının eser sahibinin haklarını ihlal etmemesi için eser sahibinin izni alınmalı ya da kanunda sayılan istisnalardan biri mevcut olmalıdır. Bu kapsamda gündeme gelebilecek kişisel kullanım istisnası yalnızca çoğaltma hakkı ve kişinin yakın çevresi için öngörüldüğünden sosyal medya paylaşımlarında uygulanması çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde güzel sanat eserlerinden iktibas serbestisi de ilim eserinin içeriğini aydınlatma amacı ile sınırlı olduğundan kullanıcıların bu serbestiden yararlanması oldukça zordur.

Bir başkasına ait fotoğrafın sosyal medyada paylaşılması veya üzerinde değişiklik yapılması ile eser sahibinin mali ve manevi haklarının ihlali teşkil edebilir. Bu durumda ihlal teşkil eden fiili gerçekleştiren kullanıcının içerik sağlayıcı sıfatıyla sorumluluğu mevcut olur. Sosyal medya platformları ise kural olarak içerik üzerinde denetim ve kontrolleri olmadığı müddetçe bu ihlallerden sorumlu değildir. Platformların sorumluluğu hukuka aykırı içerikten haberdar edilmeleri ve içeriği yayından çıkarmamaları ya da erişimi engellememeleri halinde söz konusu olur.

Sosyal medyada bir başkasına ait fotoğrafın paylaşılması ile meydana gelen ihlallerde en önemli sorunlardan biri uygulanacak hukukun tespitidir. Fikri haklar için dünya genelinde yaygın olarak kabul edilen ilke koruma ülkesi hukuku olup MÖHUK da bu ilkeyi benimsemiştir. Bununla birlikte sosyal medyada meydana gelen ihlalleri önlemede koruma ülkesi hukuku prensibi yetersiz olabilmektedir. Eser olma koşullarını taşımayıp haksız rekabet ve kişilik hakları kapsamında

korunan fotoğraflar için ise uygulanacak hukuk tespit edilirken MÖHUK'un 35 ve 37. Maddeleri uygulanacaktır.



KAYNAKÇA

Akipek, Şebnem/ Dardagan, Esra. "Sanal Ortamda Telif Hakları." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 21, no. 1 (2001): 47-80.

Akdi, Murat. "Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf Ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Sorumluluğu." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 123-44.

Arslan, Çetin/ Özel, Kadir Can. "Dillere Pelesenk Bir Tartışma: "Sosyal Medya Düzenlemeleri" (Dünü, Bugünü Ve Yarını)." *Ankara Barosu Dergisi* 79, no. 3 (2021): 255-84.

Arslanlı, Halil. *Fikri Hukuk Dersleri ii.* İstanbul, 1954.

Atamer, Yeşim M. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi.* 2.Bası İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001.

Ateş, Mustafa. "Avrupa Birliği'nde Fikri Haklara İlişkin Düzenlemeler Ve Türkiye,." *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, no. 4 (2005): 1044-61

Ateş, Mustafa. "Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkı Ya Da "E-Haklar": Fsek'in 25. Maddesine Dair Genel Bir Değerlendirme." *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012*, editör Tekin Memiş, 17-54. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

Ateş, Mustafa. *Fikir Ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı Ve Sınırlandırılması.* 1 ed. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003. ("Haklar")

Ateş, Mustafa. *Fikri Haklarla İlgili Hukuki İşlemler (Fsek M.48-65).* Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020. ("Hukuki İşlemler")

Ateş, Mustafa. *Fikri Hukukta Eser.* Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2007.("Eser")

Ayan, Mehmet/ Ayan, Nursen.*Kişiler Hukuku.* 7. Bası. Konya: Mimoza Yayınları, 2015.

Ayhan, H. Lale. "AB Ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali." Yüksek Lisans, Gazi Üniversitesi, 2010.

Ayiter, Nuşin.*Hukukta Fikir Ve Sanat Ürünleri.* Ankara: Sevinç Matbaası, 1981.

Başpınar, Veysel/ Kocabey,Doğan.*İnternette Fikri Hakların Korunması.* Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.

Belgesay, Mustafa Reşit. *Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi.* İstanbul: Temel Yayınları, 2001.

Bozbel, Savaş.*Fikir Ve Sanat Eserleri Hukuku.* 1.Bası İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.

Bozbel, Savaş. "Fikri Eserlerin Umuma Erişilebilir Kılınması (FSEK m.25/II)." *Halûk konuralp Anısına Armağan,* 195-218. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.("Umuma Erişim")

Bozgeyik, Hayri. "Fikir Ve Sanat Eserlerinde Hususiyet." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, no. 3 (2009): 169-224.

Bozgeyik, Hayri. "Telif Hukukunda Eğitim İstisnası." *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 2015, no. 2 (2015): 23-36.("Eğitim İstisnası")

Christie, Andrew F. *Private International Law Issues in Online Intellectual Property Infringement Disputes with Cross-Border Elements*. WIPO (2015).

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_rep_rfip_2015_1.pdf.

Curtis, Brittany. "Copyright Vs. Social Media: Who Will Win." *Intellectual Property Law Bulletin* 20, no. 2 (2016): 81-98.

Çelik, Abdullah. "Fikir Ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma Ve Yayma Haklarının İhlali, İhlalin Sonuçları." Doktora, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2010.

Çelikel, Aysel/ Erdem, B. Bahadır. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.

Çöl, Hüseyin Cem. "Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Eser Dışında Koruma Konuları." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 4 (2003): 365-85.

Dardağan, Esra/ Akipek, Şebnem. "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 3 (2001): 115-40.

Dardağan Kibar, Esra G. "Fikri Haklar Alanında Uygulanacak Hukuk Sorunu." *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*, Eskişehir, Yetkin Yayınları, 2016.

DeNardis, L./ Hackl, A.M. "Internet Governance by Social Media Platforms." *Telecommunications Policy* 39, no. 9 (2015): 761-70.

Dinler, Elif. "FSEK Kapsamında Fotoğrafın Korunmasının Yargıtay Kararları Çerçevesinde İncelenmesi." *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2022): 326-46.

Dülger, Murat Volkan/ Özkan, Onur. "Sosyal Medya Yasası Meclis'ten Geçti: Peki, Şimdi?", 2021. <https://ssrn.com/abstract=3792394>.

Erel, Şafak. *Türk Fikir Ve Sanat Hukuku*. 3.Bası Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

Ertuğrul, Meltem. "Çocuğun Kişisel Verilerinin Velisi Tarafından Sosyal Medyada Kullanılmasının Kişilik Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no. 2 (2021): 513-64.

European Max Planck Group "Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property (the Draft).", 2011.

Fiesler, Casey/ Lampe,Cliff/ Bruckman, Amy S. "Reality and Perception of Copyright Terms of Service For Online Content Creation " Association for Computing Machinery, 2016.

Frankel, Susy/ Gervais, Daniel J. *Advanced Introduction to International Intellectual Property*. Cheltenham, UK ; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2016.

Georgiades, Eugenia. "The Limitation of Copyright: Sharing Personal Images on Social Networks ". *European Intellectual Property Review* 40, no. 4 (2018): 230-42.

Ginsburg, Jane C./ Treppoz, Edouard.*International Copyright Law : U.S. And E.U. Perspectives : Text and Cases*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015.

Goldstein, Paul/ Bernt Hugenholtz.*International Copyright*.2. Bası, Oxford: Oxford University Press, 2010.

Görgeç, Başak. "Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no. 1 (2013): 403-40.

Güneş, İlhami. *Uygulamada Fikir Ve Sanat Eserleri Hukuku*. 2.Bası Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

Hetcher, Steven. "User-Generated Content and the Future of Copyright: Part One - Investiture of Ownership." *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 10, no. 4 (2008): 863-92.

Hetcher, Steven. "User-Generated Content and the Future of Copyright: Part Two - Agreements Between Users and Mega-Sites." *Santa Clara High Technology Law Journal* 24, no. 4 (2012): 829-67.

Hirş, Ernst. "Bern Sözleşmesi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (1950).

Kaplan, Andreas M./ Michael Haenlein. "Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media." *Business Horizons* 53, no. 1 (2010): 59-68.

Kaplan, Yavuz. *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

Karaaslan, Pelin. "Sosyal Medyada Kullanılan Caps'lerin Telif Hukuku Boyutu Ve Yasal Düzenlemelerin Yeterliliği." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 3 (2020): 41-65.

Kaya, Mine. "Elektronik Ortamda Kişilik Hakkı İhlalleri Ve Korunması." Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2015.

Kaya, Mine. "Sosyal Medya Ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 0, no. 119 (2015): 277-306. ("Sosyal Medya")

Kaynak, Selva/ Koç, Serhat. "Telif Hakları Hukuku'nun Yeni Macerası: Sosyal Medya." *folklor/edebiyat* 21, no. 83 (2015): 389-410.

Kent, Bülent. "Alman Hukukunda Sosyal Ağların Hukukî Düzenlenmeleri Ve Türkiye İçin Öneriler." *Bilişim Hukuku Dergisi* 2, no. 1 (2020): 1-46.

Kılıçoğlu, Ahmet M. *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. 4 Bası Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.

Kur, Annette/ Dreier, Thomas. *European Intellectual Property Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2013.

Mayfield, Anthony. *What Is Social Media*. 2008.

Meese, James/ Hagedorn, Jennifer. "Mundane Content on Social Media: Creation, Circulation, and The copyright Problem." *Social Media + Society* . 5, no. 2 (2019).

Memiş, Tekin. *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.

Merges, Robert P./ Song, Seagull Haiyan.*Transnational Intellectual Property Law : Text and Cases.* Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018.

Obar, Jonathan A./ Oeldorf-Hirsch, Anne. "The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services." *Information, Communication & Society* 23, no. 1 (2020/01/02 2020): 128-47.

OECD. "Participative Web and User-Created Content: web 2.0, Wikis and Social Networking." Paris: OECD Publishing, 2007.

Oğuz, Sefer. "Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1 (2008): 149-84.

Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay- Özdemir, Saibe.*Kişiler Hukuku (Gerçek Ve Tüzel Kişiler).* 17. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut.*Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1.* 18.Bası: Vedat Kitapçılık, 2020.

Okutan Nilsson, Gül. "Eser, İcra, Yapım Ve Yayınların Umuma Açık Mahallerde Kullanımı Bağlamında Uluslararası Hukuk Ve AB Hukukunda Temsil Ve İletim Kavramları." *Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 12, no. 46 (2016): 459-89.

Ömeroğlu, Ekin. "Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta "Soft Law" Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi ". *Public and Private International Law Bulletin* 40, no. 1 (2020): 55-77.

Öncü, Özge. "Fikri Hak İhlalleri Bakımından İnternet "Görsel" Arama Motorları." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1 (2008): 93-154.

Özbakır, Ali Fuat. *Sosyal Medyada Ve İnternette Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

Öztañ, Fırat. *Fikir Ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

Öztrak, İlhan. *Fikir Ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*. 2. Bası. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1977.

Öztürk, Ayşenur. "Telif Hakkı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk." Yüksek Lisans Tezi, 2018.

Parlak Börü, Şafak. "Fotoğraf Üzerindeki Haklar." Doktora, Ankara Üniversitesi, 2013.

Patton, Madeleine. "How to Protect Users' Copyright Rights in the Age of Social Media Platforms and Their Unread Terms of Service." *University of San Francisco Law Review* 53, no. 3 (2019): 463-88.

Pınar, Hamdi/ Nal,Temel/ Goldmann,Bettina. *Müzik eserleri Üzerindeki Telif Hakları Ve Uluslararası Uygulamalar : (Alman, ABD Ve Türk Hukukunun Karşılaştırmalı İncelenmesi Ve AB'de Güncel Gelişmeler)*. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2007.

Praulņa, Santa. "Copyright Issues on Social Media." Master Thesis, Riga Graduate School Of Law, 2021.

Ricketson, Sam. "The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions: International Conventions and Treaties." *I.P.Q* 1 (1999): 56-94.

Ricketson, Sam. "Threshold Requirements for Copyright Protection under the International Conventions." *WIPO Journal*, no. 1 (2010/01/06 2009): 51-62. ("Conventions")

Russ, Caroline. "Tweet Takers & Instagram Fakers: Social Media & Copyright Infringement." *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property* 22 (2020): 205-24.

Sarı, Onur. "Sosyal Medya Kullanım Koşullarında Yer Alan Ruhsat Hükümlerinin Fotoğraf Eseri Bağlamında Değerlendirilmesi." 5th International Marmara Social Sciences Congress (Autumn) 2020, 2020.

Sezgin Huysal, Ayşegül. "'Dumb Starbucks" Ve ABD Hukukunda Adil Kullanım Doktrini." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2017): 141-60.

Soysal, Tamer. "Avrupa Birliği'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Müzik Sektöründe 'Değer Boşluğu' Kavramı Ve Düzenlemenin İnternet İçerik Paylaşım Sitelerine Etkileri." *Ankara Barosu Dergisi* 77, no. 4 (2020): 139-206.

Soysal, Tamer. "İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları." *TBB Dergisi*, no. 61 (2005): 304-39. ("ISS")

Suluk, Cahit. "Dijital Telif Hakları." Editoryal. *Ticaret Ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 7, no. 2 (2021): 177-79.

Suluk, Cahit/ Karasu,Rauf/ Nal,Temel.*Fikri Mülkiyet Hukuku.* 1. Bası Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Suluk, Cahit/ Orhan, Ali.*Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku II : Genel Esaslar Fikir Ve Sanat Eserleri.* İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2005.

Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman Fıganmeşe, İnci.*Milletlerarası Özel Hukuk.* 6 Bası İstanbul: Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım İnş. San. Tic. Ltd. Şti., 2018.

Tan, Corinne. *Regulating Content on Social Media: Copyright, Terms of Service and Technological Features.* London: UCL Press, 2018.

Tan, Corinne H.Y. "Technological "Nudges" And Copyright on Social Media Sites." *Intellectual Property Quarterly*, no. 1 (2015): 62-78. ("Copyright")

Tao, Elizabeth. "A Picture's Worth: The Future of Copyright Protection of User-Generated Images on Social Media." *Indiana Journal of Global Legal Studies* 24, no. 2 (2017): 617-36.

Taubman, Antony/ Wager,Hannu/ Watal,Jayashree.*A Handbook on the Wto Trips Agreement.* Cambridge, UNITED KINGDOM: Cambridge University Press, 2012.

Tekin, Esra.*Milletlerarası Özel Hukukta Kişilik Haklarının Internet Yoluyla Ihlalinde Sorumluluk.* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku.* İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

Tosun, Yalçın. *Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku Ve Fikir Ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar.* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

US Copyright Office. "The Making Available Right in the United States" 2016.

Yarsuvat, Duygun. *Türk Hukukunda Eser Sahibi Ve Hakları.* 1984.

Yen, Alfred C./ Liu, Joseph P. *Copyright Law : Essential Cases and Materials.* St. Paul, MN: Thomson/West, 2008.

Yeşiloğlu, S./ Boshier, H. "An Analysis of the Fundamental Tensions between Copyright and Social Media: The Legal Implications of Sharing Images on Instagram." *International Review of Law, Computers & Technology* 33, no. 2 (2019): 164-86.

Zorluoğlu Yılmaz, Ayça. "Sharenting Ve Velayet Hakkının Sınırları." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, no. 4 (2021): 3383-417.

İNTERNET KAYNAKLARI

- "Content Id'nin İşleyiş Şekli." Erişim Tarihi 07.05.2022,
<https://support.google.com/youtube/answer/2797370>.
- "Ekran Görüntüsü." Erişim Tarihi 28.02.2021, 2021,
https://tr.wikipedia.org/wiki/Ekran_g%C3%B6r%C3%BCnt%C3%BCs%C3%BC.
- "Facebook'taki Bir Fotoğrafi Telefonuma Veya Bilgisayarıma Nasıl Kaydederim?", 2021, Erişim Tarihi 31.07.2021,
<https://www.facebook.com/help/155361567863444/>.
- "Fair Use in the Age of Social Media." 2016, Erişim Tarihi 13.06.2022,
<https://www.forbes.com/sites/oliverherzfeld/2016/05/26/fair-use-in-the-age-of-social-media/?sh=5d8f1cc73300>
- "Fikrî Mülkiyet Hakkı Sorunları Hakkında Yardım." Erişim Tarihi 07.05.2022,
<https://help.twitter.com/tr/forms/ipi>.
- "Finally Some Clarity? Cjeu Declares Art. 17 Dsm-Directive to Be in Line with Fundamental Rights.", 2022, Erişim Tarihi 08.05.2022,
<https://www.jdsupra.com/legalnews/finally-some-clarity-cjeu-declares-art-9294028/>.
- "Hizmet Şartları." Erişim Tarihi 13.04.2022, <https://policy.pinterest.com/tr/terms-of-service>.
- "How Gigi Hadid Faces Copyright Claim after Posting Her Picture on Instagram." 2019, Erişim Tarihi 02.05.2022, <https://www.brunel.ac.uk/news-and-events/news/articles/How-Gigi-Hadid-faces-copyright-claim-after-posting-her-picture-on-Instagram>.
- "Instagram Hikayem Ne Zaman Kaybolur?", Erişim Tarihi 17.02.2021, 2021,
<https://help.instagram.com/1729008150678239>.
- "Instagram Hikayemdeki Bir Fotoğrafi Veya Videoyu Akışta Nasıl Paylaşıyorum?", Erişim Tarihi 17.02.2021, 2021,
<https://help.instagram.com/312779872444669>.

"Instagram Hikayemdeki Bir Fotoğrafl Veya Videoyu Telefonumun Film Rulosuna Nasıl Kaydederim?", Erişim Tarihi 17.02.2021, 2021, <https://help.instagram.com/142167909546084>.

"Instagram'da Birinden Nasıl Bahsederim?", Erişim Tarihi 24.02.2021, [https://tr-tr.facebook.com/help/instagram/627963287377328/?helpref=hc_fnav&bc\[0\]=Instagram%20Yard%C4%B1m&bc\[1\]=Instagram%27%C4%B1%20Kullanma&bc\[2\]=Foto%C4%9Fraf%20ve%20Videolar%20Payla%C5%9Fma](https://tr-tr.facebook.com/help/instagram/627963287377328/?helpref=hc_fnav&bc[0]=Instagram%20Yard%C4%B1m&bc[1]=Instagram%27%C4%B1%20Kullanma&bc[2]=Foto%C4%9Fraf%20ve%20Videolar%20Payla%C5%9Fma).

"Instagram'da G rd ğ m G nderileri Nasıl Kaydedebilirim?", Erişim Tarihi 01.08.2021, https://help.instagram.com/1744643532522513?helpref=search&sr=5&query=kaydetme&search_session_id=9087df7e87497693adca13caf344ed95.

"Khloe Kardashian Sued for Posting Photo of Herself on Instagram." 2017, Erişim Tarihi 02.05.2022, <https://www.thewrap.com/khloe-kardashian-sued-for-posting-photo-of-herself-on-instagram/>.

"Kullanım Koşulları." Erişim Tarihi 13.04.2022, https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870/?helpref=hc_fnav.

"Media Usage in an Internet Minute as of August 2021." Statista, <https://www.statista.com/statistics/195140/new-user-generated-content-uploaded-by-users-per-minute/>.

"Members and Dates of Acceptance." Erişim Tarihi 13.05.2022, https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm.

"Photographer Suing Pinterest in Federal Court over Repeated Copyright Infringement." 2015, Erişim Tarihi 07.05.2022, <https://petapixel.com/2015/05/27/photographer-suing-pinterest-in-federal-court-over-repeated-copyright-infringement/>.

Poritz, Isaiah, "Newsweek Settles Copyright Case over Embedded Instagram Photo," Erişim Tarihi 14.04.2022, 2022, <https://news.bloomberglaw.com/ip-law/newsweek-settles-copyright-case-over-embedded-instagram-photo>.

- "Richard Prince V Suicide Girls in an Instagram Price War." 2015, Erişim Tarihi 13.06.2022,
<https://www.theguardian.com/artanddesign/2015/may/27/suicide-girls-richard-prince-copying-instagram>
- "Social Media Statistics 2022: Top Networks by the Numbers." Erişim Tarihi 02.05.2022, <https://dustinstout.com/social-media-statistics/#instagram-stats>.
- "Telif Hakkı İhlali Bildirimi." Erişim Tarihi 07.05.2022,
<https://tr.pinterest.com/about/copyright/dmca-pin/>.
- "Telif Hakkı şikayet Formu." Erişim Tarihi 07.05.2022,
<https://www.facebook.com/help/contact/1758255661104383>.
- "Ten Things You Should Know About Instagram's Terms of Use." 2018, Erişim Tarihi 28.04.2022, <https://theconversation.com/ten-things-you-should-know-about-instagram-terms-of-use-102800>.
- "The Eu Copyright Legislation." Erişim Tarihi 15.05.2022, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/copyright-legislation>.
- "Us Copyright Office Says Us Law Has a Making Available Right, Even Though It Doesn't Say So." 2016, Erişim Tarihi 14.06.2022,
<https://completemusicupdate.com/article/us-copyright-office-says-us-law-has-a-making-available-right-even-though-it-doesnt-say-so/>
- "Wipo-Administered Treaties." Erişim Tarihi 11.05.2022,
https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?search_what=C&treaty_id=15.
- "Youtube Operasyonlar Rehberi Content Id'yi Kullanma ", Erişim Tarihi 07.05.2022,
<https://support.google.com/youtube/answer/3244015?hl=tr#:~:text=Content%20ID%2C%20telif%20hakk%C4%B1%20sahiplerine,kar%C5%9F%C4%B1layan%20telif%20hakk%C4%B1%20sahiplerine%20sunar>.