

FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA ÜÇ AŞAMALI TEST

(Three Step Test in Intellectual Property Law)

Prof. Dr. Serap HELVACI*
Ar. Gör. Eray Aksın ATAR**

ÖZET

Birçok uluslararası hukuk metninde yer alan üç aşamalı test, uluslararası hukukta eser sahibinin haklarının sınırlandırılması ile ilgili olarak öngörölmüş, hukuk güvenliğini sağlamaya yönelik bir denetim aracıdır.

Çalışma kapsamında üç aşamalı testin ölkeler açısından uluslararası ve ulusal boyutlarda ifade ettiği anlam üzerinde durulacaktır. Ayrıca adil kullanım hakkı öğretisine ve bu öğretinin üç aşamalı test ile olan benzerlikleri ve farklılıklarına değinilecektir.

Son olarak bu çalışmada fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamında bir eser meydana getirmiş olan eser sahiplerinin eser üzerinde sahip oldukları hakların sınırlandırılmasına ilişkin üç aşamalı test olarak ifade edilen metot gereğince uyulması gereken her bir aşama ayrı ayrı inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar kelimeler: Üç Aşamalı Test, Adil Kullanım Hakkı, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Sınırlandırma, Eser Sahibinin Haklarının Sınırlandırılması

Abstract

Three-step test is a control instrument set forth regarding the limitation of ownership rights under international law with the purpose of legal certainty. The test is prescribed in various international law conventions.

This study discusses what the three-step test means in national and international contexts. Furthermore, it addresses the fair use doctrine. The similarities and differences between three-step test and the fair use doctrine are dealt with as well.

Lastly, criteria included in the three-step test regarding the limitation of author's rights under intellectual property law are examined.

Keywords: Three-Step Test, Fair Use, Intellectual Property Law, Limitation, Limitation of Author's Rights

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi.

GİRİŞ

Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalarda uyulması gereken koşulların denetiminin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla birçok uluslararası sözleşme metninde yer alan ve öğretilerde üç aşamalı test (*three-step test*) olarak adlandırılan bir metot söz konusudur. Üç aşamalı test, fikir ve sanat eserleri hukukunda eser sahibinin mali haklarının sınırlandırıldığı hallerle ilişkin olarak uluslararası düzeyde denetim fonksiyonuna sahip bir metottur. Söz konusu test ilk kez yalnızca çoğaltma hakkına ilişkin olarak 1967 yılında Stockholm revizyonu ile Bern Sözleşmesi'ne dâhil olmuş ve ilerleyen yıllarda birçok ulusal ve uluslararası hukuk metninde diğer mali hakları da kapsayacak şekilde kendisine yer bulmuştur. Bern Sözleşmesi m. 9/II'de “*Bu eserlerin, eser sahibinin yasal çıkarlarına zarar vermemek ve eserin normal kullanımına engel olmamak kaydıyla, bazı özel durumlarda çoğaltılmasına verilecek izin, Birlik ülkelerinin mevzuatı ile düzenlenecektir*” hükmü ile üç aşamalı test düzenlenmiştir¹.

Üç aşamalı test, 1994 yılında gerçekleştirilen değişiklik ile TRIPS m. 13'te “*Üyeler münhasır haklara getirilecek sınırlamaları veya istisnaları eserden normal olarak yararlanma durumu ile çelişmeyen ve hak sahibinin meşru menfaatlerine makul ölçüler dışında zarar veren belirli özel hallerle kısıtlayacaklardır*” hükmü ile düzenlenmiştir.

¹ **GASSER** Christoph/**OERTLI** Reinhard, SHK - Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtswicklung, Bern, 2012, Vorbem. URG 19-22, N. 16; **GEIGER** Christophe/**GERVAIS** Daniel/**SENFTLEBEN** Martin, “Understanding the “three-step test”, International Intellectual Property A Handbook of Contemporary Research, Cheltenham, 2015, s. 167; **SENFTLEBEN** Martin, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, Den Haag, 2004, s. 43; **GERVAIS** Daniel, “Fair Use, Fair Dealing, Fair Principles: Efforts to Conceptualize and Limitations to Copyright”, Journal of the Copyright Society of the U.S.A., Vol: 57, 2009-2010, s. 510; **BRENNCKE** Martin, “Is “Fair Use” an Option for U.K Copyright Legislation”, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 71, 2007, s. 13; **WESTKAMP** Guido, “The “Three-Step Test” and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law Between Approximation and National Decision Making”, Journal of the Copyright Society of the USA, Vol: 56, No: 1, 2008, s. 3; **STERLING** J. Adrian, World Copyright Law, London, 1999, s. 354; **ALICA** Turkey/**ÖNDER** Bülent, “Engellerin Yayınlanmış Eserlere Erişiminin Kolaylaştırılmasına Dair Marakeş Anlaşması ve Olası Etkileri”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı: 2014/1, s. 61; **GERVAIS** Daniel, “Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test”, Marquette Intellectual Property Law Review, Vol: 9, No: 1, 2005, s. 13; **JULIANO** Jason, “Is Legal File Sharing Legal? An Analysis of the Berne Three-Step Test”, Virginia Journal of Law & Technology, Vol: 16, No: 04, 2011, s. 471; **SCHWARTZ** Eric J., “An Overview of the International Treatment of Exceptions”, Journal of the Copyright Society of the USA, Vol: 57, No: 3, 2010, s. 482; **ARNOLD** Richard/**ROSATI** Eleonora, “Are National Courts the Addressees of the Infosoc Three-Step Test?”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Int., Heft: 12, 2015, s. 1194; **CHRISTIE** Andrew/**WRIGHT** Robin, “A Comparative Analysis of the Three-Step Tests in International Treaties”, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Heft: 4, 2014, s. 411; **RICKETSON** Sam, The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions, Strawberry Hills, New South Wales: Centre for Copyright Studies, 2002, s. 22, **ATAR** Eray Aksın, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı ve Korunması, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2016, s. 91.

TRIPS'te yer alan söz konusu hüküm incelendiğinde üç aşamalı testin Bern Sözleşmesi'nde olduğu gibi yalnızca çoğaltma hakkına ilişkin olarak değil diğer mali hakları da kapsayacak şekilde düzenlendiği söylenebilir. Dolayısıyla üç aşamalı test TRIPS'in ilgili hükmü gereğince eser sahibinin diğer mali hakları açısından da uygulama alanı bulacaktır². Ayrıca 2001/29/EC sayılı InfoSoc Direktif'i art. 5'te, WIPO m. 10'da ve WPPT m. 16'da da sınırlandırmanın hukuka uygunluğunun belirlenmesinde üç aşamalı testin uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir³.

Eser sahibinin mali haklarına ilişkin getirilen kısıtlamalar, uluslararası ve ulusal hukuk metinlerinde sınırlandırma veya istisna kelimeleri ile ifade edilmektedir. Öğretide genel olarak sınırlandırma ve istisna kavramının aynı olguyu ifade ettiği kabul edilmektedir⁴. Ancak sınırlandırma ve istisna kavramlarının farklı olduğunu ve sınırlandırmanın istisnai halleri de kapsayan daha geniş bir kavram olduğunu savunan bir görüşte söz konusudur⁵. Söz konusu bu sınırlandırma halleri ise her ülkenin hukukunda farklılık arz etmektedir⁶.

I. Sınırlandırmanın Hukuka Uygunluğunun Tespitinde Üç Aşamalı Test ve Fair Use Doktrini İle Karşılaştırılması

Üç aşamalı test, adil kullanım olarak ifade edebileceğimiz Anglosakson hukukunda var olan "*fair use*" doktrini ile tamamıyla aynı içeriğe sahip olmasa da önemli benzerliklere sahiptir. Adil kullanım ile ilgili düzenleme 1976 tarihli USCA (Amerika

² **COOK** Trevor, "Exceptions and Limitations in European Union Copyright Law", Journal of Intellectual Property Rights, Vol: 17, 2012, s. 243; **STERLING**, s. 356; **BRENNCKE**, s. 15; **GERVAIS**, Three-Step Test, s. 20; **ARNOLD/ROSATI**, s. 1195; **CHRISTIE/WRIGHT**, s. 411; **RICKETSON**, s. 22; SHK-GASSER/OERTLI, Vorbem. URG 19-22, N. 16.

³ **GERVAIS**, Fair Use, s. 511; **GERVAIS**, Three-Step Test, s. 13; **JULIANO**, s. 471; **ARNOLD/ROSATI**, s. 1195; **RICKETSON**, s. 22; **GASSER/OERTLI**, SHK - URG, Vorbem. URG 19-22, N. 16.

⁴ **GRIFFITHS** Jonathan, "The "Three-Step Test" in European Copyright Law-Problems and Solutions", Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 31/2009, <http://ssrn.com/abstract=1476968>, s. 1, (11.07.2016); **GEIGER** Christophe, "The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society", UNESCO, e-Copyright Bulletin, January-March, 2007, s. 2; **STERLING**, s. 350; **JULIANO**, s. 471; **GERVAIS**, Fair Use, s. 500; Biz bu makalede eser sahibinin haklarının kısıtlandığı bu halleri ifade etmek için sınırlandırma kavramını kullanmayı tercih edeceğiz.

⁵ *Christie*, "istisna" (exception) ve "sınırlandırma" (limitation) kavramlarının farklılığı üzerinde durmaktadır. Yazara göre, eser sahibinin haklarını daraltan her olgu sınırlandırma olarak ifade edilemez. Eser sahibinin haklarının sınırlandırıldığı haller, istisnai durumları da kapsayan daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Sınırlandırma halinde eserden yararlanma herkes için serbest hale gelirken, istisnai hallerde eserin üçüncü kişiler tarafından belirli şekilde kullanımları koruma kapsamı dışında bırakılmaktadır. Söz konusu bu istisnalar halinde eser sahibine adil bir bedel ödenmesi gereken durumlar olabileceği gibi böyle bir bedelin ödenmesine gerek olmayan haller de olabilir. **CHRISTIE** Andrew, "Maximising Permissible Exceptions to Intellectual Property Rights", The Structure of Intellectual Property Law, Cheltenham, 2011, s. 121 vd.

⁶ **STERLING**, s. 351.

Birleşik Devletleri Telif Hakkı Kanunu) sec. 107'de ve 1988 tarihli İngiliz CDPA (Telif, Tasarım ve Patent Hakkı Kanunu) sec. 29 ve 30'da yer almaktadır⁷.

Üç aşamalı test ve adil kullanım öğretisinin ortak özelliği, eser sahibinin haklarının sınırlandırıldığı hallerde bu sınırlandırmanın hukuka uygun olup olmadığını belirlenmesi konusunda bir ölçüt görevi yerine getirmeleridir⁸.

Üç aşamalı test ve adil kullanım öğretisi arasındaki temel fark eser sahibine yönelik hakların iki hukuk sisteminde dayandığı felsefi farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Yazarın haklarını korumayı temel amaç edinmiş olan Kara Avrupa'sı hukuk sisteminde, eser sahibinin haklarını sınırlandıracak düzenlemeler önceden belirlenmiştir. Dolayısıyla bu sistemde eser sahibi, haklarının ne zaman, hangi durumda sınırlandırılacağını önceden bilmekte ve kendisini güvende hissetmektedir. Oysa adil kullanım öğretisinin egemen olduğu Anglosakson hukukunda daha esnek bir sistem söz konusudur. Adil kullanım öğretisi, daha önceden öngörülmemiş, sayısız ve çeşitli sınırlandırma hallerinin hukuka uygunluğunun denetimini gerçekleştirmek üzere ortaya çıkmış ve hakkın sınırlandırılmasına ilişkin çok sayıda genel yönlendirici ilkeler sunmaktadır. Adil kullanım öğretisi bu esnekliği sayesinde fikir ve sanat eserleri hukukundaki hızlı değişime ve teknolojik gelişmelere kolaylıkla uyum sağlaması bakımından üç aşamalı testten daha avantajlı olarak kabul edilmektedir⁹.

Anglosakson hukukunda hâkim olan faydacı teori, temel olarak toplumun eserden sağlayabileceği en fazla katkıyı elde etmesini savunur¹⁰. Anglosakson hukukunun etkisi altında olan mahkemeler eser sahibinin haklarının sınırlandırılmasında, toplumun menfaatleri ve yazarın haklarını dengelemek konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Dolayısıyla mahkemelere sağlanan bu geniş takdir yetkisi, Kara Avrupa'sı hukuk sisteminde ön planda yer alan öngörülebilir ortamın aksine eser sahibi açısından haklarının sınırlandırılması konusunda güvensiz bir ortamın oluşmasına sebebiyet vermektedir. Bu nedenle adil kullanım doktrini uyum sağlama ve genişleme konularında üç adım testinden elverişli olmasına karşılık belirsizlik ve risk konularında ise elverişsizdir¹¹.

⁷ BRENNCKE, s. 5,6; SCHWARTZ, s. 492; ATAR, s. 91.

⁸ GERVAIS, Three-Step Test, s. 28.

⁹ HUGENHOLTZ Bernt/SENFTLEBEN Martin, "Fair Use in Europe in Search of Flexibilities", Amsterdam, 2011, <http://www.ivir.nl/publicaties/download/912> (12.07.2016); BRENNCKE, s. 9; GERVAIS, Three-Step Test, s. 27; SCHWARTZ, s. 474; COOK, s. 243; ATAR, s. 92.

¹⁰ SENFTLEBEN Martin, "The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation", JIPITEC, 1, 2010, s. 68; FROMER Jeanne, "An Information Theory of Copyright Law", Emory Law Journal, Vol: 64.71, 2014, s. 76.

¹¹ SENFTLEBEN, Three-Step Test, s. 69; BRENNCKE, s. 9; JULIANO, s. 476; ATAR, s. 92; SCHWARTZ, s. 476.

Sınırlandırmanın kapalı bir sisteme tabi olduğu Kara Avrupa'sı hukuk sisteminde üç aşamalı test toplumun sosyal, ekonomik ve kültürel ihtiyaçlarına yönelik bir nefes alma alanı yaratmaktadır¹². Son yıllarda; üç aşamalı test, adil kullanım öğretisinin üstlenmiş olduğu role benzer şekilde bireyin özgürlük alanı ve eser sahibinin hakları arasında denge sağlayan hukuksal bir serbesti işlevini yerine getirmektedir¹³. İşte bu dengenin sağlanmasına ilişkin olarak 1878 yılında Victor Hugo'nun Bern Sözleşmesi görüşmeleri sırasında söylediği “*bir kitabın sahibi o kitabı yazan kişi olabilir ancak o kitapta yer alan düşünceler insanlığa aittir*” cümlesi büyük bir öneme sahiptir. Bu düşünce ilerleyen dönemde üç aşamalı testin de fikri temelini oluşturmuştur¹⁴.

Üç aşamalı testin eser sahibinin haklarının sınırlandırılmasında ulusal ve uluslararası düzeyde hukuki bir denge sağlama işlevinin olduğu da kabul edilmektedir. Zira her ülkenin sosyal, kültürel ve ekonomik ihtiyaçları farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla sınırlandırmanın çerçevesi de bu ihtiyaçlara bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. İşte bu nedenlerle üç aşamalı test uluslararası düzeyde eser sahibinin haklarını sınırlandıran düzenlemelerin merkezinde yer almaktadır. Bunun yanı sıra üç aşamalı test, ulusal düzeyde de kanun metinlerinde yer alan sınırlandırmaların kapsamının belirlenmesinde yardımcı bir fonksiyona sahiptir¹⁵.

Bern Sözleşmesi'nde yer alan söz konusu düzenlemeye ilişkin olarak öğretide yapılan ilk yorumlar, madde metninde sınırlamaya ilişkin iki adet aşamanın varlığının bulunduğu yönündeydi¹⁶. İlerleyen zamanlarda sınırlandırmanın ancak belirli ve özel durumlarda söz konusu olabileceğine ilişkin görüş ağırlık kazanmış ve iki aşamalı test olarak adlandırılan bu kriterler üç aşamalı test olarak anılmaya başlanmıştır¹⁷.

II. Üç Aşamalı Test Kapsamında Sınırlandırmanın Hukuka Uygunluğu İçin Gerekli Şartlar

Üç aşamalı test uluslararası kimliğinin yanı sıra zaman içerisinde ulusal hukuk metinlerinde de yer almaya başlamış, testte yer alan aşamalar ulusal hukuk metinlerine doğrudan veya dolaylı olarak aktarılmıştır. Bunun yanı sıra ulusal mevzuatta yer

¹² SENFTLEBEN, Three-Step Test, s. 67; GRIFFITHS, s. 2; GEIGER, Role of the Three-Step Test, s. 17; ATAR, s. 92.

¹³ ATAR, s. 92; WESTKAMP, s. 3; GERVAIS, Fair Use, s. 502; STERLING, s. 355; BRENNCKE, s. 5.

¹⁴ GERVAIS, Fair Use, s. 504.

¹⁵ HE Huaiwen, “Seeking a Balanced Interpretation of the Three-Step Test – An Adjusted structure in View of Divergent Approaches”, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Heft: 3, 2009, s. 278; SENFTLEBEN, Three-Step Test, s. 68; JULIANO, s. 472; GASSER/OERTLI, SHK-URG, Vorbem. URG 19-22, N. 16.

¹⁶ HE, s. 279.

¹⁷ GEIGER/GERVAIS/SENFTLEBEN, s. 126; HE, s. 279.

alacak sınırlandırmaların çerçevesinin belirlenmesinde de testin önemi büyük olmuştur¹⁸.

Üç aşamalı testte birinci aşama; sınırlandırmanın belirli ve özel bir duruma ilişkin olması gerekliliğidir. İkinci aşama; sınırlandırmanın, hak sahibinin eserini olağan şekilde kullanması halinde elde edeceği yarara aykırılık teşkil etmemesidir. Üçüncü aşama ise; sınırlandırmanın, hak sahibinin meşru menfaatlerine makul bir sebep olmaksızın zarar vermemesidir¹⁹.

Bu üç aşamanın her birinin tek tek ortaya konulmasının temelinde, hak sahibinin sahip olduğu esere ilişkin hukuka aykırı bir şekilde zarar görmesinin önüne geçilmesi düşüncesi yattığı söylenebilir²⁰. Söz konusu testte her bir aşama diğer aşamalardan bağımsız bir şekilde değerlendirilir. Fakat bu ayrı değerlendirme sınırlandırmanın hukuka uygunluğunun tespiti için yeterli değildir. Sınırlandırmanın hukuka uygunluğundan bahsedilebilmesi için üç aşamalı testte yer alan tüm aşamaların tek tek geçilmesi gerekmektedir²¹. Bu nedenle öğretide üç aşamanın ayrılmaz bütünlüğünün de ayrı bir aşama teşkil ettiği ve bu testin aslında dört aşamadan oluştuğu yönünde bir görüş de ileri sürülmüştür²².

A. Sınırlandırmanın Belirli ve Özel Bir Duruma İlişkin Olması

İlk aşama temel bir kural teşkil eder. Bu temel kural gereğince bir sınırlandırmanın hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için sınırlandırmanın belirli ve özel bir duruma ilişkin olması gerekir. İlk aşama hak sahibinin haklarına sınırlandırma getiren durumun, daha önceden belirlenmiş ve herkes tarafından öngörülebilir olmasını sağlamaya yöneliktir²³. Örneğin, bir eserin, sahibinden izin alınmaksızın çoğaltılabilmesi herhangi bir durumda değil ancak bu çoğaltma eyleminin eğitim ile ilişkilendirilebilir olduğu durumlarda hukuka uygun olarak kabul edilebilecektir²⁴.

¹⁸ GRIFFITHS, s. 2.

¹⁹ ALICA Türkay, (YAVUZ Levent/MERDİVAN Fethi), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt: I, Ankara, 2014, s. 38; BATTAL Ahmet, "Yeni FSEK 47 ile Gelen "Eser Kamulaştırması'nın Anayasaya Aykırılığı Meselesi", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl: 15, Cilt: 16, Sayı: 4, 2014, s. 40; ALICA/ÖNDER, s. 61; SENFTLEBEN, Limitations, s. 133; GEIGER/GERVAIS/SENFTLEBEN, s. 131; WESTKAMP, s. 3; GERVAIS, Three-Step Test; STERLING, s. 355; BRENNCKE, s. 13; GERVAIS, Fair Use, s. 512; JULIANO, s. 472; COOK, s. 243; ATAR, s. 92, GRIFFITHS, s. 1; GEIGER, Role of the Three-Step Test, s. 2; GASSER/OERTLI, SHK-URG, Vorbem. URG 19-22, N. 16a.

²⁰ SENFTLEBEN, Limitations, s. 210.

²¹ GEIGER/GERVAIS/SENFTLEBEN, s. 125; ATAR, s. 92; HE, s. 280; JULIANO, s. 472.

²² HE, s. 280; ATAR, s. 92.

²³ BATTAL, s. 39; HE, s. 287; JULIANO, s. 476; ALICA/ÖNDER, s. 61; ATAR, s. 92; SENFTLEBEN, Limitations, s. 133.

²⁴ STERLING, s. 355.

Özel bir durumun varlığı için sınırlandırmanın kişiye özel olması veya çerçevesi daha önceden belirlenmiş bir amacının bulunması gerekir²⁵. Ayrıca bu özel durumun kamu menfaati gereği sınırlandırmayı haklı kılması da gereklidir²⁶.

Belirlilik şartının sağlanması için ise WTO görüşmeleri sırasında sınırlandırmanın yasalarda açık bir şekilde tanımlanmış olması gerektiği fikri ortaya atılmıştır²⁷. Yeterli derecede belirliliğin var olduğunun kabul edilebilmesi için iki şart aranır. Birinci şart; her bireyin sınırlandırmaya ilişkin yasaya erişebiliyor olması gerektiğidir. İkinci şart ise; yasa metninin, sınırlandırmanın eser sahibi tarafından öngörülebilir olmasını sağlayacak düzeyde bir kesinliğe sahip olmasıdır. Ancak sınırlandırmanın yasalarda açık bir şekilde yer alması şartı hukuk güvenliğini sağlamak açısından büyük bir öneme sahip olsa da sınırlandırma kavramının alanını önemli ölçüde daralttığından ötürü öğretilerde eleştiri konusu olmuştur²⁸.

İlk aşama eser üzerindeki hak sahiplerinin yetkilerini güçlendirmek ve sahip oldukları mali hakların dijital ortamla uyumunu uluslararası düzeyde sağlamak açısından önemlidir²⁹. Zira eser üzerindeki hakların sınırlandırılması konusu özellikle dijital ortamda eser sahiplerini tedirgin edecek düzeyde bir belirsizliği de beraberinde getirmektedir. Testin birinci aşaması ise bu belirsizliğin ortadan kaldırılmasına yönelik bir role sahiptir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere Kara Avrupa'sı hukuk sistemlerinde sınırlandırmalar kapalı bir sisteme tabidir. Bu hukuk sistemine tabi ülkelerde geçerli bir sınırlandırmanın var olabilmesi için öncelikle sınırlandırmanın yasal mevzuatta yer alması gerekmektedir³⁰. Aynı şekilde Türk hukukunda da eser sahibinin haklarına ilişkin sınırlandırmalar yasal mevzuatımızda yer almaktadır. Dolayısıyla Türk hukukunda da sınırlandırmaların kapalı bir sisteme tabi olduğu ve bu nedenle yasal mevzuatımızın testin birinci aşamasıyla uyum gösterdiği söylenebilir.

B. Sınırlandırmanın Eserin Normal Kullanımına Aykırı Olmaması

Testin ikinci aşaması, sınırlandırmanın “*eserin normal kullanımına engel teşkil etmemesini*” gerektirir³¹. Öğretilerde, Ulmer’ in görüşmeler sırasında dile getirdiği “ön-

²⁵ GEIGER, Role of the Three-Step Test, s. 5.

²⁶ GERVAIS, Fair Use, s. 512.

²⁷ JULIANO, s. 476; GRIFFITHS, s. 16; GEIGER, Role of the Three-Step Test, s. 5; SENFTLEBEN, Limitations, s. 134.

²⁸ SENFTLEBEN, Limitations, s. 135 ve orada anılan yazarlar.

²⁹ GEIGER, Role of the Three-Step Test, s. 2.

³⁰ GEIGER, Role of the Three-Step Test, s. 5.

³¹ Fransa’da David Lynch’in Mulholland Drive isimli filminin DVD kopyasını satın alan bir kişinin annesinin evinde izlemek amacıyla filmi VHS formatına aktarmak istemesi nedeniyle bir dava açılır. Fransa’da mevcut DVD üzerindeki teknolojik koruma kuralları çerçevesinde kişinin bu

celiğimiz eserin normal kullanımının koruma altına alınmasıdır. Eser sahibinin meşru menfaatlerinin haksız bir zarara uğradığının sorgulanması ikincil husustur” cümlesi nedeniyle, bazı yazarlarca ikinci aşamanın, üç aşamalı testin temelini oluşturduğu kabul edilmektedir³².

İkinci aşamanın temel amacı eser sahibine, eserinden gelir elde ettiği ülkedeki yasal düzenlemelerin ihlal edilmesi durumunda, eserlerini sunmaya alışkın olduğu yerde destek sağlamaktır³³.

Madde metninde geçen “*normal*” kelimesinin genel veya olağan anlamında kullanılan ayrıca önem atfedilmesi gerekmeyen basit bir kelime mi olduğu yoksa eserin kullanımı konusunda yasal bir standart mı getirdiği konusu öğretilerde tartışmalıdır³⁴. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca ikinci aşamada yer alan “*normal kullanım*” kavramı hem normatif hem de ekonomik bir terim olarak kullanılmaktadır³⁵.

Fikir ve sanat eserleri hukukunun sosyal ve kültürel boyutu, ülkelerin ikinci aşamayı normatif bir yaklaşımla ele almalarına neden olmuştur. Dolayısıyla normal kullanım kavramı öncelikle normatif olarak bir seviyeyi ifade etmektedir. Bu seviye eserin hukuka uygun bir şekilde kullanımı sonucu elde edilen güncel ve somut gelirdir³⁶.

Normal kullanım kavramının ekonomik bir terim olarak ifade ettiği anlam ise

tarz bir eylemde bulunması yasaktır. DVD’yi satın alan kişi Fransız Kanunu *Code de la propriété intellectuelle* art. L 122-5’te yer alan sınırlandırma uyarınca DVD’yi kopyalamasının özel kullanıma ilişkin olduğunu ve kendisi lehine tanınan bu haktan yararlanmaktan mahrum bırakıldığını iddia etmiştir. Paris Mahkemesi bu iddiaya ilişkin olarak art. L 122-5’te yer alan özel kullanım sınırlandırmasını telif eser kullanıcısının pozitif bir hakkı olarak kabul etmiş ve iddiayı yerinde bulmuştur. Bu dava daha sonra Fransız Yüksek Mahkemesi’nin önüne gelmiş ve Mahkeme, özel kullanım amacıyla çoğaltmanın telif eser kullanıcısına ait pozitif bir hak olmadığı ve bu sınırlandırmanın Bern Sözleşmesi m. 9/II çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu kararda, dijital ortamda, kullanıcının gerçekleştirmiş olduğu, DVD’nin özel kullanım amacıyla çoğaltılmasına ilişkin bu eylemin eser sahibinin normal kullanımına zarar verdiğini ve Bern Sözleşmesi’nde yer alan üç aşamalı testin ikinci aşamasının ihlal edildiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme verdiği kararın gerekçesinde özetle DVD dağıtımının film endüstrisinde büyük bir öneme sahip olduğunu ve bu tarz bir eylemin dijital ortamda korsan riskini arttırmasından ötürü eserin normal kullanımının zarar gördüğünü belirtmiştir. Karar metni için bkz. Cour de Cassation, Chambre Civile 1, 28.02.2006,05-15824, Publié au bulletin, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007052414> (11.07.2016); **GEIGER** Christophe, “The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Heft: 6, 2006, s. 684 vd.; **GRIFFITHS**, s. 5; **HUGENHOLTZ/SENFLEBEN**, s. 19.

³² **HE**, s. 281; **ATAR**, s. 93.

³³ **GERVAIS**, Three-Step Test, s. 16.

³⁴ **GERVAIS**, Fair Use, s. 514; **GERVAIS**, Three-Step Test, s. 16.

³⁵ **HE**, s. 285; **JULIANO**, s. 481; **ATAR**, s. 93; **GRIFFITHS**, s. 16; **RICKETSON**, s.32.

³⁶ **GRIFFITHS**, s. 16; **GEIGER**, Role of the Three-Step Test, s. 6; **JULIANO**, s. 481.

hak sahibinin eser üzerindeki haklarını kullandığı çevrenin olağan yani hak sahibinin meydana getirmiş olduğu eserini sunduğu yer olmasıdır. İşte normal kullanım kavramının altında yatan bu ekonomik seviye terimi de hak sahibinin eseri üzerindeki haklarının yasal olarak koruma altında olduğu olağan çevrede eserinden elde ettiği geliri ifade etmektedir³⁷.

Normal kavramının, eser üzerindeki bir mali hakkın tam anlamıyla kullanıldığı bir durumda elde edilebilecek olan yarardan daha az seviyede bir yararı ifade ettiği açıktır³⁸. Söz konusu bu yararın, her zaman güncel ve somut bir şekilde mevcut olmak zorunda olup olmadığı ise tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız baskın görüş uyarınca, eser üzerindeki haktan ileride elde edilmesi pek muhtemel ekonomik veya ekonomik olmayan önemli bir yararın söz konusu olduğu durumlarda da normal kullanıma aykırılık söz konusu olabilir³⁹. Dolayısıyla sınırlandırmanın eserin ticari önemini kayda değer bir şekilde azalttığı veya ileride gelir getirmesine önemli derecede engel olduğu durumlarda da testin ikinci aşamasında yer alan eserin normal kullanımına aykırı olmama şartının gerçekleşmediği kabul edilecektir⁴⁰.

C. Sınırlandırmanın Eser Sahibinin Yasal Çıkarlarına Makul Olmayan Düzeyde Bir Zarar Vermemesi

Testin üçüncü ve son aşaması ise, sınırlandırma neticesinde eser sahibinin meşru menfaatlerine makul olmayan düzeyde bir zarar verilmemesidir⁴¹. Üçüncü aşama

³⁷ RICKETSON, s. 32.

³⁸ JULIANO, s. 481; GRIFFITHS, s. 16.

³⁹ GERVAIS, Fair Use, s. 515; GERVAIS, Three-Step Test, s. 17; GRIFFITHS, s. 16; GEIGER, Role of the Three-Step Test, s. 6.

⁴⁰ GERVAIS, Fair Use, s. 515; GERVAIS, Three-Step Test, s. 17; JULIANO, s. 481.

⁴¹ Almanya'da kamuya ait bir kütüphanede yer alan dergilerin bazı bölümlerinin çoğaltılarak düzenli bir şekilde kütüphane üyelerine gönderilmesi bir davaya konu olmuştur. Davalı kütüphanenin yöneticisi konumunda olan bir kamu kurumudur. Söz konusu kütüphane, sahip olduğu elektronik katalogda güncel yayınların listesini sunmakta ve talep etmeleri halinde üyelerine bilimsel süreli yayınların içinden arzu ettikleri makaleleri göndermektedir. Kütüphane bu hizmet karşılığında bir ücret talep etmekte ve tüm dünyaya böyle bir hizmet verdiğiyle ilgili reklamını yapmaktadır. Davacı, yayıncıların ve kitap satıcılarının temsilcisi olan kurum, kütüphanenin bu hizmetinin makale sahibi yazarların yayma ve çoğaltma hakkını ihlal ettiğini iddia etmektedir. Davalı kütüphane ise savunmasında bu hizmetinin "Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte" art. 53'de yer alan eser sahibinin hakkının sınırlandırıldığı hallerden biri olan kişisel ve özel kullanım amacıyla çoğaltma işleminin üyeler namına üçüncü kişiler tarafından da gerçekleştirilebileceğini dolayısıyla bir hukuka aykırılık halinin bulunmadığını iddia etmektedir. Alman Yüksek Mahkemesi kütüphanenin bu hizmetini sınırlandırma çerçevesinde değerlendirmiştir. Ancak Mahkeme, teknolojik gelişmelerin bir sonucu olarak kopyalara ve kataloglara ulaşımında, kütüphanenin kopyalama servisinin eskiye göre daha yoğun şekilde çalışıyor olduğunu ve bunun sonucu olarak da kütüphanenin süreli yayın sahipleriyle geniş çapta bir rekabetin içinde olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, burada art. 27'de düzenlenen kamuya ödünç verme hakkı ve karşılığında eser sahibine adil bir bedel ödenmesi hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğine karar

eser sahibinin yararı ile kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda yol gösterici bir niteliğe sahiptir⁴².

Üçüncü aşamada aynı ikinci aşamada olduğu gibi hem normatif hem de ekonomik bir düzenlemedir. Üçüncü aşamada eser sahibinin yalnızca hukuka uygun olarak elde edebileceği faydanın korunuyor olması bu aşamanın normatif düzeyini teşkil eder. Eser sahibinin makul olmayan bir seviyede zarara uğratılmış olmaması şartı ise bu aşamanın hem normatif hem de ekonomik düzeyini ifade etmektedir⁴³.

Bern Sözleşmesi'nin orijinal metninde yer alan “*does not unreasonably prejudice*” ifadesi sözleşmenin Türkçe metninde tam karşılığını bulamamıştır. Şöyle ki, eser sahibinin meşru menfaatlerine aykırı olarak meydana gelen her zarar üçüncü aşamaya aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu zarar ancak “*unreasonably*” yani makul olmayan bir sebeple ve seviyede gerçekleştiği takdirde bir ihlalin varlığından söz edilebilecektir. Zira her sınırlandırma eser sahibinin mali haklarına belirli ölçüde zarar verir. Dolayısıyla makul olmayan kavramı, hukuka uygun bir sınırlandırmada bulunması gereken, sınırlandırma ile hak sahibinin yasal çıkarları arasındaki dengeyi ifade etmektedir. Bu denge hem zararın meydana gelmesinin temelinde var olan/olmayan haklılığın derecesini hem de hakka yönelik olarak meydana gelen zararın seviyesini ifade etmektedir⁴⁴.

Eser sahibinin yasal çıkarlarından anlaşılması gereken ise eser sahibinin sahip olduğu eserden hukuka uygun şekilde elde edeceği menfaattir. Bu menfaatin kapsamına hak sahibi tarafından elde edilebilecek, hukuken uygulanabilir, ekonomik veya ekonomik olmayan her türlü yarar girer. Dolayısıyla eser sahibinin mahrum kaldığı mali yararların yanı sıra manevi yararlar da bu kapsamda değerlendirilebilecektir⁴⁵.

Meşru çıkarlara verilen zarar ise eser sahibi tarafından elde edilmesi beklenen yararın azalması veya eksilmesidir. Söz konusu meşru çıkarlar ikinci aşamada olduğu

vermiştir. Sonuç olarak kütüphanenin kişisel kullanım sınırlandırması çerçevesinde böyle bir hizmet verebilmesi için kopyalanan eserlerin sahibine kopyalanan eserlerin karşılığında adil bir bedel ödenmesi gerekir. Yüksek Mahkeme bu kararını Bern Sözleşmesi m. 9/II'de ve TRIPS m. 13'de yer alan üç aşamalı teste dayandırmıştır. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bu kararında eser sahibi ile eserden yararlanan kişiler arasında bir denge sağlamaya çalışıyor. Eser sahibine ödenecek adil bir bedel ile testin üçüncü aşaması olan eser sahibinin meşru menfaatlerine makul olmayan derece bir zarar verilmesinin önüne geçmeyi hedefliyor. Karar metni için bkz. BGH, 25.02.1999, I, ZR 118/96, OLG München, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Heft: 8/9, 1999, s. 707 vd.; **GRIFFITHS**, s. 7,8.

⁴² **GEIGER/GERVAIS/SENFLEBEN**, s. 132; **GERVAIS**, Three-Step Test, s. 29; **JULIANO**, s. 486.

⁴³ **JULIANO**, s. 486,487.

⁴⁴ **BATTAL**, s. 40; **GERVAIS**, Fair Use, s. 516; **JULIANO**, 487; **ATAR**, s. 93; **ALICA/ÖNDER**, s. 61.

⁴⁵ **BATTAL**, s. 40; **ALICA/ÖNDER**, s. 61; **GERVAIS**, Fair Use, s. 515; **GRIFFITHS**, s. 17.

gibi hak sahibinin hali hazırda elde ettiği yararlar olabileceği gibi gelecekte elde etmesi muhtemel yararlar da olabilir⁴⁶.

SONUÇ

Fikir ve sanat eserleri hukuku günlük hayatta yaşanan güncel gelişmelerden en fazla etkilenen hukuk dallarından biridir. Dolayısıyla bu hukuk dalının güncel gelişmelere uyum sağlayabilmesi büyük önem arz etmektedir. Adil kullanım öğretisi eser sahibinin haklarının sınırlandırılması ile ilgili yeniliklere ve güncel gelişmelere kolaylıkla uyum sağlaması yönüyle üç aşamalı testten pozitif yönde ayrılmaktadır. Ancak; söz konusu öğreti uyumluluk konusunda göstermiş olduğu bu olumlu etkiyi hukuk güvenliğinin sağlanması konusunda gösterememektedir. Şöyle ki, adil kullanım öğretisi eser sahiplerinin eserleri üzerindeki haklarının hangi koşullar ve durumlarda sınırlandırılabilirliği ile ilgili kesin, değişmez kurallar ortaya koymaz. Oysa üç aşamalı test sınırlandırma gerçekleşmeden önce sınırlandırmanın hangi koşullar ve durumlarda gerçekleşebileceğine ilişkin önceden belirlenmiş, kesin kurallar getirmiştir. Dolayısıyla eser sahipleri üç aşamalı testin kabul edildiği hukuk sistemlerinde kendilerini daha güvende hissederler.

Üç aşamalı testin ilk aşaması sınırlandırmanın belirli ve özel bir duruma ilişkin olması gerekliliğidir. Eser sahibinin haklarını sınırlandıran bir durumun hukuka uygun olabilmesi için bu sınırlandırma halinin önceden belirlenmiş bir duruma ilişkin olması gereklidir. Birinci aşama eser sahibi açısından sahip olduğu hakkın hangi durum ve koşullarda sınırlandırılabilirliğinin öngörülebilir olmasını ve kendisini güvende hissetmesini sağlamaktadır.

Testin ikinci aşaması sınırlandırmanın eserin eser sahibi tarafından normal kullanımına aykırılık teşkil etmemesidir. Eser sahibinin en temel hakkı sahip olduğu eseri hukuk sınırları çerçevesinde kullanmaktır. Sınırlandırma eser sahibinin eserini hukuk sınırları çerçevesinde kullanmasına engel teşkil etmemelidir. Normal kullanım, eserin tam anlamıyla kullanılması halinde elde edilebilecek yarardan daha az bir yararın elde edilmesini ifade etmektedir. Eser üzerindeki sınırlandırılan hakkın kullanılması sonucu elde edilecek güncel ve somut gelirin yanı sıra ileride elde edilmesi muhtemel ekonomik veya ekonomik olmayan yarar da normal kullanım kapsamında değerlendirilecektir.

Testin üçüncü ve son aşaması ise sınırlandırmanın eser sahibinin eseri üzerindeki meşru menfaatlerine makul olmayan düzeyde bir zarara sebebiyet vermemesidir. Her sınırlandırma eser sahibine belirli bir oranda zarar verir. Ancak bir sınırlandırmanın hukuka aykırılığından bahsedebilmek için eser sahibinin hukuk sınırları çerçevesinde elde ettiği mevcut veya elde etmesi muhtemel yararları yönelik olması ve

⁴⁶ GERVAIS, Fair Use, s. 518; ATAR, s. 94.

makul olmayan düzeyde bir zarara sebebiyet vermesi gerekir. O halde üçüncü aşamaya aykırılık, sınırlandırmanın neden olduğu her türlü zararda değil, sınırlandırmanın eser sahibinin haklarına yönelik önemli ölçüde maddi veya manevi zarara sebebiyet verdiği durumlarda söz konusu olacaktır.

Eser sahibinin haklarına yönelik bir sınırlandırmanın hukuka uygun olduğundan söz edebilmek için üç aşamalı testte yer alan tüm aşamaların bir arada gerçekleşmesi gereklidir.

KAYNAKÇA

ALICA Türkay/**ÖNDER** Bülent, “Engellerin Yayınlanmış Eserlere Erişiminin Kolaylaştırılmasına Dair Marakeş Anlaşması ve Olası Etkileri”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Sayı: 2014, 1, s. 41-81.

ARNOLD Richard/**ROSATI** Eleonora, “Are National Courts the Addressees of the Infosoc Three-Step Test?”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Int., Heft: 12, 2015, s. 1193-1200.

ATAR Eray Aksın, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı ve Korunması, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2016.

BATTAL Ahmet, “Yeni FSEK 47 ile Gelen “Eser Kamulaştırması”nın Anayasaya Aykırılığı Meselesi”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl: 15, Cilt: 16, Sayı: 4, 2014, s. 29-41.

BRENNCKE Martin, “Is “Fair Use” an Option for U.K Copyright Legislation”, Beitrage zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 71, **TIETJE** Christian/**KRAFT** Gerhard/**SETHE** Rolf (Ed.), 2007, s. 5-20.

CHRISTIE Andrew, “Maximising Permissible Exceptions to Intellectual Property Rights”, The Structure of Intellectual Property Law, **KUR** Annette/**MIZARAS** Vytautas (Ed.), Cheltenham, 2011.

CHRISTIE Andrew/**WRIGHT** Robin, “A Comparative Analysis of the Three-Step Tests in International Treaties”, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Heft: 4, 2014, s. 409-433.

COOK Trevor, “Exceptions and Limitations in European Union Copyright Law”, Journal of Intellectual Property Rights, Vol: 17, 2012, s. 243-245.

FROMER Jeanne, “An Information Theory of Copyright Law”, Emory Law Journal, Vol: 64.71, 2014, s. 73-127.

GASSER Christoph/**OERTLI** Reinhard, SHK - Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung, **MÜLLER** Barbara/**OERTLI** Reinhard (Hrsg.), Bern, 2012.

GEIGER Christophe/**GERVAIS** Daniel/**SENFLEBEN** Martin, “Understanding the “three-step test”, International Intellectual Property A Handbook of Contemporary Research, **GERVAIS** Daniel (Ed.), Cheltenham, 2015.

- GERVAIS** Daniel, “Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol: 9, No: 1, 2005, s. 1- 35. (Three-Step Test)
- GERVAIS** Daniel, “Fair Use, Fair Dealing, Fair Principles: Efforts to Conceptualize and Limitations to Copyright”, *57 Journal of the Copyright Society of the U.S.A* 499, 2009-2010, s. 499-520. (Fair Use)
- GEIGER** Christophe, “The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society”, *UNESCO, e-Copyright Bulletin*, January-March, 2007, s. 1-22. (Role of the Three-Step Test)
- GEIGER** Christophe, “The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Heft: 6, 2006, s. 637-770. (Balanced Copyright)
- GEIGER** Christophe/**GERVAIS** Daniel/**SENFLEBEN** Martin, “Understanding the “three-step test”, *International Intellectual Property A Handbook of Contemporary Research*, **GERVAIS** Daniel (Ed.), Cheltenham, 2015.
- GRIFFITHS** Jonathan, “The “Three-Step Test” in European Copyright Law-Problems and Solutions”, *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 31/2009*, <http://ssrn.com/abstract=1476968>, s. 1-22.
- HE** Huaiwen, “Seeking a Balanced Interpretation of the Three-Step Test – An Adjusted structure in View of Divergent Approaches”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Heft: 3, 2009, s. 274-308.
- HUGENHOLTZ** Bernt/**SENFLEBEN** Martin, “Fair Use in Europe in Search of Flexibilities”, *Amsterdam*, 2011, <http://www.ivir.nl/publicaties/download/912>.
- JULIANO** Jason, “Is Legal File Sharing Legal? An Analysis of the Berne Three-Step Test”, *Virginia Journal of Law&Technology*, Vol: 16, No:04, 2011, s. 465-501.
- RICKETSON** Sam, *The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions*, Strawberry Hills, New South Wales: Centre for Copyright Studies, 2002.
- SCHWARTZ** Eric J., “An Overview of the International Treatment of Exceptions”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, Vol: 57, No: 3, 2010, s. 473-497.
- SENFLEBEN** Martin, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, Den Haag, 2004. (Limitations)
- SENFLEBEN** Martin, “The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation”, *JIPITEC*, 1, 2010, s. 67-82. (Three-Step Test)
- WESTKAMP** Guido, “The “Three-Step Test” and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law Between Approximation and National Decision Making”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, Vol: 56, No: 1, 2008, s. 1-65.
- YAVUZ** Levent/ **ALICA** Turkey/**MERDİVAN** Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, Cilt: I, Ankara, 2014, İstanbul, 2014.

İnternet Kaynakları

<http://www.ssrn.com/en/>

<https://www.beck-online.beck.de/>

<http://www.springer.com/gp/>

<http://www.home.heinonline.org/>

<https://www.swisslex.ch/>

<https://www.legifrance.gouv.fr/>