

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI (TEZSİZ)

ESER YARATMA DÜZLEMİNDE
KİŞİLİK HAKLARI İHLALİ

Fırat URAN
115615058

Doç. Dr. Yalçın TOSUN

İSTANBUL
2018

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	iv
KAYNAKÇA	v
Giriş	1
I. Eser Kavramı	2
A. Objektif Unsur	2
B. Sübjektif Unsur	3
II. Eser Türleri	5
A. İlim ve Edebiyat Eserleri	5
B. Musiki Eserleri	7
C. Güzel Sanat Eserleri	7
D. Sinema Eserleri	8
III. Eser Dışı Korunabilecek Konular	9
A. Mektup, Hatıra ve Günlük	9
1. Eser Niteliğinin Aranmaması	10
2. Yazar ve Muhatabın Rızasına Tabi Tutulması	11
3. Korumanın Süre ile Sınırlandırılmış Olması	12
4. Kişilik Haklarına Saldırı Hükümlerinin Saklı Bulunması	12
B. Resim ve Portre	13
IV. Kişilik Hakkı Kavramı	14
V. Kişilik Hakkının Özellikleri ve Kapsamı	16
VI. Kişilik Hakkı İhlallerinde Hukuka Uygunluk Sebepleri	18
A. Üstün Kamu Yararının Bulunması	19
B. Zarar Görenin Rızası	20
VII. Sanat Yaratma Özgürlüğü	21
I. Uygulamada Karşılaşılan Somut Örnekler	23
A. Esra Kitabı	23
B. The Voyeur’s Motel Kitabı ve Belgeseli	24
C. Uçurtmayı Vurmasınlar Kitap ve Filmi	25
D. Chelsea Hotel No: 2 şarkısı	26
E. ‘40’ Filmi	27
F. Komedyenlere İlişkin Açılan Dava	27
G. İmkansız Aşk Romanı	28
H. Can Manay Karakteri	28
I. Fotoğraf Davası	28
İ. Beden Parçalarından Üretilen Sanat Eserleri	29
J. Amishlerin Özel Hayatı	29
II. Kişilik Hakkı İhlali ile Sanat Özgürlüğünün Karşılıklı Değerlendirilmesi	30

A. Kişilik Hakkı Kapsamına Giren Hangi Unsurun İhlal Edildiği.....	31
B. Kişilik Hakkı İhlal Edilen Kişinin Tanınmış Biri Olup Olmadığı.....	32
C. Meydana Getirilen Eserin Türü	32
D. Eserin Başka Bir Şekilde Meydana Getirilmesinin Mümkün Olup Olmaması.....	32
E. Eserin Topluma Sunulmasında Kamu Yararı Bulunup Bulunmadığı.....	33
SONUÇ	34

KISALTMALAR

AÜHFD	-	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	-	Bent
bkz.	-	Bakınız
dn.	-	Dipnot
derg.	-	Dergisi
E.	-	Esas
f.	-	Fıkra
Fak.	-	Fakültesi
FSEK	-	5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
K.	-	Karar
m.	-	Madde
MK	-	4722 Sayılı Medeni Kanun
s.	-	Sayfa
TBK	-	6098 Sayılı Borçlar Kanunu
TCK	-	5237 Sayılı Ceza Kanunu
vd.	-	Ve Devamı
Vol.	-	Volume
YÜHFD	-	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	-	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

KAYNAKÇA

Mustafa **ATEŞ**, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007.

Mehmet **AYAN**, Nursen **AYAN**, Kişiler Hukuku, 8. Bası, Ankara, 2016.

Sevil **AYDIN**, Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Hukuksal Korunma, Ankara, 1998.

Nuşin **AYİTER**, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, 1972.

David I. **BAINBRIDGE**, Intellectual Property, 8th edition, Harlow, 2010.

Lionel **BENTLEY**, Brad **SHERMAN**, Intellectual Property Law, Second edition, Oxford, 2004.

Bilge **BİNGÖL**, “Sanat Özgürlüğü”, Hacettepe Hukuk Fak. Derg., Bingöl, 2011, s. 95.

Savaş **BOZBEL**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul, 2012.

Hüseyin Cem **ÇÖL**, “Fikir Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Dışında Koruma Yolları”, AÜHFD, Cilt: 52, Sayı: 4, Yıl: 2003, s.365-385.

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/280/2538.pdf>

Mustafa **DURAL** / Tufan **ÖĞÜZ**, Türk Özel Hukuku Cilt 2 Kişiler Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, 2017.

Şafak N. **EREL**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, 1998.

Engin **ERDİL**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul, 2003.

Ernst **FISCHER**, Sanatın Gerekliliği, 6. Baskı, İstanbul, 2018.

Larry **GROSS** / John Stuart **KATZ** / Jay **RUBY** / Image Ethics, The Moral Rights of Subjects in Photographs, Film, and Television, New York, 1988.

Micheal **HEATLEY**, Jarvis Cocker In His Own Words, Omnibus Press, 1998.

Serap **HELVACI**, Gerçek Kişiler, 4. Bası, İstanbul, 2012.

Ernst E. **HIRSCH**, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, 1948.

Zahit **İMRE**, Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku), 3. Bası, İstanbul, 1976.

Sami **KARAHAN** / Cahit **SULUK** / Tahir **SARAÇ** / Temel **NAL**, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4.Baskı, Ankara, 2015.

Ahmet M. **KILIÇOĞLU**, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarda Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 2008.
("KILIÇOĞLU, Özel Yaşam")

Ahmet M. **KILIÇOĞLU**, "Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar", YÜHFD, Cilt:8, Özel Sayı, Yıl: 2013, s. 1585-1636.
<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/16-Ahmet-M.-KILI%C3%87O%C4%9ELU.pdf>
("KILIÇOĞLU, Eser")

M. Kemal **OĞUZMAN** / Özer **SELİÇİ** / Saibe **OKTAY** – **ÖZDEMİR**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 16. Baskı, İstanbul, 2016.

Şafak **PARLAK BÖRÜ**, "Esra Kararı Işığında Bir Hassas Denge Değerlendirmesi: Kişilik Haklarının Korunması vs. Sanat Özgürlüğü", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, Yıl: 2017.
("BÖRÜ, Esra Kararı")

Şafak **PARLAK BÖRÜ**, Fotoğraf Üzerindeki Haklar, Ankara, 2013.
("BÖRÜ, Fotoğraf")

Roberta **ROSENTHAL KWALL**, The Soul of Creativity: Forging a Moral Rights Law for the United States, Redwood City, 2009.

Christian **RUMPF**, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara, 1955.

Paul **TORREMAN**S, Holyoak and Torremans Intellectual Property Law, 6th Edition, New York, 2010.

Paul M. **SCHWARTZ** / Karl-Nikolaus **PEIFER** “Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept” California Law Review, Vol.: 98, Issue: 6, s. 1925-1988.

<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.ua/&httpsredir=1&article=2755&context=facpubs>

Mira T. **SUNDARA RAJAN**, Moral Rights, Principles, Practice and New Technology, New York, 2011.

Ramazan **USLU**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku’nda “Eser” Kavramı, Ankara, 2003.

Ünal **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2012.

Yalçın **TOSUN**, Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar, İstanbul, 2016.

(“TOSUN, Manevi Haklar”)

Yalçın **TOSUN**, Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, 2. Baskı, İstanbul, 2013.
(“TOSUN, Eser”)

Yalçın TOSUN, M. Murat **İNCEOĞLU** “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevi Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu İle İlişkisi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XXVIII, Sayı: 3, Ankara, 2012, s.75-113.

Durgun **YARSUVAT**, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul, 1984.

Levent **YAVUZ** / Türkay **ALICA** / Fethi **MERDİVAN**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Ankara, 2014.

R. Yılmaz **YAZICIOĞLU**, Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, İstanbul, 2009.

Ozan Ali **YILDIZ**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Çizgi Roman, İstanbul, 2017.

Nigel **WARBURTON**, The Art Question, London, 2003

WEB KAYNAKLARI

<https://itsartlaw.com/2013/07/21/right-to-privacy-v-freedom-of-expression-in-case-of-peeping-tom-photographer/> (22.04.2018)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a1ff7ed0fe6b7.92055392 (14.11.2017)

<http://www.hurriyet.com.tr/kelebek/keyif/iste-100-kisilik-buyuk-jurinin-en-iyi-10-film-tercihleri-40406840> (22.03.2018)

http://t24.com.tr/yazarlar/yilmaz-murat-bilican/tyatrocu-kadinlar-tyatroya-gelemeyen-kadinlar-icin-oynadi_19519 (22.04.2018)

<http://yenilerkendinihayat.blogspot.com/2014/06/ucurtmay-vurmasnlar.html> (22.04.2018)

https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/47528649/Cocuk_Bakis_Acisi.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1524395723&Signature=7Yf4pTm74eylyqL9MfcFx64b3ag%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DCHILD_S_POINT_OF_VIEW_AS_A_NARRATIVE_TEC.pdf (22.04.2018)

<https://www.rollingstone.com/music/features/how-leonard-cohen-met-janis-joplin-at-the-chelsea-hotel-w450211> (22.04.2018)

<https://lyricstranslate.com/tr/chelsea-hotel-no-2-chelsea-oteli-no-2.html> (22.04.2018)

www.kazanci.com.tr (22.04.2018)

http://www.chortle.co.uk/news/2018/02/17/39167/comic_sued_by_ex-husband_for_talking_about_him_on_stage (22.04.2018)

<https://www.telegraph.co.uk/news/picturegalleries/howaboutthat/6090333/Comedian-Sunda-Croonquist-sued-by-mother-in-law-over-racist-jokes.html> (22.04.2018)

http://www.chortle.co.uk/news/2018/02/17/39167/comic_sued_by_ex-husband_for_talking_about_him_on_stage (22.04.2018)

<http://www.milliyet.com.tr/-bastan-beri-kadin-olmayi-reddettim-/pazar/haberdetayarsiv/02.02.2005/103610/default.htm> (22.04.2018)

<http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/ayse-arman/yazar-ressam-psikoterapist-can-manay-sanilan-cem-mumcu-gerceklik-kadar-seksi-hicbir-sey-yoktur-40521362>
(22.04.2018)

<https://itsartlaw.com/2013/07/21/right-to-privacy-v-freedom-of-expression-in-case-of-peeping-tom-photographer/> (22.04.2018)

<https://bodyworlds.com/about/philosophy/> (22.04.2018)

<https://cityroom.blogs.nytimes.com/2008/05/29/bodies-exhibit-must-put-up-warnings/>
(22.04.2018)

<https://www.imdb.com/title/tt0090329/> (24.04.2018)

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Ami%C5%9F> (24.04.2018)

<https://cpj.org/reports/2006/05/10-most-censored-countries.php> (30.04.2018)

<https://www.weforum.org/agenda/2016/11/freedom-of-speech-country-comparison/>
(erişim tarihi: 30.04.2018)

Giriş

Fikir ve sanat hukukunun temel kavramı olan eser, eser sahibinin kendi kişiliği ve yaratıcılığı sonucu ortaya çıkan bir fikri çaba ürünüdür. Eser meydana getirilirken eser sahibi kendi iç dünyasından veya tecrübelerinden yola çıkarken bir başkasının dünyasından veya tecrübelerinden de yararlanabilir. Böyle bir durumda ise üçüncü kişinin kişilik hakkı ile eser sahibinin sanat yaratma özgürlüğünün çatışması söz konusu olacaktır.

Gerek Anayasa'da gerekse de birçok uluslararası metinde düzenlenmiş olan sanat özgürlüğü temel hakkı, sanatsal bir faaliyet gösteren veya faaliyette bulunmak isteyen tüm bireylere tanınmış bir temel hak olarak kabul edilmektedir. Kişilik hakkı ise kişinin kendi özgür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen ve yine Anayasa ile güvence altına alınmış olan bir haktır. Bu iki kavramın, eser yaratılırken, karşı karşıya gelmesi mümkündür ve uygulamada da bu duruma sıkça rastlanmaktadır.

Çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde eser kavramı üzerinde durulacak olup, kavramın tanımına, koşullarına ve çeşitlerine yer verilecek, daha sonra da eser olarak nitelendirilemese bile kanun kapsamında korumadan yararlanacak olan diğer türler hakkında bilgi verilecektir. İkinci bölümde ise kişilik hakkı kavramı açıklanacak, bu kavramın kapsamı ve ihlali halinde söz konusu olabilecek hukuka uygunluk nedenlerine değinilecektir. Son bölüm olan üçüncü bölümde ise sanat yaratma özgürlüğünden bahsedilerek ve bir takım somut örnekler verilerek menfaat çatışmalarına yer verilecektir. Bu kapsamda, üçüncü bir kişinin kişilik hakkı ihlal edilerek bir eser meydana getirilmesi halinde eser sahibinin sanat yaratma özgürlüğü mü yoksa kişilik hakkı ihlal edilen üçüncü kişinin haklarının mı korunması gerektiği konusu tartışılacak ve bir takım kriterler belirlenip konu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. Eser Kavramı

Hukuk sistemimizde eser, FSEK¹ kapsamında özel olarak tanımlanmıştır. Buna göre eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat ürünlerini ifade etmektedir². Bu tanımlama uyarınca bir ürünün eser niteliği kazanabilmesi ve dolayısıyla FSEK kapsamındaki korumadan faydalanabilmesi için kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş olan eser türleri içerisinde yer alması ve sahibinin hususiyetini taşıması gerekmektedir³.

FSEK’te yapılan bu tanımlama uyarınca eserde bulunması gereken unsurlar objektif ve sübjektif unsur olmak üzere iki ana başlık altında toplanmıştır. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda FSEK kapsamında eser niteliğinin kazanılması için bu iki unsurun birlikte bulunması gerektiğini ifade etmiştir⁴.

A. Objektif Unsur

Bir eserin korunabilmesi için aranması gereken ilk unsur; fikrin bir şekle bürünmüş olmasıdır⁵. Bir başka deyişle, FSEK kapsamında fikirler korunmamakta, bunların

¹ 5 Aralık 1951 tarihinde kabul edilmiş olan Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 31 Aralık 1951 tarihli ve 7981 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

² FSEK Madde 1/b’de belirtilmiştir.

³ Sami **KARAHAN** / Cahit **SULUK** / Tahir **SARAÇ** / Temel **NAL**, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4.Baskı, Ankara, 2015, s.42; Yalçın **TOSUN**, Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları (“**TOSUN**, Eser”), İstanbul, 2013, s.26.

⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2009/15-459 E., 2009/541 K. ve 18.11.2009 tarihli kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2006/934 E., 2007/4555 K. ve 13.03.2007 tarihli kararı. (Kazancı, erişim tarihi: 19.10.2017)

⁵ Paul **TORREMANS**, Holyoak and Torremans Intellectual Property Law, 6th Edition, New York, 2010, s. 177, 178. ; David I. **BAINBRIDGE**, Intellectual Property, 8th edition, Harlow, 2010, s.50.

şekle bürünmüş hali (ifade) korunmaktadır⁶. Bu kural hukukumuza yabancı ülkelerin hukukundan geçmiştir⁷. Yargıtay kararlarında da bir fikir ve sanat ürününün, fikir halinde kaldığı sürece eser niteliği kazanmadığı açıkça ifade edilmiştir⁸. Bunun nedeni ise, fikirlerin korunması durumunda tekelleşmelerin meydana gelmesi ve kamu menfaatinin zarar görecektir⁹. Örneğin bir çocuk ve köpeğin dostluğunu anlatan bir resim çizme fikri korunursa, bu tarz resmi hiç kimse yapamayacak hale gelir. Oysa ki, her ressam bu fikri farklı şekilde işleyip bir eser meydana getirebilir. Nitekim Kıta Avrupası ülkeleri de bu görüşü benimsemiştir. Buna örnek olarak Fransız doktrininde '*fikirler serbest yollardır*' deyişinin kullanıldığı doktrinde ifade edilmektedir¹⁰. Sonuç olarak, bir fikir ne kadar orijinal olursa olsun, şekil almadıkça FSEK kapsamında bir korumadan faydalanamaz.

Eser olarak kabul edilme ve korumadan yararlanılabilmesi için mutlaka çalışmanın tamamlanmış olmasına da gerek yoktur. Şekle bürünme ve tamamlanmanın belli bir düzeye gelmiş olması yeterli kabul edilmektedir. Örneğin müsveddeler, taslaklar, melodi üzerine yapılan denemeler eserin şekillenmiş olması anlamını taşımaktadır ve dolayısıyla FSEK kapsamında korumadan yararlanabilmektedir¹¹.

B. Sübjektif Unsur

Sübjektif unsur "hususiyet" kavramı ile ilgilidir. Hususiyet, Türk Dil Kurumu tarafından *ileri derecede yakınlık* olarak tanımlanmaktadır¹². Bu kavram doktrinde farklı şekilde yorumlanmış olsa da günümüzde sınırları daha da belirginleşmiştir. Aşağıda hususiyet konusunda doktrinindeki çeşitli görüşlere yer verilecektir.

⁶ Mustafa ATEŞ, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007, s. 32; Ernest Eduard HIRSCH, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, 1948, s.134.

⁷ TORREMANS, s. 176.

⁸ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 1976/5913 E., 1977/7617 K. ve 01.07.1977 tarihli kararında "... bir fikir ve sanat eseri, fikir halinde kaldığı sürece eser niteliği kazanamaz ve dolayısıyla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun koruyucu hükümlerinden yararlanamaz." Denilmiştir. (Kazancı, erişim tarihi: 19.10.2017)

⁹ Ozan Ali YILDIZ, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Çizgi Roman, İstanbul, 2017, s. 8.

¹⁰ YILDIZ, s.8.

¹¹ Ünal TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s.108.

¹² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a1ff7ed0fe6b7.92055392 (erişim tarihi: 14.11.2017)

FSEK'in oluşturulmasında önemli bir rolü olan Hirsch'e göre hususiyet, herkes tarafından ortaya çıkartılmayan bir durum olarak açıklanmaktadır¹³. Kanaatimizce Hirsch'in hususiyet yorumundan yola çıkılırsa birçok eser, herkes tarafından yapılabilecek alelade bir iş olarak sayılabileceğinden ve hukuken bunların eser olarak korunması söz konusu olamayacağından bu görüş ile hususiyet kavramının oldukça dar yorumlandığını düşünüyoruz.

Bu konuda bir diğer görüş ise Tekinalp'e aittir. Tekinalp için hususiyet kavramında dikkat edilmesi gereken nokta üsluptur. Üslup, eser sahibinin kişiliğini yansıtır ve bu nedenle de bireyseldir. Ayrıca hususiyetin var olabilmesi için *sıradan olmama* koşulu da aranmaktadır¹⁴.

Ayiter ise hususiyet kavramını incelerken bu kavramın ölçüsünün önem taşıdığını ifade etmektedir. Hususiyetin bir eserde az veya çok da olsa mutlaka bulunması gerektiği ve eser sahibi ne kadar çok kendinden katkıda bulunmuşsa hususiyetin o kadar fazla olduğu görüşündedir¹⁵.

Tosun ise, farklı hukuk sistemlerindeki hususiyet kavramını inceleyip eser sahibinin, kişiliğinin yansımaları durumunun önemli bir özellik olduğunu belirtip, bu bağlantının düşük düzeyde aranması gerektiğini ve farklı eser türlerine göre ayrı değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir¹⁶.

Erel, bir eserin sahibinin hususiyetini taşıyabilmesi için, diğer eserlerden bağımsız olması ve yaratıcı olması gerektiğini savunmuştur. Fakat bu görüşün mutlak bir orijinallik olarak algılanmaması gerektiğini belirtmiştir¹⁷.

Sundara Rajan'a göre ise eser orijinal olmalı, sanatçıya özel yeteneklerle ortaya çıkmış olmalı ve sanatçının karakterini yansıtmalıdır¹⁸.

¹³ HIRSCH, s. 131; Ramazan USLU, Türk Fikir ve Sanat Hukuku'nda "Eser" Kavramı, Ankara, 2003, s. 35.

¹⁴ TEKİNALP, s.105-108.

¹⁵ Nuşin AYİTER, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Baskı, Ankara, 1981, s.44.

¹⁶ TOSUN, Eser, s.41-42.

¹⁷ Şafak N. EREL, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, 1998, s.53. Hususiyet kavramı doktrinde çeşitli şekillerde açıklanırken yaratıcılık ile tanımlanmamıştır, yalnızca bu yazara göre hususiyet "yaratıcı gücün yansımaları" şeklinde ifade edilmiştir.

Son olarak Rosenthal Kwall, bir eserin korunmasının yalnızca hususiyet seviyesinin fazlalığı ya da o eserin ekonomik olarak ödüllendirilmesi ile olmaması gerektiğini savunmaktadır¹⁹.

Sonuç olarak, bir fikri ürünü diğerinden ayıran ve bir ürünün eser olarak korunur hale gelmesini sağlayan en önemli unsurun, sahibinin hususiyetini taşıması olduğu söylenebilir. Hususiyetin mutlaka üst düzeyde yaratıcılık ve orijinalik içermesi gerekmemektedir²⁰. Aksi halde eser korunmasından faydalanmak neredeyse mümkün olmayacaktır. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir²¹.

II. Eser Türleri

FSEK kapsamında eserler dört grupta toplanmıştır; İlim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri. Numerus Clausus ilkesi doğrultusunda bu kategorilere girmeyen eserler FSEK kapsamında eser sayılmamaktadır²². Aşağıda kısaca eser çeşitlerine değinilecektir.

A. İlim ve Edebiyat Eserleri

İlim ve edebiyat eserleri 1710'dan beri korunmaktadır²³. Türk hukukunda FSEK m. 2'de düzenlemiş olup bu kapsamda kalan eserlerin neler olduğu hükümde belirtilmiştir. Dikkat edilmesi gereken nokta, dil ile ifade etme yöntemi kullanılmasıdır²⁴. Dilin hangi dil olduğu, yaşayıp yaşamadığı herhangi bir fark yaratmaz²⁵. Roman, hikâye, anlatı, mektup, günlük, gezi gibi yazı ile ifade edilen

¹⁸ Mira T. **SUNDARA RAJAN**, *Moral Rights, Principles, Practice and New Technology*, New York, 2011, s.8.

¹⁹ Roberta **ROSENTHAL KWALL**, *The Soul of Creativity: Forging a Moral Rights Law for the United States*, Redwood City, 2009, s.xiv.

²⁰ **BAINBRIDGE**, s.41.

²¹ Yargıtay 11. HD'nin 2006/934 E., 2007/4555 K. ve 13.03.2007 tarihli kararında. Bu kararında hususiyetin geniş anlaşılması halinde eser olmayan ürünlere bu niteliğin tanınmasının söz konusu olabileceği de belirtilmiştir. (Kazancı, erişim tarihi: 20.11.2017)

²² **KARAHAN / SULUK / SARAÇ / NAL**, s.62.

²³ Lionel **BENTLEY**, Brad **SHERMAN**, *Intellectual Property Law*, Second edition, Oxford, 2004, s. 59.

²⁴ **KARAHAN / SULUK / SARAÇ / NAL**, s.62.

²⁵ **TEKİNALP**, s.114.

eserler bu madde kapsamında korunduğu gibi, dil ile ifade edilen konferans, nutuk ve benzer eserler de korumanın kapsamındadır²⁶.

Sinema eserlerinin, ilim ve edebiyat eserleri kategorisine sokabileceğimiz senaryolardan yola çıkılarak yaratılmış bir işleme eser olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Senaryoyu ilim ve edebiyat eseri olarak koruduğumuz durumda, bu senaryodan çekilecek olan film doğrudan işleme eser olacaktır²⁷. Unutulmamalıdır ki her senaryo hususiyet taşıyamayacağından tüm senaryoları ilim ve edebiyat kategorisinde korumamız mümkün olmayacaktır²⁸.

Bilgisayar programları yazılımlardan oluştuğu için bu tarz programlar da bu madde kapsamı altında korumaya alınmıştır²⁹. Bilgisayar programları bir takım komutların yazı, kod ve bunun gibi yöntemlerle ifade edilmesidir. Bilgisayar programları ilim ve edebiyat eserleri kategorisi altında korunarak Bern Sözleşmesi'nden gelen yükümlülükler yerine getirilmiştir³⁰.

Her ne kadar doğrudan ilim ve edebiyat eseri olarak çağrışım yapmasalar bile, FSEK'deki kategori eksikliğinden dolayı raksar, yazılı koreografi eserleri, pandomimler ve buna benzer sözsüz sahne eserleri de işbu madde kapsamında korunmaktadır³¹. Bu durum doktrinde Bozbel tarafından eleştirilmektedir³².

Son olarak bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri de FSEK m. 2 f. 3 kapsamında ilim ve edebiyat eserleri başlığı altında korunmaktadır.

²⁶ İlim ve edebiyat eserlerinden olan mektup, hatıra ve günlükler, çalışma konusu ile doğrudan ilgili olduğundan ayrı bir başlık altında daha detaylı ilerideki bölümlerde incelenecektir.

²⁷ TOSUN, Eser, s. 57.

²⁸ TOSUN, Eser, s. 57.

²⁹ 1995 Tarihinde yapılan değişiklik sonucunda bu kısım eklenmiştir.

³⁰ TEKİNALP, s.117-119.

³¹ Bkz. FSEK m.2

³² Savaş BOZBEL, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul, 2012, s.40.

Bozbel kitabının 40. Sayfasında dipnotunda “*Bu bentte belirtilen “her nevi raks”, “pantomima” ve “sözsüz sahne eserleri” nin düzenlenme yeri esasen bu madde olmamalıdır, bu eser türlerinin 4. Madde kapsamında güzel sanat eseri olarak düzenlenmesi daha uygun olurdu.*” şeklinde görüşünü belirtmiştir.

B. Musiki Eserleri

Musiki eserleri “1988 Act” ile korunmaktadır³³. Türk hukukunda ise FSEK m. 3’te düzenlenmiştir. Buna göre musiki eserler her nevi sözlü ve sözsüz beste olarak açıklanmıştır. Müzik bir fikri, ses ile ifade etme yoludur.³⁴ Dolayısıyla bu madde kapsamındaki eserlerin koruma konusu sestir³⁵. Musikinin eser olarak korunabilmesi için hangi tür olduğunun bir önemi yoktur, zira hepsi korunur³⁶. Bir musiki eserinin müzik ve söz bestecisi farklı ise ikisi de ayrı olarak korunur. Musiki eserlerde korunması gereken içeriktir, nasıl biçimlenmiş olduğu korunmaz³⁷. Musiki eserlerin sözlerinin ayrıca ilim ve edebiyat eseri olarak da korunması mümkündür³⁸.

C. Güzel Sanat Eserleri

Güzel sanat eserleri, FSEK m. 4’te düzenlenmiştir: Söz konusu maddede “*estetik değere sahip olan; yağlı ve suluboya tablolar her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafi, heykeller, kabartmalar ve oymalar, mimarlık eserleri, el işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları, fotoğrafi eserler ve slaytlar, grafik ederler, karikatür eserleri ve her türlü tipler*” olarak belirtilmiştir. FSEK’de yapılan bu sınıflandırmaya bakıldığında, eser türünde ifade aracının şekiller veya renkler olduğu görülmektedir. Bu kriterlerden hareketle doktrinde güzel sanat eserleri, estetik bir içeriğin bir yüzey üzerinde veya cisim olarak ortaya konduğu ve insanın görme duyusuna hitap eden fikri ürünler olarak tanımlanmaktadır³⁹.

³³ Lionel BENTLEY, Brad SHERMAN, s. 67.

³⁴ USLU, s.125.

³⁵ USLU, s.125.

³⁶ TEKİNALP, s.123.

³⁷ TEKİNALP, s.123-124.

³⁸ “...Hükümlerine göre herhangi bir şekilde dil ile ifade edilen bütün eserler edebiyat eseri ve her çeşit sözlü ve sözsüz besteler musiki eseridir. O halde (Saçların Tarumar) adlı şarkının güftesi bir edebiyat eseridir.” Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 1987/9793 E., 1988/3227 K. sayılı ve 29.03.1988 tarihli kararı. (Kazancı, erişim tarihi 10.03.2018)

³⁹ AYİTER, s.55; YILDIZ, s.25.

“Estetik değere sahip olma⁴⁰”, bir eserin “güzel sanat eseri” olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan koşuldur. Bir başka ifade ile estetik değer, bütün güzel sanat eserlerinde aranan ortak bir özelliktir.

D. Sinema Eserleri

Sinema eserleri, FSEK madde 5’te düzenlenmiştir: *Sinema eserleri, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi* olarak tanımlanmıştır. Bir eserin sinema eseri olarak korunabilmesi için, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisinden oluşması, tespit edilmiş olması ve gösterilebiliyor olması gerekmektedir⁴¹.

Bu şartlar dışında bir eserin sinema eseri olarak korunabilmesi için senaryo ve yönetmenin bulunup bulunmaması gerektiği doktrinde tartışmalıdır.⁴² Bir görüşe göre, bir eserin sinema eseri olarak nitelendirilebilmesi için mutlaka senaryo ve yönetmeni bulunmalıdır⁴³. Diğer bir görüşe göre ise, FSEK m. 5’te açıkça belirtilmemiş olduğundan senaryo ve yönetmen, sinema eserlerinin zorunlu unsurları arasında yer almamaktadır⁴⁴. Kanaatimizce, özellikle doğaçlama şekline tespit edilen eserler açısından bir senaryonun olmadığı göz önüne alındığında, bu eserlerin sinema olarak nitelendirilmemesi eser sahibinin eser korumasından faydalanamamasına neden olacaktır. Bu nedenle sıkı bir şekilde senaryo şartının aranması hakkaniyete uygun olmayacaktır.

⁴⁰ FSEK’in ilk halinde *bedii vasf* ifadesi kullanılmakta iken, 07.06.1995 tarihli değişiklik ile estetik değer ifadesi kullanılmıştır.

⁴¹ TOSUN, Eser, s.66-68; Engin ERDİL, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul, 2003, s.34.

⁴² YILDIZ, s.32.

⁴³ TEKİNALP, s.127; TOSUN, Eser, s.86.

⁴⁴ KARAHAN / SULUK / SARAÇ / NAL, s.73.

III. Eser Dışı Korunabilecek Konular

A. Mektup, Hatıra ve Günlük

FSEK kanununun 85 – 87. maddeleri arasında eser niteliği taşıyamamasına rağmen, kişilik haklarını ilgilendiren bir koruma sağlamıştır. Bu maddelerin ortak özelliği kişilik hakları kapsamında koruma getirmiş olmasıdır. Söz konusu maddeler aynı zamanda kişilik haklarına dair genel hükümler kapsamında korunmaktadır⁴⁵. Fikri mülkiyet ile yakın ilişkisi olmalarından kaynaklı, kanun koyucu FSEK içerisinde özel olarak düzenleme yapmıştır.

FSEK m. 85’in kenar başlığında “Mektuplar” terimi kullanılmasına rağmen, yalnızca mektuplar değil, aynı zamanda “hatıra ve buna benzer yazılar” da madde kapsamına dâhil edilmiştir. Bu nedenle çalışmamızda mektuplar, hatıra ve günlük bir arada incelenecektir.

Türk Dil Kurumu’na göre “*Bir şey haber vermek, sormak, istemek veya duyguları bildirmek için birine çoğunlukla posta yoluyla gönderilen, zarfa konulmuş yazılı kâğıt, name*” olarak tanımlanan mektup⁴⁶ hakkında, “*kişiyle yazışma ve haberleşme değil, bu koşul aranmaksızın kişinin yaşadığı her türlü olaylara ilişkin anı yazıları*” olarak ifade edilebilen hatıra⁴⁷ hakkında FSEK m. 85’te özel bir düzenleme bulunmaktadır. Doktrinde FSEK m. 85 ile eser niteliği taşımayan mektup, hatıra ve benzeri yazıların koruma altına alınmasının nedeninin, bu yazıların herkesin özel hayatının ve dolayısıyla kişiliğinin bir parçası olduğu ifade edilmektedir⁴⁸. FSEK m. 85’e göre “*Eser mahiyetinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar yazarların ve bunlar ölmüş ise 19’uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayınlanamaz. Meğer ki, yazarın ölümünden itibaren on yıl*

⁴⁵ HIRSCH, s. 25.; Levent YAVUZ / Türkay ALICA / Fethi MERDİVAN, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 2950.

⁴⁶ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a85dd41822e33.82920133 (erişim tarihi 10.02.2017)

⁴⁷ Ahmet M. KILIÇOĞLU, “Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar”, YÜHFD, Cilt:8, Özel Sayı, Yıl: 2013, s. 1597. (Kılıçoğlu, Eser).

⁴⁸ TEKİNALP, s. 289; R. Yılmaz YAZICIOĞLU, Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, İstanbul, 2009, s. 532; Hüseyin Cem ÇÖL, “Fikir Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Dışında Koruma Yolları”, AÜHFD, Cilt: 52, Sayı: 4, Yıl: 2003, s. 375.; YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, s. 2953.

geçmiş bulunsun. Mektuplar birinci fıkradaki şartlardan başka muhatap veya muhatap ölmüş ise 19'uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayımlanamaz; meğer ki, muhatabın ölümünden itibaren 10 yıl geçmiş bulunsun.”

Mektup, hatıra ve benzeri yazıların korunmasında dikkat edilmesi gereken başlıca dört husus olduğu öğretilerde kabul edilmektedir⁴⁹. Aşağıda bunlar ayrı başlıklar altında incelenecektir.

1. Eser Niteliğinin Aranmaması

Mektup, hatıra ve benzeri yazılar FSEK kapsamında eser niteliğine de sahip olabilir. Fakat bu bir şart değildir. Eser olması durumunda FSEK’te öngörülmüş olan özel korumadan faydalanılacaktır. İşte FSEK m. 85’in önemi de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Zira söz konusu madde de belirtildiği üzere, mektup, hatıra ve benzer yazılar, eser niteliği taşımasa bile FSEK m. 85 ile öngörülmüş olan hukuki korumadan yararlanacaktır⁵⁰.

Kanaatimizce eser niteliğini taşımayan herhangi bir yazının hukuki bir korumadan faydalanmasına ilişkin düzenleme getirilmiş olması yerinde bir düzenlemedir, ancak bu düzenlemenin FSEK’te yer alması yerinde değildir. FSEK’in amacı, FSEK m. 1’de belirtildiği üzere, fikri yaratıcılığın ürünü sayılan eseri ve eser sahibini korumaktır. Eser niteliğinde olmayan bir mektup, hatıra veya benzeri yazıya bu nedenle FSEK uyarınca bir koruma sağlanması kanaatimizce uygun değildir. Söz konusu düzenlemenin daha genel bir kanun olan TMK veya en azından TCK ile yapılmasının daha uygun olacağı görüşündeyiz.

Doktrinde, FSEK m. 85’teki “benzeri yazılar” ifadesinin geniş yorumlanarak “günlükler” ve “notlar” gibi çeşitli yazıların da bu kapsama dâhil edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁵¹ Söz konusu maddenin amacının kişiler arasında yapılmış olan özel yazışmaların korunması ve üçüncü kişilerle bu yazışmaların paylaşılmaması olduğu göz önüne alındığında, e-posta yazışmaları ve bunlara verilen yanıtlar, sosyal

⁴⁹ YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, s. 2952.

⁵⁰ YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, s. 2952.

⁵¹ YAZICIOĞLU, s. 532; ÇÖL, s. 375; AYİTER, s. 87-88; EREL, s. 187; TEKİNALP, s. 113.

medya üzerinden yapılan her türlü özel yazışma ve akıllı cihazlar için geliştirilen anlık mesajlaşma imkanı sağlayan uygulamalar üzerinden yapılan yazışmaların da FSEK m. 85 kapsamında değerlendirmesi uygun olacaktır⁵². Gerçekten, FSEK m. 85 f. 1’de mektup ve hatıra özel olarak belirtilmiş ve “buna benzer yazılar” denilerek söz konusu madde kapsamında yalnızca mektup ve hatıraların olmadığı, aynı amacı sağlayan diğer yazıların da bu kapsama girdiği açıkça belirtilmiştir.

2. Yazar ve Muhatabın Rızasına Tabi Tutulması

FSEK m. 85’in uygulama alanı bulabilmesi için, yazıların yayınlanmasına rıza gösterilmemiş olması ve rıza gösterme süresinin geçmemiş olması gerekmektedir. Yazıların yayınlanmasına ilişkin verilecek rıza özel olarak maddede düzenlenmemiştir. Doktrinde söz konusu rızanın FSEK m. 52⁵³ uyarınca yazılı şekilde verilmesi gerektiği öne sürülmektedir⁵⁴. Muvafakat vermeye yetkili kişi, mektup, hatıra ve benzer yazıları yazan kişi hayatta ise o kişi, değilse de FSEK m. 19 f. 1’de belirtilen kişilerdir. Bunlar da, sırasıyla vasiyeti tenfiz memuru, vasiyeti tenfiz memuru tayin edilmemişse mektup, hatıra ve benzeri yazıları yazanın sağ kalan eşi ile çocukları ve mansup mirasçıları, ana babası ve kardeşleridir.

Kanun koyucu FSEK m. 85 f. 2 ile mektuplar bakımından yukarıda belirtilen dışında ayrıca bir şart daha getirmiştir. Buna göre, mektubu yazan kişinin yanı sıra mektubun muhatabının ve bu kişinin ölümü halinde mirasçılarının da yayım için rızası aranmaktadır⁵⁵. Doktrinde kanun koyucunun sadece mektuplar için aradığı bu ek rızanın mektup gibi muhatap gerektiren diğer yazılara da uygulanması gerektiği görüşü haklı olarak ileri sürülmektedir.⁵⁶ Günlüklerde ise bir muhatap olmadığından içeriğe dâhil edilmiş olan kişilerden herhangi bir rıza alınması gerekmemektedir.

⁵² YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, s. 2951.

⁵³ Mektup, hatıra, günlük gibi yazıların yayınlanması taraflara maddi bir menfaat sağlayacağından ve FSEK m. 52 uyarınca “Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması” gerektiği belirtilmiş olduğundan kanaatimizce de söz konusu rızanın yazılı olarak verilmesi gerekmektedir. Kaldı ki, ispat açısından da yazılı olarak rıza verilmiş olması söz konusu olabilecek olası uyuşmazlıkları engelleyecek niteliktedir.

⁵⁴ ÇÖL, s. 37

⁵⁵ YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, s. 2953.

⁵⁶ KILIÇOĞLU, Eser, s. 1598; ÇÖL, s. 377.

Mektup, hatıra ve benzeri yazıların yayımlanması rıza ile ya da ölümün üzerinden on yıllık sürenin geçmiş olması nedeniyle hukuka uygun kabul edilse bile, bu yazıları yazanların ve muhataplarının kişilik hakkını ihlal etmekte ise TMK m. 24 ve m. 25 hükümlerine göre sorumluluk gündeme gelebilecektir. TMK m. 24'te “*Daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkilerden birinin kullanılması*” durumlarında hukuka uygun sayılabileceğini belirtmiştir. Maddede sözü geçen bu genel kural, özel kural niteliğinde olan FSEK 85 için de geçerlidir⁵⁷.

3. Korumanın Süre ile Sınırlandırılmış Olması

FSEK 85. Maddenin getirdiği koruma belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır⁵⁸. Mektup, hatıra ve benzeri yazılar, bunları yazan ve muhatapların ölümünün üzerinden on yıl geçtikten sonra rıza koşulu aranmadan yayımlanabilirler. Bir başka ifade ile, hem mektubu yazan, hem de muhatap hayatta olduğu sürece rıza verme süresi işlememektedir. Ancak her ikisinin de ölmesi durumunda ikinci ölümden itibaren on yıllık süre işlemeye başlamaktadır.⁵⁹ Mektup, hatıra ve benzeri yazıların eser olması durumunda yazan ve muhatapın ölmesinden on yıl geçmesiyle birlikte FSEK kanununun eserler için getirdiği koruma başlar⁶⁰.

4. Kişilik Haklarına Saldırı Hükümlerinin Saklı Bulunması

FSEK m. 85 f. 3'te, eser mahiyetinde olsun veya olmasın, mektup, hatıra ve benzeri yazıların izinsiz olarak yayımlanması halinde TBK m. 49 ve TCK m. 132, 134, 139 ve 140. maddeler uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir. Bunlara ek olarak, ortaya çıkarılan eser sonucunda manevi zarara uğrayan kimse FSEK 70/1 uyarınca manevi tazminat talep edebilir⁶¹. Bu madde süre sınırlaması getirmemiştir⁶². Manevi tazminat belirlenirken dikkat edilmesi gereken nokta kişinin uğradığı elem ve üzüntünün derecesidir⁶³. Mektup, hatıra ve benzeri yazıların yazarı ve muhatapı ölmüş ise kişilik

⁵⁷ YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, s. 2954.

⁵⁸ YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, s. 2955.

⁵⁹ KILIÇOĞLU, Eser, s. 1600; ÇÖL, s. 377.

⁶⁰ YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, s. 2955.

⁶¹ FSEK m. 70/1: “*Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir.*”

⁶² Yalçın TOSUN, M. Murat İNCEOĞLU, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevi Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu İle İlişkisi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXVIII Sayı:3, Ankara, 2012, s. 83.

⁶³ TOSUN / İNCEOĞLU, s.91.

haklarına saldırı mümkün olmamakla birlikte yakınlarının saldırıdan etkilenmesi durumunda hukuki yollara başvuru olabilirler⁶⁴.

B. Resim ve Portre

FSEK m. 86'da, "Resim ve Portre" başlığı altında, "*Eser niteliğinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19'uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemeyeceği*" ifade edilmiştir. Madde metninde belirtilen resim ve portreler geniş yorumlanmakta ve aynı amaçta olan fotoğraf ve karikatür gibi diğer görseller de bu kapsama dâhil edilmektedir⁶⁵.

FSEK m. 86'da yer alan bu düzenleme de "kişiliğin korunması" ilkesine dayanmaktadır. Zira bir kişinin resim veya portresi, onu üçüncü kişilere tanıtan ve kişiliğini dış dünyaya yansıtan en önemli araçlardandır. Dolayısıyla FSEK m. 86 ile korunan hak, kişilik hakkıdır⁶⁶.

FSEK 86. maddede dikkat edilmesi gereken dört tane husus vardır;

- 1) Eser niteliğinin aranmaması
- 2) Resim ve portrede tasvir edilenlerin iznine tabi bulunmaması.
- 3) Korumanın süreyle sınırlı olması.
- 4) İzin koşulunun aranmadığı hallerin bulunmaması.

FSEK 86. maddedeki korumayı sağlayabilmek için söz konusu resim veya portrenin eser niteliği taşımasına gerek yoktur⁶⁷. Resim veya portrenin eser niteliğine sahip olması halinde ise hiç şüphesiz FSEK'te yer alan eser koruması gündeme gelecektir. Eser niteliğine sahip olmaması halinde ise, resim ve portreler tasvir edilenin izni

⁶⁴ YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, s. 2956.

⁶⁵ TEKİNALP, s. 289; Yalçın TOSUN, Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar, İstanbul, 2016, s. 317; ÇÖL, s. 379.

⁶⁶ ÇÖL, s. 379; KILIÇOĞLU, Eser, s. 1601; Durgun YARSUVAT, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul, 1984., s. 72; AYİTER, s. 82. "*Şahsın dış görüntüsü kadar, bu görüntünün yansıma ve tekrarını sağlayan vasıtalar üzerinde de şahsiyet hakkı vardır. Bu bakımdan FSEK m. 86'da düzenlenen resim ve portreler üzerindeki hak, görüntüsü tespit edilen kimsenin şahsiyet haklarındandır.* (EREL, s. 190)

⁶⁷ YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, s. 2960.

alınmaksızın, tasvir edilen ölmüşse FSEK m. 19’da sayılan kişilerin rızası olmadan teşhir edilemez veya umuma arz edilemez. Bu yasak, tasvir edilenin ölümünden itibaren on yıllık süre ile sınırlıdır⁶⁸. Rıza ve on yıllık süre koşulu tüm resim ve portreler için geçerli değildir. FSEK m. 86 f. 2’de “*Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri, tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler, günlük hadiselere müteallik resimlerde radyo ve film haberleri*” için zorunlu olmadığı belirtilmiştir.

Bir kişiden izin alınmaksızın, fotoğrafı veya resminin kamuya gösterilmesi ya da çoğaltılması durumu kişilik haklarına aykırıdır⁶⁹. Söz konusu fotoğraf eser sayılmasa bile koruma FSEK 86 kapsamında koruma altındadır⁷⁰. Doktrinde, bir yerin fotoğrafı çekilirken rastlantısal olarak fotoğrafa bir şahıs dâhil olmuşsa, yani fotoğrafın esas konusu rastlantısal olarak dâhil olan şahıs değil, o sadece bir ayrıntı olarak gözükiyorsa FSEK 86 kapsamında bahsedilen izni almaya gerek yoktur⁷¹. Parlak Börü, bunun teknik olarak da mümkün olmasının zorluğundan bahsetmiştir⁷². Ticari çıkar elde edinmek istenen fotoğraflarda Yargıtayın aksine kararları vardır⁷³.

FSEK m. 86 f. 1’de belirtilen koşullara uygun davranılmaması, yani, rızanın veya ölümün üzerinden on yıl geçmesi koşulunun mevcut olmadığı hallerde resim veya portrenin teşhir veya umuma arz edilmesi halinde TBK m. 49 ve koşulları varsa TCK m. 134, 139 ve 140’ın uygulama alanı bulacağı, FSEK m. 86 f. 3’de ifade edilmiştir. Her koşulda, yani FSEK m. 86 f. 1 ve f. 2’ye uygun bir şekilde yayım yapılsa bile, bu yayımın TMK m. 24 hükmüne aykırı olmayacağı FSEK m. 86 f. 4’de belirtilmiştir.

IV. Kişilik Hakkı Kavramı

Kişilik hakkının tanımını yapabilmek için ilk olarak kişinin ne olduğunu tanımlamak gerekir. Eski dönemlerde oyuncuların sahne alırken taktıkları maskeyi anlatmak için kullanılan “persona” sözcüğü Latin dillerindeki kişi kelimesinin karşılığıdır⁷⁴. İşte

⁶⁸ TOSUN, Manevi Haklar, s. 316; s. ÇÖL, s. 382 vd.; KILIÇOĞLU, Eser, s. 1602.

⁶⁹ Şafak PARLAK BÖRÜ, Fotoğraf Üzerindeki Haklar, Ankara, 2013, s. 61.

⁷⁰ PARLAK BÖRÜ, Fotoğraf, s. 399.

⁷¹ PARLAK BÖRÜ, Fotoğraf, s. 401.

⁷² PARLAK BÖRÜ, Fotoğraf, s. 401.

⁷³ Bkz. HGK, 3.10.1990, E.1990/4-275, K.1990/459 (YKD, Nisan 1991, C.17, S.4, s.522).

⁷⁴ Zahit İMRE, Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku), 3. Bası, İstanbul, 1976, s.347.

günümüzde kişi kavramını tanımlamak için yine aynı kelime kullanılmaya başlanmış ve kişilerin hukuk tiyatrosunda oynadıkları rol vurgulanmak istenmiştir⁷⁵.

Kişilik hakkı, Anayasa'nın "Temel Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyan 2. kısmında koruma altına alınmıştır. Benzer şekilde Türk Borçlar Kanunu⁷⁶'nun 23, 24 ve 25 maddeleri ile de düzenlenmiştir. Bu maddelere ek olarak, kişilik hakkına dâhil münferit değerlerin korunması maksadıyla kanunumuzda özel hükümler de getirilmiştir⁷⁷. Görüldüğü üzere hukuk sistemimizde kişilik hakkının tanımına yer verilmemiştir. Bu nedenle de konu hakkında doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Örnek olarak Dural ve Öğüz'e göre kişilik hakkı *kişinin toplum içindeki yeri dolayısıyla diğer kişilerde saygı yaratabilmesi ve gelişebilmesi için korunan bir takım değerler* olarak tanımlanmıştır⁷⁸. Yargıtay kararlarına bakıldığında ise kişilik hakkı "*Kişinin kendi özgür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hak*"⁷⁹ olarak ifade edilmiştir. Yargıtay'ın ayrıca kişilik hakkını *kişinin hayatı, sağlığı, beden ve ruh tamlığı, düşün uğraşısı, onur ve ünü, saygınlığı gibi varlıkların bütünü ile toplum içindeki yerini sağlayan ve koruyan haklar* olarak tanımladığı bir kararı da bulunmaktadır⁸⁰.

Üstünde durulması gereken bir başka nokta ise kişilik hakkı kavramı ile manevi hak ilişkisidir. Bu iki hak birbirleriyle yakından alakalı olmak ile birlikte çoğu zaman da kesişmektedir. Doktrinde bu hakların birbirinin parçası ya da uzantısı olduğu tartışılmaktadır. Tosun ve İnceoğlu bu durumun mutlak bir cevabı olmadığını ve somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁸¹. Somut olayda bu ayrımın yapılması, aynı sebepten iki kere yargılama yapılmaması açısından önemlidir. Bazı olaylarda bu iki hakkın birbirinden ayıramayacağına kanaat getirilirse ikisinden de yargılamak mümkün olabilir. Böyle bir durumda ilk dikkat edilmesi gereken

⁷⁵ Serap HELVACI, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2012, s.19.

⁷⁶ 11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilmiş olan Türk Borçlar Kanunu, 4 Şubat 2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁷⁷ Örneğin MK m. 26 - *Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir. Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini isteyebilir.*

⁷⁸ Mustafa DURAL, Tufan ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuk Cilt 2 – Kişiler Hukuku, İstanbul, 2017, s.8.

⁷⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2012/4-179 E., 2012/512 K. ve 27.06.2012 tarihli kararı (Kazancı, erişim tarihi: 21.10.2017)

⁸⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 2002/13785 E., 2003/7489 K. ve 10.06.2003 tarihli kararı (Kazancı, erişim tarihi: 21.10.2017)

⁸¹ TOSUN / İNCEOĞLU, s. 81.

aralarında özel hüküm genel hüküm ilişkisi olup olmadığıdır⁸². Özel hükmün varlığı halinde genel hüküm uygulanmayacaktır⁸³.

V. Kişilik Hakkının Özellikleri ve Kapsamı

Şahıs varlığı haklarından olan kişilik hakkı, değeri para ile ölçülemez olan bir haktır. Ancak bu durum kişilik haklarının parasal sonuçlar doğurmayacağı şekilde yorumlanmamalıdır⁸⁴. Örneğin, haksız fiilden dolayı bir kişinin yaralanması durumunda hastanede yapılacak olan tedavi masraflarının maddi bir karşılığı vardır. Benzer şekilde, kişinin haksız fiil sonucu yaralanmasından dolayı iş görememesinden kaynaklı ücret kaybı da para ile ölçülebilir bir durumdur⁸⁵. O halde kişilik haklarının parayla ölçülemez haklardan olmasına rağmen parasal sonuçlarının bulunduğu söylenebilir. Şöyle ki, kişilik hakları da, tıpkı diğer haklar gibi bir özel hukuk sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Kişilik hakkı kapsamında kalan bir değer belli bir ücret karşılığında başkası tarafından kullandırılmasına kişi rıza gösterebilir. O halde kişilik hakkı kapsamına giren bir değer belli bir oranda başkası tarafından kullanılması konusunda, çalışmamızın devamında da detaylı olarak açıklanacağı üzere tasarrufta bulunabilir.

Kişilik hakkı mutlak bir haktır ve dolayısıyla herkese karşı ileri sürülebilme özelliği taşır. Bu nedenle hak sahibi dışındaki herkes bu hakka saygı gösterme ve hakkı ihlal etmeme yükümlülüğü altındadır⁸⁶. Ancak temel hak ve özgürlüklerin bile belli koşullar altında sınırlandırılabilmesi göz önüne alındığında kişilik hakkı gibi mutlak bir hakkın da sınırsız bir şekilde kullanılması her zaman mümkün olmayabilir.

Kişilik hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır ve dolayısıyla ölüm ile sona erer ve mirasçılara geçmez⁸⁷.

⁸² TOSUN / İNCEOĞLU, s.96.

⁸³ TOSUN / İNCEOĞLU, s.97.

⁸⁴ DURAL, ÖĞÜZ, s.6.; Mehmet AYAN / Nurşen AYAN, Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2016, s.88

⁸⁵ DURAL / ÖĞÜZ, s.103.

⁸⁶ AYAN / AYAN, s.87.

⁸⁷ DURAL / ÖĞÜZ s.104; AYAN / AYAN, s.88.

Her ne kadar TMK’da kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükümlere yer verilmişse de, kişilik hakkı kapsamına giren unsurlar tek tek kanunda belirtilmemiştir. Zira kişilik hakkı kapsamındaki unsurlar zaman içerisinde değişmekte ve yeni değerler ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle TMK’da yalnızca çerçeve hükümlere yer verilmiştir⁸⁸. Doktrinde kişilik hakkı kapsamına dâhil olan unsurlar, sınırlı sayıda olmamak üzere, şu şekilde kabul edilmektedir.

En temel kişilik haklarından birisi “hayat, sağlık ve vücut tamlığı”dır. Anayasa’nın 17. maddesinde belirtilen yaşama hakkı, temel haklar arasında sayılmış olup, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiştir. Kişinin hayatı, sağlığı ve vücut tamlığının, kişiliğine dâhil olduğu kabul edilmektedir.⁸⁹ Herkes, hem başkasının hayatına, vücut bütünlüğüne saygı göstermek zorundadır ve hem de kendi hayatına ve vücut bütünlüğüne de saygılı olup onu koruma yükümlülüğü altındadır. Kişinin hayatı, sağlığı ve vücut tamlığına yapılan herhangi bir saldırıya karşı kişilik hakkını korumaya yönelik çok sayıda düzenleme mevcuttur. TMK m. 23⁹⁰ ve 24’te⁹¹ ve TBK m. 49⁹² vd. hayat, sağlık ve vücut tamlığına yapılan herhangi bir saldırı halinde kişilik hakkını korumaya yönelik düzenlemeler mevcuttur. Benzer şekilde TCK’da “Hayata Karşı Suçlar” üst başlığı altında öldürme, yaralama, insan üzerinde deney yapma gibi suçlar çeşitli cezalara tabi tutulmaktadır.

Kişilik hakkı kapsamına giren bir diğer unsur ise “şeref ve haysiyet”tir. Şeref ve haysiyet, kişiye toplum tarafından verilen manevi değerlerin toplamı olarak

⁸⁸ M. Kemal OĞUZMAN / Özer SELİÇİ / Saibe OKTAY – ÖZDEMİR, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 16. Baskı, İstanbul, 2016, s. 42; DURAL / ÖĞÜZ, s. 92.

⁸⁹ HELVACI, s. 50; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 166; DURAL / ÖĞÜZ, s. 100.

⁹⁰ TMK m. 23: “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırmaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.”

⁹¹ TMK m. 24: “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelene kimse, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”

⁹² TBK m. 49: “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

tanımlanmaktadır.⁹³ Kişinin toplum içerisindeki yeri ne olursa olsun, kendi şeref ve haysiyetine tecavüz edilmesi halinde herkesin koruma isteme hakkı bulunmaktadır. Nitekim, “Kişiliğin korunması” başlıklı TMK m. 24’ten doğan koruma, kişinin şeref ve haysiyetini de kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Şeref ve haysiyete karşı yapılan ihlaller, özellikle günümüzde teknolojinin gelişmesi ve iletişim araçlarının yaygınlaşmasıyla daha da önem kazanmıştır.

Şeref ve haysiyet gibi, “kişinin sınırları ve özel hayatı” da kişilik hakkını oluşturan unsurlardan biri olarak kabul edilmektedir. Kişinin, gizli tutulmasında menfaati bulunan sınırları ve başkaları tarafından özel hayatının bilinmesini istememesi korunmaya değer menfaatlerindedir⁹⁴. Kişinin bu iki alanına yapılan her türlü hukuka aykırı müdahale, kişilik hakkına tecavüz niteliğinde olacaktır. Anayasa m. 20 uyarınca “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*” denilmek suretiyle özel hayatın gizliliği güvence altına alınmıştır. Benzer şekilde, TCK’da “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” üst başlığı altında haberleşmenin gizliliğini ihlal, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, kişisel verilerin kaydedilmesi gibi suçlar düzenlenmiştir.

VI. Kişilik Hakkı İhlallerinde Hukuka Uygunluk Sebepleri

Kişilik hakkı, mutlak ve sınırsız bir hukuksal korumadan yararlanmaz. Şöyle ki, başkasının bir hakkına zarar veren her fiil her zaman hukuka aykırı olarak nitelendirilemeyebilir veya ortada bir hukuka uygunluk nedeni olabilir⁹⁵. TMK m. 24 uyarınca “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*” Aynı şekilde TBK m. 63 f.2’de bu husus “*Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması,*

⁹³ Ahmet M. KILIÇOĞLU, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırınlarda Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 2008, s. 87; Şafak PARLAK BÖRÜ, “Esra Kararı Işığında Bir Hassas Denge Değerlendirmesi: Kişilik Haklarının Korunması vs. Sanat Özgürlüğü”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, Yıl: 2017, s. 251. (Börü, Esra Kararı)

⁹⁴ HELVACI, s. 59, 62; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 136.

⁹⁵ Sevil AYDIN, Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Hukuksal Korunma, Ankara, 1999, s. 125.

yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.” denilmek suretiyle belirtilmiştir.

Çalışma kapsamında özellikle rıza ve üstün kamu yararı konuları önem taşıdığı için, bu konular ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

A. Üstün Kamu Yararının Bulunması

Anayasa m. 13’de temel hak ve özgürlüklerin “kamu yararı” gerekçesi ile sınırlandırılabilmesi belirtilmiş olduğundan, anayasal anlamda bir temel hak olarak kişilik hakkı da kamu yararı gerekçesine dayanılarak sınırlandırılabilir. Her ne kadar kamu yararının bireysel çıkar değil, toplum yararı varsa söz konusu olduğu ifade edilmekte ise de⁹⁶, bu kavramının sınırları tam olarak belli değildir ve somut olaya göre kapsamı değişebilmektedir.

Örneğin, kamu görevlileri ve kamuya mal olmuş kişilerin, özel hayatlarına müdahale edilmesi basının kamuyu aydınlatma görevi olmasından dolayı zorunludur. Anayasa’nın 28. maddesi uyarınca “*Basın hürdür, sansür edilemez*”. Bu nedenle basın özgürlüğü çerçevesinde yapılacak olan yayınlarda kişilerin kişilik hakkı bir miktar zarar görebilir. Böyle bir durumda kural olarak herhangi bir sorumluluk doğmaz.⁹⁷ Ancak bu durum, özel ya da gizlilik alanına yapılacak her müdahaleyi de haklı göstermez. Müdahalenin hukuka aykırı olmaması için öncelikle kamu yararı bulunmalı ve çıkan haber, kişilerin kamuya mal oldukları husus ya da işgal ettikleri makamla ilgili olmalıdır. Kamu yararı olmadan bu kişilerin özel hayatının gereğinden fazla açıklanması hukuka aykırı olacaktır⁹⁸.

Özetle, bir kişinin özel hayatının gizliliği kamu yararı ile çakışıyorsa, bu durumda üstün yarar devreye girip özel hayatın gizliliği geri planda kalabilecektir. Yalnızca basın ve haberlerle ilgili değil, sanat yaratma özgürlüğü yerine getirilirken de, kişilerin özel hayatına müdahale edilebilir veya şeref ve haysiyetine zarar verilebilir.

⁹⁶ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 222.

⁹⁷ AYAN / AYAN, s. 121; DURAL / ÖĞÜZ, s. 139; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 217.

⁹⁸ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 227-228; DURAL / ÖĞÜZ, s. 139; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 223.

Böyle durumlarda hangi özgürlüğün korunması gerektiği, bir başka ifade ile üstün sayılması gerektiği belirlenirken, yararların tartılması yoluna gidilecektir⁹⁹.

B. Zarar Görenin Rızası

Kanun koyucu, bir insanın kişilik haklarını tamamen ortadan kaldırmayan ve fazlaca sınırlandırmayan sözleşmelerin yapılabileceğini kabul etmiştir. Bu durum, sözleşme özgürlüğünün de doğal bir sonucu olarak kabul edilmektedir¹⁰⁰. Kişinin rızası, özel hayatın gizliliğine yönelik müdahaleleri de hukuka uygun kılabilir. Örneğin, bir kişi özel hayatına ilişkin pek çok sırrını içeren hatıralarının yayınlanmasına razı olabilir¹⁰¹. Böyle bir durumda, yani kişinin kendi ile ilgili hususların açıklanmasında rıza göstermesi halinde, herhangi bir hukuka aykırılık durumu mevcut olmamaktadır.

Kişinin rızası ile yapılmış açıklamanın hukuka aykırı sayılmaması için söz konusu açıklamanın gerçek ve doğru olması ve açıklamaya ilişkin bir sınır getirildiyse, bu sınırın kapsamının aşılması gerekmektedir¹⁰². Örneğin teslim edilen üç fotoğraftan yalnızca iki tanesinin kullanılmasına rıza gösterilmiş olması halinde, tüm fotoğrafların kullanılması sınırın aşılması anlamına geleceğinden, hukuk aykırı olacaktır.

Yalnızca özel hayatın ihlali açısından değil, kişi ile ilgili üretilecek olan resim, roman ve bunun gibi her türlü eser ile ilgili olarak rıza göstermesi halinde ortada herhangi bir hukuka aykırılık olmayacaktır. Hukuka aykırılık olmadığından da herhangi bir tazminat talebinin olmayacağı doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir¹⁰³. Kişi, kendisi ile ilgili olarak yayınlanacak hususlara peşinen rıza göstermiş iken, sonradan tazminat talep etmesinin hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Rızanın şekil şartı hususunda kanun koyucu herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Rıza açık irade beyanı ile verilebileceği gibi üstü örtülü olarak da verilebileceği kabul

⁹⁹ AYDIN, s. 129.

¹⁰⁰ AYDIN, s. 151.

¹⁰¹ AYAN / AYAN, s. 118; PARLAK BÖRÜ, Esra Kararı, s. 261.

¹⁰² DURAL / ÖĞÜZ, s. 139.

¹⁰³ PARLAK BÖRÜ, Esra Kararı, s. 261.

edilmektedir¹⁰⁴. Üstü örtülü rızanın varlığı konusunda her bir somut olay ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Rıza, doğrudan fiil ile ilgili olabileceği gibi, riskin üstlenilmesi şeklinde de olabilir. Örneğin spor karşılaşmalarında riskin üstlenildiği ve meydana gelebilecek sonuca peşinen rıza gösterilmiş olduğu kabul edilmektedir.

VII. Sanat Yaratma Özgürlüğü

Sanatın ne olduğu 20. yüzyılda önemli bir tartışma konusu olmuştur¹⁰⁵. Bu konu hakkında filozoflar ve sanatçılar herkesin kabul ettiği bir tanım ile ortak noktada buluşmayı başaramamışlardır¹⁰⁶. Belirli net bir tanımı olmayan sanatın, özgürlüğünden bahsetmeden önce kısaca sanata ilişkin açıklama yapmamız uygun olacaktır.

Sanat, insanlıkla aşağı yukarı aynı yaşıdır¹⁰⁷. Bir başka ifadeyle, sanat, insanlığın var olmasından beri günümüze gelmiş olan eski ve köklü kavramdır. Sanatın ne olduğu tartışılırken en çok öne çıkan kavramlar estetik ve mantıksal kavramdır. Önceki dönemlerde sadece estetik niteliğe sahip olan eserler eser kabul edilirken, sonraki dönemlerde mantıksal kavrama sahip olan eserler de eser olarak görülmeye başlanmıştır. Sanat üzerine doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüşse de, genel olarak sanatın dünyayı tanıtmaya ve değiştirme, kendini bir başkasının gözünden görme, toplumsal ilişkilere ışık tutma ve gerçekleri gün ışığına çıkarma işlevlerinin olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁸.

Şüphesiz ki sanat yaratma özgürlüğü toplumları ileri götüren bir ihtiyaç olarak görülmüş ve yasalarca koruma altına alınmıştır. Devletlerin baskıcı ya da özgürlükçü

¹⁰⁴ PARLAK BÖRÜ, Esra Kararı, s. 262.

¹⁰⁵ Nigel WARBURTON, The Art Question, London, 2003, s. 1.

¹⁰⁶ Bilge BİNGÖL, "Sanat Özgürlüğü", Hacettepe Hukuk Fak. Derg., Bingöl, 2011, s. 95.

¹⁰⁷ Ernst FISCHER, Sanatın Gerekliliği, 6. Baskı, İstanbul, 2018, s. 27-30.

¹⁰⁸ FISCHER, s. 27.

tutumda oldukları bu yasalardan anlaşılabilirlerdir¹⁰⁹. Sanatı özgür bırakan toplumlar eleştiriye ve gelişime daha açık olmuşlardır¹¹⁰.

Türkiye’de sanat yaratma özgürlüğü Anayasamızın 27. ve 64. maddelerinde yer almaktadır. Anayasanın belirtilen bu iki maddesi birlikte değerlendirildiğinde sanat özgürlüğünün, bireyi devletin müdahalesine karşı koruyan ve devlete de bu alana dokunmama yükümlülüğü yükleyen bir özgürlük olduğu söylenebilir. Anayasa m. 27¹¹¹ uyarınca sanat özgürlüğü subjektif bir hak olup m. 64. uyarınca ise de kurumsal güvence getirilmiş bir haktır¹¹². Bir başka ifade ile devlet bir anlamda sanat üretimini ve sanatçının bu üretmek için gösterdiği çabayı korumak ve desteklemektedir. Devletin sanat üretimini ve sanatçıyı koruyabilmesi için sanat ile uğraşan kişinin profesyonel olarak bu mesleği icra etmesine gerek yoktur. Profesyonel olmayan sanatçıları da devlet tarafından bu şekilde güvence altına alınmaktadır¹¹³. Kişinin sanat üretme yöntemi birçok farklı şekilde olabilir. Çoğunlukla, kişiler kendi hayatlarından yola çıkıp bir sanat eseri üretirler ancak bu bir zorunluluk değildir. Kişiler başkalarının hayatlarından yola çıkarak veya tamamen kurguya dayalı olarak da bir sanat eseri üretebilirler. Hangi şekilde üretilmiş olursa olsun ortada bir sanat eseri varsa devletin bu sanat eserini koruma yükümlülüğü vardır.

Kişilik haklarının korunması ile sanat özgürlüğü arasında çok hassas bir denge bulunmaktadır. Bu dengenin de hangi ölçüde hukuk tarafından korunması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Sanat özgürlüğü, yukarıda da ifade edildiği üzere, hangi şekilde ortaya çıkartılmış olursa olsun devlete sanat eserini ve sanatçıyı koruma yükümlülüğü yükler. Oysaki kişilik hakkı bazı durumlarda bunun tam karşısında yer alabilir. Zira kişilerin kişilik hakkı ihlal edilerek ortaya bir sanat eserinin çıkarılması söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda acaba devletin

¹⁰⁹ Bingöl, s. 101.

¹¹⁰ Sanatın en çok sansürlendiği 10 ülkeye baktığımızda bu fikri kolaylıkla edinebiliriz. Bkz: <https://cpj.org/reports/2006/05/10-most-censored-countries.php> (erişim tarihi: 30.04.2018), ifade özgürlüğünün daha çok olduğu ülkelerin gelişmiş ülkeler olduklarını gösteren grafikler için ise bkz: <https://www.weforum.org/agenda/2016/11/freedom-of-speech-country-comparison/> (erişim tarihi: 30.04.2018)

¹¹¹ Anayasa m. 27: *Bilim ve Sanat hürriyetini güvence altına alan bu madde uyarınca herkes bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve 'bu alanlarda her türlü araştırma yapmak hakkına sahiptir. Bu hükmün gereği olarak, bilim ve sanat hürriyetini kullanan kişinin, bilim ve sanatın öz niteliği olan objektifliğe riayeti şarttır.*

¹¹² Christian RUMPF, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara, 1955, s. 160.

¹¹³ PARLAK BÖRÜ, Esra Kararı, s. 264.

anayasa ile güvence altına aldığı sanat eserini ve sanatçıyı koruma yükümlülüğü mü ağır basacak yoksa kişilik hakkı ihlal edilen kişinin mi hakları korunacaktır. Bu sorunun çözülebilmesi için uygulamada karşılaşılmış olan ve toplumda geniş yankı uyandırmış olan bir takım somut olayları incelemek gerekir.

İKİNCİ BÖLÜM

I. Uygulamada Karşılaşılan Somut Örnekler

A. Esra Kitabı

Almanya’da Maxim Biller isimli bir yazar, gerçek hayattaki eski sevgilisi ile ilgili olarak, o kişinin adını taşıyan “Esra” isimli bir roman yayımlamıştır. Söz konusu romanda, yazar, eski sevgilisi Esra ve annesi ile ilgili kişisel bilgilere ve ilişkileriyle ilgili gerçek detaylara yer vermiştir. Kitabın tamamı gerçek olaylara dayanmamasına rağmen, yazarın kullandığı üslup ve yer vermiş olduğu gerçek detaylar, okuyucularda kitabın tamamının gerçek ve yaşanmış bir olaya dayandığı izlenimini yaratmıştır. Bunun üzerine de yazarın eski kız arkadaşı ve annesi, kişilik haklarının ihlal edildiğini öne sürerek yazar ve yayınevi aleyhine tedbir talepli olarak dava açmıştır. Yazar ve yayınevi, söz konusu kitabın yazılması ve yayınlanmasının Alman Anayasası ile güvence altına alınmış olan sanat özgürlüğü kapsamında olduğunu belirterek davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Yerel Mahkeme, tedbir olarak kitap satışının durdurulmasına ilişkin karar vermiş ve ancak kitaptan kişilik hakkı ihlali olan kısımların çıkartılması halinde kitabın yayımlanabileceğine karar vermiştir. Konu Federal Mahkeme önüne geldiğinde ise, somut olayda kişilik haklarının ağır şekilde ihlal edildiği belirtilerek sanat özgürlüğünün artık geri planda kalması gerektiği belirtilmiş ve Yerel Mahkeme tarafından kitabın yayınlanması için yapılması gereken değişiklikler yapılmış olsa bile kitabın yayınlanmasının engellenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır¹¹⁴. Somut olayda, yazarın eski kız arkadaşının “*özel hayatının*

¹¹⁴ PARLAK BÖRÜ, Esra Kararı, s. 272-274

çekirdek alanına” müdahale söz konusu olduğundan Alman Federal Mahkemesi bu duruma izin vermemiş ve sanat özgürlüğünü geri planda tutmuştur¹¹⁵.

Kanaatimizce, Esra davasında Alman Federal Mahkemesi’nin vermiş olduğu karar yerindedir. Yazarın doğrudan, eski kız arkadaşı ve annesi hakkında okuyuculara vermiş olduğu özel detaylar bu noktada büyük önem taşımaktadır. Yazarın gerçek durumu ve kişileri çoğu zaman gizlememiş, aksine o kişileri ve durumu gizli tutmak isteyen kişileri kullanarak bir eser üretmiştir. Her ne kadar ortada bir sanat eseri olduğu konusunda şüphe olmasa da, burada bu eser üretilirken yoğun bir kişilik hakkı ihlali söz konusu olduğundan eser niteliği değil, kişilik hakkının ön plana çıkması durumuyla karşılaşmaktayız. Bir başka ifade ile, Esra kitabı, bir başkasının kişilik hakkı ihlali temeli üzerine kurulmuş olan bir eserdir ve sağlam olmayan bu temel ortadan kalkınca da ortada eser değeri olan bir çalışma bulunmamaktadır.

Esra kitabını hukuka uygun hale getirmenin yolunun, yazarın kişi ve olay kurgusunu değiştirmesinden geçtiği görüşündeyiz. Şöyle ki, yazar eski kız arkadaşı ve annesinin kişilik haklarını korumak için küçük de olsa bir çaba göstermiş olsaydı ve bu kapsamda kişi ve yer isimlerini, olay akışını ve olayın olduğu zamanı değiştirmiş olsaydı, bu durumda kişilik hakkı ihlali yoğunluğu azalacağından kitabın eser niteliğinin ön plana geçmesi söz konusu olabilecekti. Oysa ki somut olayda, yazarın kişilik haklarına zarar vermemek için hiç bir önlem almadığı, aksine kasten eski kız arkadaşı ve annesinin kişilik haklarını bilerek ve isteyerek yoğun bir şekilde ihlal ettiği görülmüştür.

B. The Voyeur’s Motel Kitabı ve Belgeseli

Netflix tarafından yayınlanan 2017 tarihli “Voyeur” isimli belgesel, başkasının özel hayatının ihlal edilmesi suretiyle ortaya çıkartılmış olan eseri konu alan ilgi çekici bir belgeseldir. Olay, ünlü gazeteci Gay Talese’ye bir gün telefon gelmesi ile başlar. Yıllar boyunca Manor House otelinde kalmaya gelen insanları tavandaki

¹¹⁵ Paul M. SCHWARTZ / Karl-Nikolaus PEIFER “Prosser’s Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept” California Law Review, Vol.: 98, Issue: 6, s. 1932.

havalandırma boşluğundan gizlice izlemiş olan otel sahibi Gerald Foss adındaki şahıs, gördüklerini gazeteciye aktararak bir kitap yazdırır ve daha sonra bu süreç belgesel haline getirilir.

Otel odasındaki insanların gözetlendiğinden ve kendileri ile ilgili önce bir kitap ve daha sonra da belgesel yapıldığından haberleri bulunmamaktadır. Bu durumun özel hayatın gizliliğine aykırı olduğu kadar kişilik haklarını da ihlal ettiği konusunda şüphe yoktur. Acaba burada söz konusu belgeselin eser niteliği mi ön plana çıkacak yoksa kişilik hakkı ihlalleri mi dikkate alınacaktır?

Kanaatimizce Gerald Foss'un anlatmak istediği hikâyeler, kişilik hakları ihlal edilerek elde edilmiş olmasına rağmen, burada bir motel odasında yalnız kalan insanların davranışları ile ilgili olarak üçüncü kişilere bilgi verme amaçlı bir eser ortaya çıkartıldığı ve bu eser ortaya çıkartılırken de kişilerin adı ve kişisel özelliklerine değinilmediği için kişilik hakkı ihlali, eser niteliğine kıyasla zayıf kalmaktadır. Bu nedenle de sanatçının sanat yaratma özgürlüğünün kişilik hakkı ihlali karşısında korunmaya daha değer olduğu görüşünderiz.

C. Uçurtmayı Vurmasınlar Kitap ve Film

Feride Çiçekoğlu'nun yazdığı "*Uçurtmayı Vurmasınlar*" kitabı yine aynı yazar tarafından senaryoya dönüştürülerek film haline getirilmiştir. Yazar Feride Çiçekoğlu, siyasi nedenlerle düşünce suçlusu olarak hapisanede bulunduğu zamanlarda tanışmış olduğu Barış adında çocuğun dostluk hikâyesini kaleme almıştır. Kendi adını değiştirip Barış'ın ismini aynı tutmuştur. Kanaatimizce, yazarın Barış ismini aynı tutmasının nedeni hapisane ile zıt bir isim olması durumundan kaynaklanmıştır.

Kitap piyasaya sürüldükten ve film vizyona girdikten sonra Barış Gökçe isimli kişi, söz konusu kitapta ve filmde kendi gerçek hikâyesinin izinsiz bir şekilde anlatıldığını ve elde edilen yüksek gelirlere kendisine herhangi bir ödeme yapılmadığını belirterek kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek dava açmıştır.

Uçurtmayı Vurmasınlar kitap ve filmi meydana getirilirken kişilik hakkı ihlali mevcutsa da, kanaatimizce ortaya çıkartılan çalışmanın eser değeri o denli yüksektir

ki, artık bu eser kamuya mal olmuş bir eser niteliğe bürünmüştür. Gerçekten, söz konusu film 26. Antalya Altın Portakal Film Festivali'nde en iyi senaryo ödülüne layık görülmüş ve Türk sinemasının en iyi örneklerinden biri olarak kabul edilmiştir¹¹⁶. Filmin kült bir film haline gelmiş olması şüphesizdir¹¹⁷. Film ve kitap, akademik makalelere dahi konu olmuştur¹¹⁸. O halde bu kitabın toplatılması ve filmin gösteriminin engellenmesi halinde kamunun uğrayacağı zarar, kişilik hakkı ihlali nedeniyle ihlale uğrayan kişinin elde edeceği menfaatten daha fazla olacaktır. Ayrıca söz konusu davanın kitap ve film yayınlandıktan çok uzun zaman sonra açılması, kişilik hakkı ihlal edilen Barış isimli kişinin iyi niyetli olmadığını, yalnızca ekonomik kaygılarla bu davanın açılmış olabileceği izlenimini de uyandırmaktadır. Bu durumda menfaat dengesine bakıldığında, eser yaratan sanatçının sanat yaratma özgürlüğünün, kişilik hakkı ihlal edilen kişiden daha ağır geldiği görüşündeyiz.

D. Chelsea Hotel No: 2 şarkısı

Leonard Cohen'in yazdığı "*Chelsea Hotel No:2*" şarkısı 1968 yılında New York'un ünlü Chelsea otelinde yollarının kesişmiş olduğu Janis Joplin ile ilgilidir. Şarkının sözlerinde Cohen, Janis ile yaşadığı özel anları kaleme almıştır¹¹⁹. "*Bozulmuş yatakta seks yapıyorduk*", "*Bana yakışıklı erkekleri tercih ettiğini tekrar söyledin*", "*Fakat benim için bir istisna yaptın*"¹²⁰ gibi ifadelerin yer almış olduğu şarkının özel hayatı ihlal etmiş olduğu ortadadır. Şarkı, Janis Joplin'in ölümünden dört sene sonra 1974'te çıkmıştır. Janis Joplin'in ölmeden önce şarkı ile ilgili bir haberi olması, şarkının Janis'in ölümünden bir sene sonra yazılmış olmasından dolayı mümkün değildir. İçerisinde açık bir şekilde Janis ismi geçmemekle birlikte Cohen şarkının Janis için yazılmış olduğunu gizli tutmamaktadır. Bu konuda Janis Joplin'in mirasçıları

¹¹⁶ <http://www.hurriyet.com.tr/kelebek/keyif/iste-100-kisilik-buyuk-jurinin-en-iyi-10-film-tercihleri-40406840> (erişim tarihi: 22.03.2018)

¹¹⁷ <http://t24.com.tr/yazarlar/yilmaz-murat-bilican/tiyatrocu-kadinlar-tiyatroya-gelemeyen-kadinlar-icin-oyyadi.19519> (erişim tarihi: 22.04.2018) Haberde "*Uçurtmayı Vurmasınlar izleyen bir nesil*" ifadesi geçmektedir.; <http://yenilerkendinihayat.blogspot.com/2014/06/ucurtmay-vurmasnlar.html> (online: 22.04.2018) Yazdığı blogta film için "*unutulmaz bir film*" ifadesini kullanmıştır.

¹¹⁸ Çocuk bakış açısı üzerine yazılmış bir makalede Uçurtmayı Vurmasınlar filminden bahsedilmiştir. https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/47528649/Cocuk_Bakis_Acisi.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1524395723&Signature=7Yf4pTm74evlyqL9MfcFx64b3ag%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DCHILD_S_POINT_OF_VIEW_AS_A_NARRATIVE_TEC.pdf (erişim tarihi: 22.04.2018)

¹¹⁹ <https://www.rollingstone.com/music/features/how-leonard-cohen-met-janis-joplin-at-the-chelsea-hotel-w450211> (erişim tarihi: 22.04.2018)

¹²⁰ <https://lyricstranslate.com/tr/chelsea-hotel-no-2-chelsea-oteli-no-2.html> (erişim tarihi: 22.04.2018)

herhangi bir yasal sürece gitmemişlerdir. Dolayısıyla somut olayımızda rıza durumu söz konusudur. Rıza, özel hayatı ihlal edilen kişiden değil, mirasçıları tarafından herhangi bir hukuki yola başvurmayarak bildiğimiz kadarıyla üstü örtülü olarak verilmiştir.

E. ‘40’ Filmi

Emre Şahin, 2009 yılında “40” adını verdiği filmini yazıp yönetmiştir. Film üç kişinin İstanbul’da içi dolu bir çantayı aramak için yollarının kesişmesi üzerine, arka sokaklarda koşturmaca ile geçen bir aksiyon filmidir. İlginç olan nokta ise içindeki karakterlerden biri, gerçek hayatta sonradan Hıristiyan olup rahip yardımcısı olarak görev yapan G.O.’nun hayatına çok benzemektedir. Bunun üzerine G.O. tarafından dava açılmıştır¹²¹. Mahkeme., G.O.’nın hayat hikâyesi ile filmin aynı olması dışında sadece soyadının aynen kullanılması ile bile de kişilik hakkı ihlali olduğunu belirterek davacının manevi tazminat talebini kabul etmiştir¹²².

F. Komedyenlere İlişkin Açılan Dava

İngiltere’de yaşayan Louise Reay adında bir komedyen, şovları sırasında ayrılmış olduğu eski kocasıyla yaşadıkları özel hayatından bahsettiği için kocası tarafından dava edilip 30.000 sterlin değerinde bir tazminat ve avukat masrafları ile karşıkariya kalmıştır. 2017 yılında temanın sansür ve açık konuşma olduğu bir şovda eski kocası ile ayrılıklarını anlatan Louise Reay, “*Komedyenlerin işi kendilerinden ve sosyal konulardan bahsetmektir, açılan bu dava sadece beni değil tüm komedyenlerin ifade özgürlüğünü ilgilendiriyor.*” şeklinde açıklamada bulunmuştur¹²³. Dava masraflarını ödemekte zorlanan Louise Reay, çözümü crowdfunding internet sitesi aracılığı ile para toplamakta bulmuştur. Açıklamalarında, elli dakikalık şovunun sadece iki dakikasında kocasından bahsetmiş olduğunu vurgulayan Louise Reay, ayrılıklarının sonucunda ne kadar üzülmüş olduğunu vurgulamak amacıyla bahsetmiş olduğunu da eklemiştir. Louise Reay bugünlerde Avustralyada komedyenlik mesleğine devam etmektedir.

Komedi şovunda söyledikleri ile alakalı olarak özel hayatı ihlal durumu ilk kez karşılaşılan bir durum değildir, daha önce de Amerikalı komedyen Sue Croonquist

¹²¹ Yarg. 11. HD., 10.6.2014, E. 2013/17824, K. 2014/11064, www.kazanci.com.tr

¹²² TOSUN, Manevi Haklar, s. 308.

¹²³ http://www.chortle.co.uk/news/2018/02/17/39167/comic_sued_by_ex-husband_for_talking_about_him_on_stage (erişim tarihi: 22.04.2018)

üvey annesi tarafından dava edilmiştir¹²⁴. Aile hayatı dava ile birlikte olumsuz etkilenen Sue Croonquist bu durumun az kalsın evliliğini bitiriyor olduğunu söylemiş. Dava mahkemeden düşmüştür¹²⁵.

G. İmkansız Aşk Romanı

İmkansız Aşk romanının yazarı Hasan Öztoprak'ın kitabın kendi hayat hikâyesini anlattığını açıklaması ile birlikte kitaptaki karakterlerden biri olan Aslı Erdoğan'ın tüm özel hayatı ortaya afişe edilmiş olmuştur. Kitapta geçen sütyen takmaması durumunun herkes ile paylaşmayı istemediği özel bir bilgi olduğunu vurgulayan Aslı Erdoğan, babasının ortaya çıkan skandal üzerine kalp krizi geçirmiş olduğunu ve ölümü teğet geçtiğini ifade etmiştir. Yaşadığı büyük travmadan sonra bir yıl boyunca gazete bile okuyamadığını söyleyen Erdoğan insanların kendisini sütyen takmayan kadın olarak tanımaya başladıklarını eklemiştir. Aslı Erdoğan, hayatının daha çok ifşa edilmesinden korktuğunu ve sessiz kalırsa konunun kapanıp gideceğini varsaydığını belirterek dava açmadığını söylemiştir¹²⁶.

H. Can Manay Karakteri

Fi dizisinin karakteri Can Manay'ın, gerçek hayattaki Cem Mumcu olduğu iddiası üzerine gazete yazarı Ayşe Arman, Cem Mumcu ile röportaj yapmıştır¹²⁷. Bu röportaj sırasında insanların kendisini Fi dizisinin karakterine çok benzettiklerini, fakat kendisinin o olmadığını, yazarı tanımadığını, yazar hakkında kendisinden esinlendiğini söylemesi durumunda spekülâtif bir iddiada bulunmuş olacağını söylemiştir. Fi dizisinin yazarının Cem Mumcu'dan etkilenip etkilenmediği hakkında herhangi bir bilgi mevcut değildir. Cem Mumcu bu durumun hoşuna gitmediğini belirtmiş fakat konu ile ilgili olarak herhangi bir yasal süreç başlatmamıştır.

I. Fotoğraf Davası

¹²⁴ <https://www.telegraph.co.uk/news/picturegalleries/howaboutthat/6090333/Comedian-Sunda-Croonquist-sued-by-mother-in-law-over-racist-jokes.html> (erişim tarihi: 22.04.2018)

¹²⁵ http://www.chortle.co.uk/news/2018/02/17/39167/comic_sued_by_ex-husband_for_talking_about_him_on_stage (erişim tarihi: 22.04.2018)

¹²⁶ <http://www.milliyet.com.tr/-bastan-beri-kadin-olmayi-reddettim-pazar/haberdetayarsiv/02.02.2005/103610/default.htm> (erişim tarihi: 22.04.2018)

¹²⁷ <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/ayse-arman/yazar-ressam-psikoterapist-can-manay-sanilan-cem-mumcu-gerceklik-kadar-seksi-hicbir-sey-yoktur-40521362> (erişim tarihi: 22.04.2018)

2012 yılında New York şehrinde Arne Svenson adlı bir fotoğrafçı Tribeca mahallesinde karşı evlerin geniş pencerelerinin fotoğraflarını çekmeye başlamıştır. Fotoğraflarda komşularının ev hayatı gözükünce Martha ve Matthew Foster özel hayatlarının ihlal edildiği gerekçesi ile davacı olmuşlardır. Dört yaşındaki kızlarının mayo, iki yaşındaki oğullarının ise beziyle dolaştığının görüldüğü fotoğraf Martha ve Matthew çiftinin isteği üzerine sergiden kaldırılmıştır. Foster çifti bununla yetinmeyip fotoğrafçı Arne'nin evlerini çekmiş olduğu tüm film ve negatiflere el koymak istemişlerdir. Bu durum sonrasında Svenson kendini ifade özgürlüğü altında savunmaya geçmiş. Büyük pencereleri ve perdelerinin olmamasından, ev hayatlarını bir nevi kamu tarafından gözlemlenebilir kılmış olmak iddiasında bulunmuştur. Mahkemede bir insanın evinde iken sahip olduğu özel hayatı ile parktayken sahip olduğu özel hayatı arasında fark olduğu konuşulmuş. Sonuç olarak mahkeme, çekilen fotoğrafın içeriğine bakıldığında, parkta oynayan çocuklardan daha özel bir durum göremediklerinden ifade özgürlüğünün tarafını tutarak Svenson lehine oy vermiştir¹²⁸.

İ. Beden Parçalarından Üretilen Sanat Eserleri

Dünyaca ünlü BODY WORLD sergisi, insan kadavra ve vücut parçalarından plastik heykeller yaparak, vücudumuzun içeride nasıl gözüktüğünü ve nasıl işlediğini öğretmek misyonu güden bir sergidir¹²⁹. Kullanılan insan vücut parçalarının Çin'de tutuklanan kişilere ait olmasına ilişkin bir iddiada bulunulmuştur¹³⁰. Sorumlular bu iddiayı yalanlamış, vücut parçalarının kimsesizlere veya kimliği belirlenememiş insanlara ait olduğunu açıklamıştır. ABD'de BODY WORLD'den sorumlu olan şirketten, kadvraların ve vücut parçalarının kimlere ait olduklarının belgelerinin gösterilmesi talep edilmiştir. Ayrıca sergiyi gezen herkese para iadesi yapılması gündeme gelmiştir. Sonuç olarak bedenlerin nereden geldikleri ispatlanamamış, bunun üzerine de ABD'den plastikleştirilmiş insan parçalarının ithal edilmesinin engellenmesi üzerine çalışmalar başlatmıştır.

J. Amishlerin Özel Hayatı

¹²⁸ <https://itsartlaw.com/2013/07/21/right-to-privacy-v-freedom-of-expression-in-case-of-peeping-tom-photographer/> (online: 22.04.2018)

¹²⁹ <https://bodyworlds.com/about/philosophy/> (online: 22.04.2018)

¹³⁰ <https://cityroom.blogs.nytimes.com/2008/05/29/bodies-exhibit-must-put-up-warnings/> (online: 22.04.2018)

Daha önce bireysel özel haklara değinmiştik, bu sefer bir toplumun özel hayatının gizliliği hakkı ile ilgili bir örneği konuşacağız. ABD’de Witness¹³¹ filmi çekilirken etik sorunlar ile karşılaşmıştır. ABD’deki eğlence sektörü Amish’lerin¹³² hayatını sergileme amacıyla iken, Amish’ler ise hayatlarının özel kalmasını istemişlerdir. Amish’ler Dünya’dan kopmaya çalışırken, Hollywood onları herkesin odak noktası haline getirme niyetindedir. Hollywood onların hayatına nasıl girebilirim diye çabalarken, Amişler ise özel hayatlarının gizliliğini nasıl koruyabileceklerini düşünmüşlerdi. Amişlerin parası olmadığı için avukat veya polis gücünden yararlanamazken Hollywood imkanlarını kullanarak rahatlıkla erişebilmiştir. Hollywood, filmlerinde Amişler ile ilgili verdiği mesajların doğru olduğunu düşünürken Amişler ise tartışmalı ve çarpık gerçekler olduğunu düşünmektedir. Amişler kutsal bağlarında çözüm ararken Hollywood yasal yollar ile çözüm aramıştır¹³³. Bu durumda hayatlarının gizli ve özel kalmasını isteyen Amiş topluluğunu mu korumalıyız? Yoksa sanat yaratma özgürlüğünü kullanıp istediği konuda film yapmak isteyen Hollywood’u mu?

II. Kişilik Hakkı İhlali ile Sanat Özgürlüğünün Karşılıklı Değerlendirilmesi

Sanatçının sanat yaratma özgürlüğü ve üçüncü bir kişinin kişilik hakkı çatıştığı zaman, hangisinin daha ağır bastığının tespit edilebilmesi için her somut olayda araştırılması gereken bir takım ortak hususlar mevcuttur. Bunlar şu şekilde gruplanabilir:

- Kişilik hakkı kapsamına giren hangi unsur ihlal edilmiş?
- Kişilik hakkı ihlal edilen kişi tanınmış bir kişi mi?
- Meydana getirilen eserin türü nedir?
- Eserin başka bir şekilde meydana getirilmesi mümkün mü?

¹³¹ <https://www.imdb.com/title/tt0090329/> (Erişim tarihi: 24.04.2018)

¹³² Amiş’lerin kim olduklarını bilmeyenler için vikipedi tanımlaması şu şekilde: *ABD’nin Pensilvanya ve Ortabatı eyaletlerinde (ve Kanada’da) yaygın olan tutucu bir Hristiyan mezhebidir. 18. ve 19. yüzyılda Almanya, Fransa ve İsviçre’den gelen göçmenler tarafından kurulmuştur. Amişler basit bir yaşama inanırlar, otomobil, telefon, elektrik gibi modern yaşamın kolaylıklarını kullanmaktan sakınırlar. Fayton kullanımı yaygındır. Bu insanlar kendilerini toplumdansinsel inanışları yüzünden ayırırlar. Örneğin orduya katılmazlar.* <https://tr.wikipedia.org/wiki/Ami%C5%9F> (Erişim tarihi: 24.04.2018)

¹³³ Larry GROSS / John Stuart KATZ / Jay RUBY / Image Ethics, The Moral Rights of Subjects in Photographs, Film, and Television, New York, 1988, s. 234.

- Eserin topluma sunulmasında kamu yararı var mı?
- Ortalama bir bireyin konu hakkında görüşü nedir?

A. Kişilik Hakkı Kapsamına Giren Hangi Unsurun İhlal Edildiği

Kanaatimizce öncelikle yapılması gereken tespit, üçüncü kişinin hangi kişilik hakkının ihlal edildiğidir. Eğer bir kişinin hayatı, sağlığı veya vücut tamlığı ihlal edilerek bir eser meydana getirildiyse, burada tartışmasız bir şekilde kişilik hakkı baskın gelmeli ve sanat yaratma özgürlüğü geri planda kalmalıdır. Bu durum International Bill of Human Rights ve Universal Declaration of Human Rights gibi uluslararası sözleşmeler tarafından korunmaktadır. Örneğin bir kişinin kolunun kesilmesi ve daha sonra bu koldan bir heykel yapılması ihtimalinde, üçüncü kişinin vücut bütünlüğü ihlal edilmiş olduğundan meydana gelen sanat eserinin sanatsal değerine bakılmaksızın kişilik hakkı baskın olmalıdır. Başka bir örnek olarak, bir kişinin belli bir süre işkenceye maruz kalması ve daha sonra da bu görüntülerin bir filmde kullanılması, -filmin sanatsal değeri ne kadar fazla olursa olsun- önem taşımamalı ve kişilik hakkı mutlak bir şekilde korunmalıdır. Kaldı ki, kişinin hayatı, sağlığı veya vücut tamlığına müdahale edilmesi çoğu zaman cezai sorumluluğu gerektiren bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır ve cezai sorumluluk gerektiren bir durumun hukuken tanınmış bir başka korumadan üstün görülmesi mümkün olmamalıdır. “Siyah alan” olarak adlandırılan bu alana müdahale edilerek bir eser meydana getirilmesinde, doğrudan kişilik hakkı korunmasının baskın gelmesi gerektiği görüşündeyiz¹³⁴.

Eğer bir kişinin hayatı, sağlığı veya vücut tamlığına değil de, başka bir kişilik hakkı ihlal edilerek bir eser meydana getirilirse, ortaya çıkan esere bakılmalı ve kişilik hakkı ihlal edilen kişinin de şahsi özellikleri ile değerlendirilmelidir. Örneğin üçüncü bir kişiden izin almadan o kişinin resmini veya sesini kullanarak bir eser üretilmesi veya üçüncü bir kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal ederek bir eser üretilmesi halinde, hem meydana gelen esere bakılmalı hem de ihlal edilen kişilik hakkı değerlerine ve bu kişinin şahsi özelliklerine bakılmalıdır.

¹³⁴ Kişinin ölümünden sonra, ölmeden önce vereceği izin ile, vücut parçaları ve veya kadavrası ile yapılabilecek olan BODY WORLD tarzı ve benzeri sanat eserlerini hariç tutuyoruz.

B. Kişilik Hakkı İhlal Edilen Kişinin Tanınmış Biri Olup Olmadığı

Kişilik hakkı ihlal edilen kişinin tanınmış olup olmadığı önem taşımaktadır¹³⁵. Zira bir kişinin topluma mal oluş derecesi, farklı bir sonuca ulaşılmasına yol açabilmektedir. Örneğin, siyaset adamlarının, oyuncuların, futbolcuların vs. gerek özel hayatlarının gerek resimlerinin yayımlanmasında diğer kişilere göre daha geniş bir imkan bulunmaktadır¹³⁶. Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda eleştirinin muhatabı olan kişinin devlet içerisinde önemli bir kamu görevini yürüten kişi olması halinde eleştirinin ağır olmasının kaçınılmaz olacağına ifade etmiştir¹³⁷.

Bu nedenle toplum tarafından tanınmayan bir kişiden izin almaksızın o kişinin fotoğrafından veya hatıralarından bir eser üretilmesi ile toplum tarafından tanınan bir kişiden izin alınmaksızın fotoğraflardan veya hatıralardan eser yaratılması arasında fark bulunması gerektiği görüşündeyiz. Kişinin toplum tarafından tanınmamış olmasına rağmen kişilik hakkı bir şekilde ihlal edilerek bir eser meydana getirilmesi halinde, kişilik hakkı ihlali eser yaratma özgürlüğüne kıyasla daha yoğun olacaktır.

C. Meydana Getirilen Eserin Türü

Kişilik hakkı ihlal edilerek meydana getirilen eserin hangi türden olduğu da çoğu zaman ihlalin mi yoksa sanat yaratma özgürlüğünün mü baskın gelmesi gerektiği konusunda yol göstericidir. Örneğin, otobiyografik eserler, nitelikleri itibariyle, eser sahibinin kendi kişiliği dışında başka kişiler ile de ilgilidir. Benzer şekilde, mizahın hâkim olduğu karikatür gibi eserlerde çoğunlukla kişilik hakkı ihlalleri zayıf kalacaktır. Üçüncü bir kişinin kişilik hakları ihlal edilerek bir durumun aydınlatılmaya çalışılmasında, bu hususun bilgi verme amacı taşıyan belgesel şeklinde ile aktarılması ile aksiyon tarzında bir sinema eseri ile aktarılması arasında fark olacağı şüphesizdir.

D. Eserin Başka Bir Şekilde Meydana Getirilmesinin Mümkün Olup Olmaması

¹³⁵ PARLAK BÖRÜ, Esra Kararı, s. 265.

¹³⁶ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 228.

¹³⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2006/4-550 E., 2006/570 K. sayılı ve 08.12.2010 tarihli ilamı. (Kazancı)

Üçüncü bir kişinin kişilik hakkı ihlal edilerek meydana getirilmiş olan bir eserde, kişilik hakkı ihlal edilen kişinin gerçek kimliğinin kullanılması, olayların, zamanların ve bir takım unsurların değiştirilip değiştirilmemesi de büyük önem taşımaktadır. Örneğin yukarıda yer verilen Gay Talese'nin *The Voyeur's Motel* kitabı ve belgeselinde kişilik hakkı ihlal edilen kişilerin hiçbirinin gerçek kimliği ifşa edilmemiştir. Bu da sanat özgürlüğünün güçlenmesine ve kişilik hakkı ihlalinin ona karşı zayıf kalmasına neden olmuştur. Oysa ki Maxim Biller'ın *Esra Kitabı*'nda ve Emre Şahin'in '40' filminde kişilik hakkı ihlal edilen kişilerin özel hayatları doğrudan eserlere konu edilmiştir. Eser sahipleri, eserlerinde ele aldığı gerçek kişilerin kişilik hakkına dikkatli değerlere saygı göstermek zorunda olduğu gibi, onların kişilik haklarını ağır şekilde zedeleyecek şekilde bilgi aktarımı yapmamalı ve o kişilerin üzerinden gerçek olmayan bilgileri içeren hikâyeler kurgulayamamalıdır¹³⁸. Eseri daha farklı şekilde kaleme almak, yani karakterlerin adını değiştirmek, bir takım hususları gizlemek ve farklı anlatmak mümkün iken gerçek hayattaki karakterlerin adını ve hatırlarının birebir alınması durumunda kişilik hakkı ihlalinin sanat özgürlüğüne kıyasla ağır olacağı görüşündeyiz. Bir başka ifade ile, makul ortalama bir kişi, esere ulaştığı zaman o eserdeki karakterler ile gerçek bir kişiyi özdeşleştirebiliyorsa, burada kişilik hakkı ihlali daha yoğun nitelikte kabul edilmelidir.

E. Eserin Topluma Sunulmasında Kamu Yararı Bulunup Bulunmadığı

Üçüncü bir kişinin kişilik hakkı ihlal edilerek bir eser meydana getirilmesinde kişilik hakkı ihlalinin sanatçının sanat yaratma özgürlüğü karşısında zayıf durumda kalabilmesi için, meydana gelen eserde ciddi ve yoğun bir şekilde kamu yararının bulunması gerekmektedir. Somut olayda kamu yararının olup olmadığı ve kamu yararı varsa bile bu yararın üstün nitelikte bir yarar olup olmadığının tespiti hâkim tarafından yapılacaktır¹³⁹. Uygulamada genellikle bu hususta bilirkişilerden yararlanılmaktadır¹⁴⁰. Hâkim, karar verirken hakkı ihlal edilenle ihlal edenin

¹³⁸ PARLAK BÖRÜ, *Esra Kararı*, s. 276.

¹³⁹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 222.

¹⁴⁰ Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği bilgi ile yayın yoluyla kişilik hakkına saldırı olup olmadığı konusunda bilirkişiye başvurmanın hukuka aykırı olduğunu belirten karar vermiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 2002/12747 E., 2003/3019 K. sayılı ve 17.03.2003 tarihli kararı (Kazancı)

çıkarlarını karşılaştırarak bir denge kurmalıdır¹⁴¹. Bu noktada hakimin korumaya değer bir çıkar olup olmadığını değerlendirmesi önemlidir¹⁴².

SONUÇ

Sanatçılar, düşünce ve ifade özgürlüklerini kullanarak eser meydana getirmektedirler. Ancak sanat özgürlüğü de, tıpkı diğer özgürlükler gibi, sınırsız bir özgürlük değildir. Sanatçıların bu özgürlüğü kullanırken diğer kişilerin haklarına ve özgürlüklerine dikkat etmesi gerekmektedir, aksi takdirde Anayasa tarafından korunan iki temel hak olan sanat yaratma özgürlüğü ile kişilik hakkının karşı karşıya gelmesi söz konusu olacaktır. Bir tarafta sanatçının insanlığın kültürel mirasına ve gelişmesine katkıda bulunacağı eseri, diğer tarafta ise kişilerin özel hayatları ve kişiliklerinin korunması.

Gerek çalışmada yer verilen uygulamadan örnekler, gerekse de genel bilgiler ışığında bir sonuca ulaşmak gerekirse, kişilik hakkı ile sanat özgürlüğü karşı karşıya geldiğinde doğrudan bir hakkın diğerine üstün kılınması, tek bir istisna dışında, hiçbir zaman mümkün değildir ve her zaman somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir karar verilmesi gerekmektedir. Yalnızca kişinin hayatı, sağlığı veya vücut tamlığına müdahale edilerek bir eser meydana getirilmesi halinde, “siyah alan” olarak adlandırdığımız kısma müdahale edilmiş olduğu için, doğrudan kişilik hakkının üstün geldiği kabul edilmeli, bunun dışındaki tüm kişilik hakkı ihlallerinde mutlaka somut olaya göre karar verilmesi gerektiği görüşünderiz.

Sanatçının sanat yaratma özgürlüğünün mü yoksa kişilik hakkı ihlal edilen kişinin mi haklarının baskın gelmesi konusunda bir takım kriterlere bakılarak sonuca varılabilir. Kişilik hakkı kapsamına giren hangi unsur ihlal edildiği, kişilik hakkı ihlal edilen kişinin tanınmış bir kişi olup olmadığı, meydana getirilen eserin türü, eserin başka bir şekilde meydana getirilmesi mümkün olup olmadığı, eserin topluma sunulmasında kamu yararı bulunup bulunmadığı, ortalama bir bireyin konu hakkında görüşünün ne yönde olduğu gibi hususların değerlendirilmesi, karşılıklı menfaatlerin tartılmasında önem taşımaktadır.

¹⁴¹ AYDIN, s. 128.

¹⁴² AYDIN, s. 128.