

DOKTRİNDE, MUKAYESELİ MEVZUATTA, MİLLETLERARASI İÇTİHATTA EDEBİYAT VE SANAT İNTİHALI

Yazan : *Salvatore MESSİNA*

Çevirenler : *N. - İ. AKİPEK*

BİRİNCİ BÖLÜM

Genel Bilgiler

1. İlk Düşünceler. — Müsterek bir anlayışa göre intihal, başkasına ait olup intihali yapanın kendisininmiş gibi gösterdiği edebiyat veya sanat eserinin temellük edilmesidir. Temellük, gasp, hırsızlık, aşırma, vakıayı bildirmek için kullanılan tâbirler ne olursa olsun, bu vakıada eserin müellifine ait bir hak ve bu hakkın, onu gayri meşru şekilde kullanma yetkisini kendisine izafe eden tarafından ihlâli gözönüne alınır.

Hak ve hakkın ihlâli diyorum. Edebiyat ve sanat faaliyetinin bahsi geçen veçhesi bu unvanlar altında hukuku alâkadar eder. Fakat her zaman alâkadar etmemiştir ; hattâ denilebilir ki, nispeten yakın bir zamana kadar hukuk ona karşı ilgisizlik göstermiştir ; bunun sebebini göreceğiz. Sanat sahasında yaratılan eserin sosyal muhitte geçirdiği safhalar, uzun müddet münhasıran edebî mülâhaza ve münakaşaların mevzuu olarak kalmıştır. Ancak çok zaman sonra, henüz hedeflerine tamamen erişmiyen gayretler pahasına ve henüz hepsi kat'î şekilde bertaraf edilmemiş olan güçlükler içinde fikir eseri, hukukun koruyucu duvarları içinde yer alabilmiştir ; belki de bu henüz onun yeri değildir. Acaba niçin ?

Sunu teslim etmek lâzımdır ki, bu çok karışık ve çok nazik mevzuun edebiyat ve sanat sahasından hukuk sahasına geçişi daha tamamlanmamış, emin ve kat'î bir hal almamıştır. Bazı mühim unsurlar el'an eski sahada kalmış bulunuyor ; bazıları ve bilhassa benim meşgul olmak istediğim bu büyük intihal meselesi, henüz hiç değilse kısmen sanat'la Hukuk arasında bir nevi mutavassıt bölgede bulunuyor.

Her mutavassıt bölgede ise, incelemenin iki ideal hükümdardan birisine, yani ya ilham perilerinin zarafetine veya Thémis'in ciddiyetine açıkça tâbi bulunan bölgelerdekenden çok daha güç olduğu malûmdur.

Zira, bir cihetten, fikrin muhtelif faaliyetleri arasında bulunan bu bölgeler, onlara iyice nüfuz etmek isteyen kimseden kültür sahasında karşık bir hazırlığı ve aynı zamanda çok çeşitli anlayış kabiliyetlerini icabettirirler. Hukukçu olmak, fakat aynı zamanda felsefe ve edebiyat sahasında meslektenmiş gibi hakiki bir hâkimiyet değilse bile zevk sahibi bulunmak lâzımdır. Bu fikir, hukukun teknik tarafı ile meşgul birçok kimsenin nazarında hemen hemen hoppalığa benzemekten geri kalmaz¹.

Diğer cihetten, Sanat ve Edebiyatın teşkil ettiği iki saha arasındaki hududun oldukça müphem ve âdeta hareketli olması dolayısıyla, izahına giriştiğim mevzuda güçlük son derecede artmış bulunmaktadır. Göreceğiniz gibi, asırlar boyunca, intihalin sadece edebiyatla ilgili bir mevzu telâkki edilmesi sebebiyle iki saha arasında hudut bile olmamıştır : İntihal, bu yüzden mağdur olan müellifler tarafından şikâyet, alay, sövme mevzuu ; iktibasları, doğrudan doğruya kopyaları, taklitleri meydana çıkarmaya çalışan münekkitler tarafından kötü niyetli araştırma mevzuu; meslektaşlar arasında eğlenceli meslek dedikoduları için mevzu olmuştur. Hukukçular bu bahisle meşgul olmaya başladıkları vakit, onu bir takım ince noktaların mevcudiyeti dolayısıyla o derecede karşık, içtimâi vicdanda o kadar kötü tarif edilmiş ve örf ve âdetde o kadar müsamaha ile karşılanmış bulmuşlardır ki, intihale ancak çok az alâka göstermişlerdir.

Bununla beraber, en eski çağlardan beri içtimâi vicdanın insiyaki olarak hırsızlıkla bir tuttuğu intihal, şüphesiz ki, telif hakkının uğrayabileceği en ağır zararlardan birisidir. Medenî memleketlerin tanıdıkları ve gittikçe daha mükemmelleşen koruyucu enerjik tedbirler almak suretiyle müdafaa ettikleri bu hak, intihali yapanlar tarafından mevzularının hileli gaspı sahasında hayasızca ihlâllere, telâfisi kabil olmayan zararlara mâruzdur.

Fikir mülkiyetinin veya şimdi bazan dedikleri gibi fikir haklarının dokunulmaz kudsiyetini yüksek sesle tasdik etmek ; millî cemiyetler, milletlerarası birlikler kurmak ; akıl mahsullerini basit maddî taklide karşı müdafaa için kanunlar ve muahedeler hazırlamak ; buna rağmen de

1) Maamafih, müsamahasız bir hukukçu olan Brugi, intihal hakkında şu satırları yazmıştır : “ Son sözün hukukçudan ziyade hukuk filozofuna ve daha iyisi sadece filozofa bırakılması lâzımgelen bahisler vardır. Bu bahisler den biri ise telif hakları bahsidir ; bilhassa da başkasının fikirlerinin meşru şekilde temellükü ile telif haklarının ihlâli arasındaki hududun teşkil ettiği son derecede nazik noktadır. ” (Brugi, Lecita appropriazione d'idee altrui e diritti d'autore, Rivista di diritto commerciale, VIII, 1910, II. kısım, S. 123.)

onları, intihalcilerin az çok gizli olarak yaptıkları istinsahlara karşı müdafaasız bırakmak : İşte kabul edilemeyecek olan budur. Sadece mevcut olması ile dahi bir mânası, yani mevcudiyetinin bir sebebi olan bir vakıa hakkında söylemek mümkün olsa, bunun bir mânasızlık olduğu söylenebilir.

Fikir mülkiyeti hakkında umumiyetle edinilen telâkkiye istinad ederek onu teşkil eden haklardan birisinin ve biraz izaha ihtiyaç gösteren mefhumları vakitsiz ileri sürmemek için dünyanın hemen hemen bütün dillerinde *Plagiat*² diye adlandırılan ihlâl şekliyle muvakkaten belirtilebilecek olan bir hakkın tahliline girişeceğim bu incelemenin gayesi budur.

Yukarıda dediğim gibi fikri mülkiyet mefhumu burada önden kabul edilmiştir. Bu mefhum, fikri veya gayri cismanî hakların yahut düşünce haklarının (droits de la pensée) umumî nazariyatına dahildir. Bu bakımdan mevzuun hususî bir kısmı incelenirken bu mefhum hakkında izahatımız yersiz ve açık bir şekilde tenasüpsüz olur. Esasen, oldukça küçük bir kitap için bu kadar fazla yer tutan bir önsöz hemen hemen faydasızdır ; çünkü bu incelemenin lüzumlu ve kâfi olan mukaddimesi, nazari olarak, mevzuat bakımından ve hukuken kat'î şekilde elde edilmiş bir mutadan ibarettir : Fikri yaratma mahsulleri üzerindeki hakların âlemşümül bir surette tanınması. Bu tanıma keyfiyeti hangi sebeple, hangi tâbirle, hangi şartlar altında, hangi dogmatik noktai nazardan yapılmış olursa olsun, bu umumî tanımanın ne ölçüde ve ne vüs'atte eserinin intihaline karşı müellifin hakkını ihtiva ettiğini araştırmak için hiçbir ehemmiyeti haiz değildir.

2. Bu incelemenin milletlerarası sahası :

Üzerinde bu araştırmanın idare edilmesi lâzımgelen saha, şüphe yok ki ancak devletlerarası hukuk sahası olabilir.

2) Fransızcası : Plagiat, - İtalyancası : plagio. - Almancası : Plagiat. - İngilizcesi : piracy, plagiarism. Fakat " piracy " umumiyetle " fikir mahsulündeki " common-law " haklarının ihlâlini tarif etmek için kullanılır " ; halbuki " plagiarism, kanunî hakların ihlâlini mutlak surette tazammun etmemesi ve aynı zamanda müellifliğin sahte olarak benimsenmesini ihtiva etmesi bakımından piracy'den ayrılır ; bu son vaziyetin piracy'de olması da, olmaması da mümkündür ". (W. B. Hale, Copyright and literary property, Corpus Juris by W. Mack, and W. B. Hale, XIII, New - York American Law Book Cy, 1917, s. 1106, not 59-b ve c.

Birkaç sene evvel, ünlü seleflerimden birisi, profesör Francesco Ruffini, “edebiyat ve sanat eserlerine ait hakların milletlerarası korunması” hakkındaki meşhur dersinde, “düşünce haklarının”, tabiatları itibarıyla son derecede âlemlü, kozmopolit ve binaenaleyh milletlerarası mahiyeti haiz olduklarını büyük bir belâgatle ispat ediyor ve şu neticeyi çıkartıyordu : “ Herhangi bir kategoriye mensup haklardan farklı olarak bunlar hiçbir zaman tamamen tanınmayacaklar, kâfi bir himaye göremeyecekler ve nihayet devletlerarası hukuk dolayısıyla ve bu hukuka istinaden elde ettiklerinden başka, liyakatlarıyla az çok mütenasip bir mükâfata nail olamayacaklardır ”³.

Fakat, telif hukukunun milletlerarası tanınmasından ve himayesinden bahsetmek, milletlerarası mahiyette mülâhazalar ve tedbirler sahasında, bu tanınmanın her türlü ihlâlini ve bu himayeye aykırı her fiîi zimnen ve zarurî olarak gözönüne almak demektir.

Binaenaleyh fikir eserleri ile ilgili gasıpların incelenmesinde varılan hükümler ne olursa olsun, bu hükümlerin, ancak ihlâl edilen hakkın esasına tekabül eden bir esaslarının bulunması şartıyla sıhhatlerinin ispatı bakımından meşru ve amelî neticeleri bakımından müessir olabilirler.

3. *Fikrî yaratma mefhumu.* — Hukukta, bu hükümleri istintac etmek istediğim intihal mefhumu, fikrî yaratma mefhumunun incelenmesinde esaslı mantikî bir mukaddimeyi haizdir. Bir şeyin gaspından bahsedebilmek için bu şeyin mahiyeti ve elemanları bakımından açıklanması lâzımdır.

a) Mahiyeti bakımından ; zira mahiyetinden ve mevcudiyet şeklinden sâdir olan karakterler, fikir eserinin, insan faaliyetinin ortaya koyduğu diğer her türlü muhassaladan ayrılmasına imkân verir ;

b) Elemanları bakımından, zira bu elemanlardan her birinin kendisine has karakterleri, yayın, teksir ve gasp mevzuu olmaları imkânlarının incelenmesini sağlar.

Fikrî yaratmanın teşhisini temin eden bu iki şartın açıklanması faydasız değildir.

3) Fr. Ruffini, edebiyat ve sanat eserleri üzerindeki hakların korunması, Recueil de Cours de l'Académie, 1926 - II, s. 393-394. Fikir eserlerine ait her hukuk rejiminin milletlerarası mahiyeti uzun zamandan beri mevzuun zatî bir zarureti olarak mütalâa edilmiştir. Bk. Proudhon, Les majorats littéraires, Brüksel, 1862, s. 3 ; Klostermann, Das geistige Eigentum an Schriften, (Kunstwerken und Erfindungen, Berlin, Guttentag,) 1867, s. 5 ve 21 ; T. Bruno, Diritti d'autore, Digeste italiano, s. 556.

4. *Fikrî Yaratmanın Mahiyeti.* — (Sadece bizim ilmimiz bakımından bahis konusu olsa, hukukçunun elindeki bizzarure biraz kaba vasıtalarla ele alınması, cüreti icabettiren son derecede nazik bir mevzu olan) fikrî yaratma ; *fert muhayyilesinin, fikirlerin orijinal şekilde tertiplenmesini gerçekleştirdiği her fiildir.*

Fikrî yaratmada, *aktif* zihni ferdiyete (individualité mentale active) isnad edilen rolü belirtmek için *muhayyileden* bahsettim ; zira burada zekâ, sadece *pasif* anlayış kudreti olarak telâkki edilmiştir. Bunlar günlük lisanda kullanılan tâbirlerdir : Zekâ, sadece, akılla anlamak, kavramak kudretidir ; yaratma, icad etmek, kurmak, hasıl etmek fiilidir, mecazen de bu fiilin mahsulüdür. Bir senfoniye dinlemekte, bir kitabı okumakta, bir tablo veya heykeli seyretmekte iştirâkim ne olursa olsun ve bu eserlerin ruhuna nüfuz etmek kudretim ne kadar büyük olursa olsun, seyretmek, dinlemek, kavramak, kısacası *anlamakla* yetindiğim kadar bir şey *yarattığımı* iddia edemem.

Muhayyilenin gerçekleşeceği bir *fiilden* bahsediyorum ; çünkü, dış âlemde tezahür etmiyen zihni faaliyet hukukçuyu ilgilendirmez. Esasen gerçekleşme şeklinin de ehemmiyeti yoktur : Tablo, melodi, yazılı veya söylenmiş söz, hattâ bazı dans ve pandomimalarda olduğu gibi bir fikri temsil eden jest ve hareketler. Fakat, bir fiile, yani farkedilebilir bir realiteye lüzum vardır. Kudretsiz veya tembel şairin “ *Î versi che pensai ma che non scrissi* ”⁴ mısrasında bahsettiği şiirler şiir değildir, hiçbir şey olamazlar.

Nihayet, fikrî yaratmanın, fikirlerin *orijinal* bir tertibini gerçekleştirmesi lâzımgeldiğini söylüyoruz; zira, muhayyile faaliyetinin neticesi, ya yarattığını yanlış olarak zanneden şahsın veya diğer birisinin evvelce yarattığı bir şeyin şuurî veya gayri şuurî sadece *iktibas* (reproduction) olduğu takdirde, *yaratmadan* bahsedilemeyeceği tarifte de bildirilmiştir. Aklımın en derin köşesinden Dante'nin mısraları fıskıracak olursa, bunların esas menbaini unutsam ve benim oldukları hakkında cüretkârane bir hayale kendimi kaptırsam bile, hakikatte benim olan bir yaratma yoktur : İster farkedeyim, ister etmiyeyim bu mısralar Dante'nin yarattığı mısralardır.

4) “ Düşündüğüm, fakat hiç yazmadığım şiirler. ” (Stecchetti, Postuma, sane.)

5. Orijinal yaratma mefhumu⁵ :

Yaratma mefhumunun, orijinallik mefhumunu esasen tazammun ettiği, binaenaleyh *orijinal yaratma* dan bahsetmenin füzuli olduğu doğru ise de, diğer cihetten, bu yaratma mefhumunun herhangi bir beşer faaliyetine izafe edilmesi bakımından bizzarure nispi bir değeri haiz olması lâzımdır.

Mutlak mânada, Saint Thomas'ın meşhur tarifine göre yaratma şu mânaya gelir : *productio alicuius rei secundum suam totam substantiam, nullo praesupposito, quod sit vel inreatum vel ab aliquo creatum*⁶. Bu mânada yaratmak, bir şeyi yoktan var etmek demektir ; öyle ki, yaratılan şeyin cevherine ait hiçbir unsur evvelce mevcut bir şeyde bulunmamalıdır.

Şüphesiz ki bu, uluhiyetin bir vasfıdır. Bir sanatkâr dahi olsa insan için böyle bir şey nasıl iddia edilebilir ?

Dünya anlayışımıza daha müsait bir muhite inelim. Kelimenin esas etimolojisine göre, menşe (origine) mahiyetini haiz olan her şey orijinaldir. Zekânın bir mahsulü olarak vasıflandırıldığı vakit, onun *asli* (originaire) bir mahiyeti olduğu, yani evvelki hiçbir fikri mahsulle bir

5) Ph. Allfeld, *Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst*, 2. basılış, Münih, Beck, 1928, s. 27, 32, 39, 54; 60; 65 ; bilhassa 32. ve müteakip sahifeler ; - F. Brunetière *Lieu commun sur l'invention*,

Revue des Deux-Mondes, 15 janv. 1882 (à propos de la querelle Sardou-Uchard) ; - Copinger, *Law of Copyright*, 6 th ed., by F. E. Skone James, Londra, Sweet and Maxwell, 1927, s. 43 ve devamı, 71, 76-77, 212 ; - G. Gastambide, *Historique et théorie de la propriété des auteurs*, Paris, 1862, s. 49 ; - W. B. Hale, *Copyright and literary property*, Corpus juris, by W. Mack and W. B. Hale, XIII (New-York, American Law Book Cy, par. 11, s. 952 ; par. 91, s. 1009 ; par. 94, s. 1014 ; par. 109, s. 1028 ; par 111 ; s. 1029 ; - W. Goldbaum, *Urheberrecht und Urhebervertragsrecht*, Berlin, G. Stilke, 2. baskı 1027, s. 301 ; - Huard et Mack, *Répertoire de législation, doctrine et jurisprudence en matière de propriété littéraire et artistique*, yeni baskı, Paris 1909, chap. I, sect. 1 re ; - A. Monteuis, *Le plagiat littéraire*, Thèse Paris. Jouve, 1911, s. 14-23 ; - Pataille, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1866, 135 ; E. Piola - Caselli, *Trattato del diritto di autore*, 2. baskı, Napoli - Torino, 1927, s. 69, 609 ve devamı ; - E. Pouillet *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3. baskı, Paris, 1908, No. 12 ve devamı, s. 34 ve devamı ; - A. Renouard, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, 1838 - 1839, II, s. 20-21.

6) Herhangi diğer bir sebeple yaratılmış olsun veya olmasın evvelce mevcut her türlü unsurdan ayrı olarak bir şeyin istihsali. *Summa theologica*, I, q. 65-a, 3.

tutulamayacağı anlaşılmalı istenir. Orijinal yaratma mefhumu, bu şekilde ileri sürüldüğü takdirde bile, gerçekleşmesi kabil olmayan bir şartı tazammun etmekten hâli değildir.

Eskiden beri sanatkarların kendileri bile bazan sert bir açık kalb-lilikle, yarattıkları eserlerin yoktan var edildiğini iddia etmenin garabe-tini belirtmişlerdir. Esas itibarıyla, hangi şekil altında olursa olsun hep aynı fikir bahis konusudur ve hiç değilse bu fikir, Tevrat'ta Ecclésiaste'm birinci bölümünde bulunduğuna göre şüphesiz ki orijinal değildir : “ Nil sub sole novum ; nec valet quisquam dicere: ecce hoc recens est, jam enim praecessit in saeculis quae fuerant ante nos. ”⁷

Fikir şudur : Beşeriyetin mânevi terakkisinin esas şartı, müşterek bir fikir mamelekinin teşekkülüdür ; buna, hususî bir kabiliyeti olan her fert bir hisse koyar ve herkes ondan, fikrî yetişmesi ve faaliyeti için lüzumlu unsurları alır. Renouard bunda tabiatımızın esaslı vasıflarından birisini görürdü. “ Bu sayede muâşeret ve tekemmül kabiliyetini haiz bulunuyoruz ” diye yazmıştı. “ Bu sayededir ki, fert için olduğu gibi be-seriyet için de hayatta ilerleme ve tekâmül imkânı vardır ve nesiller dünya sahnesini işgal ettikçe, kendilerinden evvelki çağlarda yapılan işlerin hasıl ettikleri faydalı şeylerle mücehhez bulunurlar. Malzemesi her taraftan kendisine gelen düşüncelerine kendi hususî rengini verecek ve onları dehasının alâmetini haiz bir ifade ile hazırlanmış olarak ortaya çıkarmasını bilecek kadar şahsiyet sahibi muharrir ne kadar bahtiyar-dır! Fakat, en âdi ruhlu insanlar gibi o da aynı müşterek kaynaktan ala-cağını almıştır ve oraya yeni zenginlikler akıtır ; kendisinden evvel revaç bulmuş ve etrafında cereyan eden fikirlerden tecerrüt etseydi, benzerleri üzerinde icra ettiği tesiri hiç bir zaman haiz olamazdı. ”⁸

6. *Orijinal Yaratmanın İmkânları, Muhtevası ve Hududu.* — Beşeriyetin müşterek mameleki ile bunun elemanlarının fertler tarafından iş-lenmesi arasındaki ebedî mübadele, yardım, ifraz, fasılasız tedavül şart-

7) Dünyada hiçbir şey yeni değildir ve hiç kimse: “ İşte bu yeni ” de-memelidir ; çünkü o, bizden önceki yüzyıllarda esasen mevcut olmuştur.

8) Renouard, *Traité des droits d'auteur etc.*, II, s. 20-21. — “ Telif hu-kukunun gayesi, ilmi ve güzel sanatları ilerletmektir. Bir müellif ; bazı fikir veya anlayışlara yeni bir tertip ve ifade şekli verirken bu düşünce veya anlayışları, diğer müelliflerin kullanacakları malzeme stokundan çekip tüketebil-seydi, her telif hakkı, inkişaf ve terakki için açık bulunan düşünce sahasını daraltırdı ve ilim, şiir, roman, tiyatro eserleri ve edebiyatın diğer kolları, telif hukuku sayesinde ilerliyeceklerine geri kalırdı. ” (Holmes v. Hurst, U. S. 82. 19 SCt. 606, 43, 904, Hale, Copyright, cit. par. 267, not 86-a, s. 1108-1109.)

ları altında orijinal yaratmalardan bahsetmek hakikaten mümkün müdür?

Bunun mümkün olduğunu beşerî faaliyetin bütün tarihi ispat ediyor. Bu faaliyetin bütün sahalarında, bütün memleketlerde, bütün devirlerde kudretli bir şahsiyete, kudretli bir orijinalliğe sahip sanat eserlerinin meydana getirildiği, itiraz kabul etmez bir vakiydir. Böyle bir münakaşaya daha girişirken *İlâhî Komedi*, *Gece Devriyesi*, *Dokuzuncu Senfoni* ve yüzlerce şaheser ; vakıaların ezici ağırlığı ile kendiliklerinden o şekilde hatıra gelirler ki, itiraza kalkmak gülünç olur.

Fakat, her fikir eserinin teşekkül ettiği elemanların - kelime, çizgi ve notalarla bunların ifade ettikleri hayallerin - yoktan var edilemeyeceği ve sanatkarların bunları zamanının müşterek fikir ve teknik kaynağından aldığı muhakkak olduğuna göre bu orijinallik acaba neden ibarettir?

Mademki orijinal fikri yaratmaların mücerret bir şekilde mümkün ve fiilen vaki oluşu umumiyetle kabul edilmiştir ve mademki orijinallik doğrudan doğruya hilkatin elemanlarının insan gücünü aşan yaratılmasından ibaret değildir, şu halde ancak bu elemanların *yeni bir tertibinden* ibaret bulunmaktadır. Bu incelemelerde büyük bir ihtisası olan ve " les Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire " adlı mecmuayı 1855 te kurarak 1866 ya kadar idare eden J. Pataille, bu yeni tertip fikrini güzel bir mukayese ile belirterek şöyle yazmıştır : " Bir kovan sahibisiniz ; bu kovanın arıları, bahçenizdeki çiçeklerle iktifa etmiyerek komşu tarlaların çiçeklerinden bal toplamaya gidiyorlar ; bu böyledir diye o tarlaların muhtelif sahipleri size gelip de arılarınızın balının kendilerine ait olduğunu söylerlerse, onları haklı bulur musunuz? Şüphesiz ki bulmazsınız ; zira arılarınız onların malını farkedilir derecede azaltmamışlardır ; aynı tarlalar, aynı çiçekler gene onlarındır. Bir müellif de, umuma mal olmuş hiçbir şeyi tahrip etmeden ve hiçbir şeyi ortadan kaldırmadan kendisinden evvel hiç değilse onun verdiği şekilde mevcut olmayan bir şeyi yaratırsa, fikirlerinin hepsini veya bir kısmını müşterek kaynaktan almış olmasının ne ehemmiyeti var? "9.

Şu halde, orijinal yaratma olarak telâkki edilebilecek olan işte bu neticedir : Yani sanatkar, bilinen malzeme, fikir veya elemanları kullanarak dahi, bu muhteva ve şekil hususiyetleri ile evvelce mevcut olmayan

9) Pataille *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1866, 135. - Bk. Pouillet, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3. baskı, Paris, 1908, s. 37.

ve bundan sonra da ancak bu hususiyetlerle mevcudiyetini idame ettirecek olan bir şey meydana getirmiştir. Zaten bu hususi incelemenin hududundan dışarı çıkmaksızın burada şu noktayı hatırlatmak yerinde olur ki, modern doktrin, akıl eserlerine hukuk sahasında bahşedilen himayeyi prensip bakımından haklı göstermek için esas ameli şart olarak ileri sürdüğü temel vasıf budur. Filhakika, Kohler'in fikrine göre mevzuu bir yaratma (Schöpfung) olan telif hukuku, müellifin, aklının yaratıcı kuvveti sayesinde, evvelce mevcut olmayan bir eseri meydana getirmiş olmasına istinad etmektedir¹⁰. Gierke bunun esasını fikrî bir yaratmada (geistige Schöpfungsthat) görmektedir¹¹. Piola - Caselli, " evvelce mevcut olmayan elemanları vücuda getiren fikrî bir faaliyetten " bahseder¹².

Demek oluyor ki sanatkârın, bilinen malzeme, fikir veya elemanları kullanarak dahi, verdiği şekil ve muhteva hususiyetleri ile evvelce mevcut olmayan bir şeyi her vücuda getirilmesinde orijinal yaratma vardır.

Formülün çok basit olduğu meydandadır. Maamafih, ifade ettiği prensipin ameli sahada tatbiki, daha az basit görünmektedir. Sebebi şudur : Formül aşağıdaki kaziyelere ayrılabilir :

1) Evvelâ, sanatta her yaratmanın, beşeriyetin müşterek mamele-kini teşkil eden — fikir, hayal, tecrübe, bilgi, varılan neticeler gibi — evvelce mevcut elemanların kullanılmasını tazammun ettiği kabul edilmektedir.¹³

10) Kohler, das Autorrecht, **Eine civilische Abhandlung**, 1880, s. 288 : " Telif hakkı, yaratılan bir şey üzerindeki haktır ; aklın yaratıcı kuvvetinin yeni ve evvelce mevcut olmayan bir eseri meydana getirmiş olmasına istinad eder. "

11) Gierke, **Deutsches Privatrecht**, I, Leipzig, 1895, par. 86, s. 73, 731 ve devamı.

12) Piola-Caselli, **Trattato del diritto di autore**, 2. baskı, Napoli-Torino, 1927, s. 67.

13) " Mesele, kullanılan malzemenin tamamen yeni ve evvelce asla kullanılmamış olup olmamasında değildir ve hattâ aynı maksatla dahi hiçbir zaman kullanılmamış olup olmaması bir mâna teşkil etmez. Asıl mesele, evvelce aynı veya diğer herhangi bir maksatla aynı malzeme plânının, tertibinin ve terkinin kullanılmış olup olmamasıdır. " (**Emerson v. Davies**, 8. F. Cas no 4,436, 3 Story 768,778, in Hale, **Copyright**, Par 95, not 90-c, s. 1014). - "Bir şiir; kelimelerden, kelimelerin mâna ifade eder şekilde tasarlanışlarından veya düşünceleri belirten satırlardan teşekkül eder; fakat, şiirdeki telif hakkı; ayrı ayrı kelimeler yahut kelimelerin ifade veya tarif ettiği fikir, tasavvur veya vakıalar üzerinde bir inhisar bahşetmez " (Holmes v. Hurst, 174 U. S. 82,19 SCt 606,43 L. 904 baskısı, in Hale, **Copyright**, par. 267, not 86-a, s.

2) Binaenaleyh, şahsî bir eseri vücuda getirirken kullanmak için bu müşterek mamelektin hissesini almaya her sanatkârın hakkı olduğu da kabul edilmektedir¹⁴ ;

3) Fakat bu eserin orijinal olarak yaratılmış bir eser telâkki edilmesi için, onu teşkil eden evvelce mevcut elemanların yeni bir tertip şeklini ortaya koyması istenilmektedir.¹⁵

1109.) - Aynı fikir üzerinde Copinger, eserin muhtelif elemanlarına nispetle telif hakkının şumulünü inceliyerek şu mülâhazalarda bulunuyor: "Muhtelif kısımları bir araya toplayan bir kimse, bu kısımların müellifi değildir ve herkesin müşterek malı üzerinde inhisarî bir hak iktisap edemez; tertibedilen veya birleştirilen malzemeden ayrı olarak tertip veya birleştirme şekli de himaye mevzuu olamaz." (Copinger, **On the law of copyright**, 6. baskı, Londra, Sweet and Maxwell, 1927, s. 48.) - Aynı muharrir şunları da yazıyor : "Sanat eserlerinin çoğu, şüphesiz ki, umumiyetle şundan veya bundan kopya edilmiştir ve sanatkâr eserinin konusu üzerinde inhisar iddiasında bulunamaz, fakat şöyle söylemekte haklıdır: Eserimin alınmış olduğu orijinale gitmek zahmetine katlanınız; fakat, orijinal üzerinde sarfettiğim ve eserimi vücuda getiren mesaimi benimsemeyiniz." (Aynı kitap, s. 76.)

14) " Bir müellif, umumu malı olan hiçbir şeyi tahrip etmeden ve hiçbir şeyi ortadan kaldırmadan kendisinden evvel hiç değilse onun verdiği şekilde mevcut olmayan bir şeyi yaratırsa, fikirlerinin hepsini veya bir kısmını müşterek kaynaktan almış olmasının ne ehemmiyeti var?" (Pataille, *Annales de la propriété littéraire et artistique*, 1866, s. 135) - Pouillet bu dersi hemen hemen harfi harfine tekrarlamaktadır: "Müşterek kaynak gene herkesin istediği gibi emrine âmade kaldığına ve hiçbir kayba uğramadığına göre, müellifin müşterek kaynaktan almasının ne ehemmiyeti var?" (E. Pouillet, **Traité de la propriété littéraire et artistique**, 3. basılış, Paris, 1908, sayı 14, s. 36.) - Esasen içtihat her sanatkârın, yarattığı eserin mevzuu olarak "herkese ait tarihî bir vakayı" almak hakkını haiz bulunduğunu kabul etmekle nazariyata takaddüm etmiştir. (Paris, 27 Haziran 1844, E. Blanc tarafından zikredilmiştir, **Traité de la contrefaçon en tous genres**, 4. basılış, Paris, Plon, 1865, s. 36; Pouillet, bahsi geçen eser, sayı 15, s. 38.) - "Bazı hususlarda, herkese ait bulunan mevzular ve izah şekilleri vardır; bunlara ister istemez müracaat etmek lâzımdır." (Paris, 3 Aralık 1867, Pataille, 1867, S. 404; Pouillet, bahsi geçen eser, sayı 518, s. 518, 551.) - "Tabiat, herkese aittir ve iki sanatkâr, aynı manzarayı, aynı saatte, aynı yerde ve aynı şartlar altında kopya edebilir..." (Seine hukuk mahkemesi, 26 Şubat 1906, Pataille, 1906, s. 197; Pouillet, bahsi geçen eser, sayı 569, s. 598.)

15) Balzac, (*Notes sur la loi de la propriété littéraire*, s. 13 te) şöyle yazmıştı: "Muhayyile; aynı prensiplerle, nebatların yeşili, hava, dünyanın suları ile Rio-de-Janeiro'nun ve Napoli'nin, İstanbul'un ve Cenevre Gölü'nün manzarasını teşkil eden güneş gibidir." (E. Pouillet, bahsi geçen eser, s. 37, not 1.) İçtihatla, yaratma sahasındaki şahsî çalışmanın umumun malı olan elemanların yeni bir tertibine münhasır kaldığı eserler hakkında bu prensip sık sık tatbik edilmiş ve bu yeni tertip unsuru tanındığı takdirde, himaye hakkı

Bu üç kazıye üç sual ortaya koyuyor :

1) Herkesin öğrenmiş olduğu evvelce mevcut elemanlar tâbirinden ne anlaşılmalıdır ?

2) Bu elemanların kullanılması, yaratılan bir eserin orijinallığı ile ne ölçüde kabil-i telifdir ?

3) Evvelce mevcut elemanların, orijinal yaratma için esas vasıf olarak ileri sürülen bu yeni tertip şekli acaba neden ibarettir ?

Bu sualleri cevaplandırmak için, buraya kadar mahiyeti itibariyle incelediğimiz fikrî yaratmanın, elemanları ve bilhassa bu elemanların ya-

kabul olunmuştur. Bk. Pouillet, **bahsi geçen eser**, sayı 28 mük., s. 53; sayı 68-70, s. 88-89; -Allfeld, **Urheberrecht**, 2. basılış, s. 33 ve devamı: , Goldbaum, **Urheberrecht**, 2. basılış s. 20 ve devamı.

Pataille, hep müşterek kaynağın kullanılmasını ele alarak şu mülâhazaları yürütmüştür. “ Nevi bilindiği için bir sanat eserinde mülkiyeti görmekten imtina edilmesini kabul edemeyiz... Yeni bir icra şekli mevcut olunca kanun nazarında yaratma var demektir ve herkes aynı modelleri taklit veya kopya etmek hakkını muhafaza etmekle beraber başkalarının kopya veya taklitlerine saygı göstermek zorundadır.” (**Annales de la propriété littéraire et artistique**, 1862, s. 436; Pouillet, **bahsi geçen eser**, s. 41.)

Seine mahkemesinin (Pataille, 1875, s. 250 ; Pouillet, **bahsi geçen eser**, sayı 43, s. 62 de zikredilen) 5 Ağustos 1875 tarihli bir kararında şu satırlar okunmaktadır : “ Edebiyat ve sanat mülkiyeti, yalnız tamamen orijinal olarak yaratılmış eserlere tatbik edilmekle kalmaz ; elemanları daha evvelki yayınlardan alınmış olmakla beraber dikkatle seçilmiş, yeni bir sıraya göre tertiplenmiş ve yeni bir şekil ve hususiyet almış olan eserlere de teşmil edilir. ”

Bu suretledir ki, meselâ gotik mimari tarzına ait olan ve binaenaleyh çok uzun zamandan beri umumun malı meyanına girmiş bulunan şekil ve modellerin kullanılmasının, bu elemanların yeni bir şekilde tertiplendiği bir eseri himayeden vareste kılamıyacağına hükmedilmiştir. (Paris, 4 Ağustos 1828, Gastanbide tarafından zikredilmiştir, **Traité des contrefaçons**, Paris, 1837, s. 281 ; Pouillet, **bahsi geçen eser**, sayı 87, s. 115) ; “ umumun malı meyanına giren muhtelif elemanların bir araya getirilmesi, tertiplenmesi ve muayyen bir mevzuata tatbiki, bir sanat eseri meydana getirebilir ve eser müellifinin lehine olarak bir mülkiyet teşkil eder ” (Req, 1 Ağustos 1850, **Dalloz pér.**, 1850, 5, 393 ; Pouillet, aynı eser) ; “ Bir heykeltraşın eseri tamamen tabiatın temin ettiği (meselâ buzağısını emziren bir inek gibi) bir mevzuun sadece istinsah veya kopyasından başka bir şey olmadığı halde, heykeltraş, kompozisyonunu sanatkârane bir şekilde tasarlamak suretiyle şahsî bir eseri meydana getirerek ona ferdî bir mahiyet verdiği takdirde eserinin sahibidir; binaenaleyh, başka hiçbir heykeltraş, mevzuun tabiatında emrine âmade bulunduğunu bahane ederek bu eseri istinsah veya kopye edemez. ” (Paris 7 Mart. 1902, Pataille, 1904 s. 85 ; Pouillet, bahsi geçen eser, sayı 569, s. 598.)

ratıcı muhayyile tarafından tertip ve tanzimi bakımından mütalâa edilmesi lâzımdır.

7. *Yaratıcı Muhayyilenin psikolojik Mütaları.* — Yaratıcı muhayyilenin ; ilkönce gayeye göre, sonra da bu gayeye ulaşmak için icabeden şartlara ve kullanılan malzemeye göre değişik neticeler veren yeni terkipler halinde hayallerin birleşmek hususundaki hassasından ibaret olduğu öğretilir¹⁶. Şu halde, her fikri yaratma fiilinin esas şartlarını iki eleman meydana getirmektedir: Yaratma faaliyetinin malzemesini teşkil eden *hayaller* ve bu fiilin neticesi olan *birleşme*.

İlkönce hayaller, yâni her gün idrâkin şuurda depoladığı ve istin-sah kudretini haiz muhayyilenin - hafızanın - hatırlıyarak yeniden yaşatabildiği tasavvurlar.

Sonra, burada incelenmesine mahal olmayan psikolojik kanunlara göre bu hayallerin yeniden canlandırılması ve birleştirilmesi. Yapmak istediğim hukukî istidlâller için, bu birleşmenin, binaenaleyh, meydana getirdiği yeni hayal terkiplerinin, sayıları ve karşılıklı münasebetleri her ferde göre değişen bir takım faktörlere tâbi bulunduğunu hatırdâ tutmak kâfidir.

Bilhassa, ferdi mizac ve anla taayyün eden sübjektif alâkaya bağlı iç faktörler vardır. “ Müşahede edildiğine göre¹⁷ bir ressam, bir sportmen, bir tacir, lâkayt bir adam, aynı atı aynı şekilde göremezler ; birisini alâkadar eden vasıflar, diğeri tarafından ihmal edilir ” ve binnetice bunlardan her biri atın farklı bir hayalini aklında tutar.

Bazan çok dağınık tasavvurların birleşmesini intaç eden hissi faktörler — “ onsuz hiçbir şey yaratmanın mümkün olmadığı bir maya olan ” heyecan —¹⁸ vardır ; bunun yegâne sebebi, bu tasavvurların, aşk, sevinç, keder, öfke, v.s. gibi müşterek bir hissi halle beraber vuku bulmalarıdır.¹⁹.

Nihayet gayri şuuri bir faktör olan ilham vardır ; bu faktör, belki diğer faktörlerden esaslı şekilde farklı değildir, fakat, daha ziyade, “ fikri veya hissi vâtiirelere ayrılabilen gayri şuuri bir tekevvündür. ; bu-

16) Th. Ribot, *Essai sur l'imagination créatrice*, 7. bası, Paris, F. Alcan, 1926, s. 275.

17) Th. Ribot, *bahsi geçen eser*, s. 14.

18) Th. Ribot, *bahsi geçen eser*, s. 26

19) Th. Ribot, *bahsi geçen eser*, s. 26-14.

nun ilk çalışma şekli meçhuldür ve şuura ancak hazır bir vaziyette girer ”²⁰.

8. *Fikrî yaratma anları*²¹. — Fikrî yaratma elemanlarının yaptığımız tahlili, kendi başına, hukuk ilimleri için hiçbir fayda sağlamaz. Filhakika, bu tahlil, yaratmanın iç anını aşmamaktadır ; halbuki yaratma, ancak dış anında, objektif ve müstakil bir mevcudiyeti olan ve böylelikle sosyal münasebetlere konu teşkil edebilen bir haline inkilâb ettiği zaman hukuku alâkadar eder. Fikrî yaratmanın *elemanları* hakkında ileri sürülen mülâhazalardan istifade etmek için, bu neticeye varan vetirenin *anlarını* incelemek lâzımdır ; zira, orijinallik meselesinin, ameli olarak bu anlardan her biri bakımından halledilmesi gerekmektedir.

Her akıl eserinin (oeuvre de l'esprit) ve bilhassa edebiyat, sanat veya ilim eserinin yaratılmasında ise, basit bir düşünüşle, birbiri arkasına üç safha ayırddilebilir :

1) *Malzemenin*, yani hayal ve tasavvurların *bir araya getirilmesi* ;

2) Bu malzemenin, tanzim ve tertip hususundaki bir çalışma neticesinde *ferdin iç âleminde aldığı iç şeklin meydana getirilmesi* ; yaratma esasında bundan ibarettir.

3) Aynı malzemenin *bir dış şekilde ifadesi* ; bu ifadede iç şekil tezahür eder ve hissedilebilir bir hakikat halini alır.

9. *Malzemenin bir araya Getirilmesindeki Orijinallik. İç Malzeme ve Sosyal Malzeme*. — “ *Yaratıcı muhayyilenin malzemesi* ” tâbirinin karşık bir değeri vardır. Ruhیاتçı bu tâbiri ; *idrakin dış âlemden aldığı, hafızanın şuurumuzda muhafaza ettiği, istinsah kabiliyetini haiz muhayyilenin* yeniden yaşattığı ve *yaratıcı muhayyilenin* yeni terkiplerde kullandığı hayallere atfeder.

Fakat hukukçu, onda başka şey de görmek zorundadır. Hukukçu

20) Th. Ribot, *bahsi geçen eser*, s. 53.

21) Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, par. 86-10 ; — E. Piola — Caselli, *Trattato del dritto di autore*, 2 inci baskı Naples - Turin, 1927, s. 67, 72, 618 vd. ; — Kohler, *Autorrecht*, s. 296 vd. ; — T. Bruno, *Dritto d'autore, Digesto italiano*, IX, 2, No 2, 236 ; s. 552-553, 691 ; A. Scialoia, *Relazione al progetto di legge sui diritti d'autore, Atti del Senato Sessione* 1863, No 21 mükerrer, par. 1 ; — E. Blanc, *Traité de la contrefaçon en tous genres et de sa poursuite en justice*, Paris, Plon édit., 4 üncü baskı, 1865, s. 26 ; Amar, *Dei diritti degli autori di opere dell'ingegno*, Turin, Bocca édit., 1874, s. 49.

İçin, beşeriyetin binlerce yıllık gelişmesi sırasında bizden evvelkiler tarafından yaratılarak insanların müşterek mameleki haline gelmiş hayallerin, tasavvurların ve bunların düşünce ve mefhum olarak birleştirilme şekillerinin de hesaba katılması lâzımdır. Filhakika medeniyet, esas cevheri itibariyle, yaratıcı kaynaklarından ayrılmış ve müşterek bir iktisap vaziyetine inkilâb etmiş ferdi yaratma mahsullerinin birikmesinden başka bir şey değildir.

Binaenalyeh, orijinallik meselesinin, iki malzeme kategorisinden her birine nispetle ayrı ayrı incelenmesi lâzımdır. Farkı belirtmek için, birincilere, fikri yaratmanın *ferdi kaynağını* teşkil eden *iç malzeme*, diğerlerine, *müşterek kaynağı* teşkil eden *dış veya sosyal malzeme* adını vereceğim.

10. I. *İç Malzeme. Ferdî Kaynak.* — Yaratıcı muhayyilenin yeni tertiplerde kullandığı iç malzeme ; idrâk tarafından temin edilen ve hafızanın yeniden canlanma ve tekevvüne elverişli tasavvurlar halinde depo ettiği hayallerdir. (Aklın bu faaliyetinin fertlere göre ve aynı fertte anlara göre arzedebileceği farklar şüphesiz ki hariç olmak üzere) *idrâk* demek, *dış* âleme müracaat demektir. Muharrir ve sanatkâra, yaratmanın gerçekleşme şekli olan birleşmelerin esas elemanlarını veren tasavvurları az çok tam ve vazih bir halde hafızamızda bırakan, muhitimizden edindiğimiz günlük tecrübedir.

Bu safhada yaratma için orijinal bir vasfın bulunması imkânı varmıdır ?

Sual, pek tabii olarak tahıra geliyor ; çünkü dış âlemin herkesin istifadesine açık olduğu fikrini derhal ileri sürmeye insan mütemayil bulunmaktadır. Bir ırmak, güneşin batışı, ağlayan bir çocuk, bir harabe, her normal müşahidin şuurunda, herkes için aşağı yukarı aynı olması lâzımgelen hayaller bırakır. Bundan insanın şu neticeyi çıkartacağı gelir ki, dış âlemin görünüşleri, fiilen veya faraziye olarak herkese açık bulunduğundan, yaratmanın bu ilk malzemesinin birleştirilmesinde orijinal olmaya imkân yoktur.

Çıkartılan netice yanlıştır. Zira, dış âlemin herkes için aynı şartlar altında, hiç değilse bilkuvve, mevcut olduğu her ne kadar doğru ise de, bundan herkesin dış âlemden aynı hayalleri alabileceği hükmüne varılamaz.

İlk önce maddî tahditler vardır. Faraziyede, denizin altında 1.000 metre derinlikteki manzarayı herkes seyredebilir ; hakikatte ise, bunu

şimdiye kadar yalnız profesör William Beebe yapabilmıştır. Diğer bir sahada, cür'etli, cesaretli veya sadece şanslı sanatkâr ve muharrirlerin, herkesin hiç bir suretle elinde olmıyan zaman, yer, içtimâi muhit şartları altında hergün topladıkları sayısız elemanlar hakkında da aynı şey söylenebilir.

İkinci olarak *sübjektif tahditler* vardır. Dış âlemden aldığımız hayallerin keyfiyet, kemiyet ve devamlılığı; idrak organlarımızın incelik ve durumuna sıkı bir şekilde bağlıdır. Fakat bunlar, aynı zamanda da — Hattâ diyebilirim ki bilhassa — şahsın bünyesine, mizacına, heyecanlı vaziyetine, müşahede kabiliyetine, dikkatine, hafızasına tâbi bulunurlar.

Demek oluyor ki, fikrî yaratmanın, tekevvününü sağlıyan iç malzemenin sadece birleşmesini ihtiva eden ilk safhasında bile bu iki nevi tahdidin tesiriyle orijinallik vasfı olabilir.

11. II. *Sosyal Malzeme. Müşterek Kaynak.*²² — Fikrî yaratmalar ; Sanatkârın gördüklerini şahsen depolaması sayesinde elinde bulunan yalnız iç malzemeye münhasır bir tekevvün neticesini teşkil etseler, çok az olurlardı. Hattâ binlerce fikrî faaliyet asrından sonra gelen nesiller için tamamen orijinal yaratmaların hâlâ mümkün olup olmadığı dahi sorulabilir — esasen bu sualin birçok defa sorulduğunu gördük (Bk. madde 5) —. Ferd şuuri veya gayri şuuri olarak, fikrî hayatının en esaslı cevherini sosyal muhitten alır. Aslında herbiri, ferdi bir tecrübenin veya sosyal bir çalışmanın hayırlı veya zahmetli mahsulü olan bütün bu elemanlar, gerçekten müşterek bir depo, *müşterek bir kaynak* teşkil ederler ; bilelim veya bilmiyelim, istiyelim veya itirazda bulunmaya çalışsa-

22) 1. Ph. Allfeld, *das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst*, 2. bası, Münih, Beck, 1928, s. 38 ; - E. Blanc, *Traité de la contrefaçon en tous genres*, Paris, Plon, 4. bası, 1865, s. 258; - B. Brugi, *Lecita appropriazione d'idee altrui e dritti d'autore, rivista di diritto commerciale*, 1910, II, 122 ; - F. Brunetière, *Lieu commun sur l'invention*, *Revue des Deux Mondes*, 15 Ocak 1822 ; - Gopinger, *On the law of Copyright*, 6. bası, Londra, Sweet and Maxwell, 1927, s. 48, 124 - 125, 147 ; - W. B. Hale, *Copyright and literary property*, *Corpus Juris*, by W. Mack and W. B. Hale, New - York, The American law book Co, 1917, cilt XIII, par. 109 s. 1028; 267 s. 1108-1109; 309, s. 1133, 318, s. 1145-1146; - Pataille, *Notes dans les Annales de la propriété littéraire et artistique*, 1870, s. 42 ; s. 136 ; - E. Pouillet, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3. bası, Paris, 1908, sayı 14, 15, 20, 68 - 70, 76; 91; 509 - 510; 518; 568, 569 ; - A. Renouard, *Traité des droits d'auteur*, Paris, 1838, s. 20 ve devamı ; - N. Stolfi, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, II (Trad. Suret), Paris, Giard, 1925, s. 611 - 612, 643, 658 - 659 ; - E. Valerio, *Diritto d'autore*, Milâno, yayınlayan Cultura, s. 169 - 170.

lim her fikri yaratmanın büyük bir kısmı bu *müşterek kaynaktan* yapılmıştır.

Bu, intihal mefhumunu daha yakından ele almak için avdet edeceğim bir delildir (aşağıda 32. maddeye Bk.). Fakat, umumî bir noktai nazardan bu müşterek kaynağın son derecede zengin olduğunu gözönüne almak lâzımgelir ; umumî kaynak o kadar zengindir ki, tatbikatta, fikri bir yaratmayı tahlil ederken insanın kendi hissesini tam bir şekilde bulması ekseriya çok güçtür. Yarattığı eserin orijinalliği, şahsiyetinin kudreti ne kadar büyük olursa olsun, muharrir, musikişinas, sanatkâr, devrinin mânevî mamelekinin kendisine verdiği elemanları sadece tanzim ve tertibeden müstesna bir kimsedir. Yarattığı eser, zamanının hududunu aşarak istikbali tacil eder gibi görünse bile, eserinin tohumu daima, çağdaşlarının henüz görüp duyamadıklarını dehasının kendisine görmek ve duymak imkânını verdiği muhittedir.

Bu böyle olduğuna göre *müşterek kaynağın ve orijinalliğin* birbirini mütenakız iki tâbir olduğu âşikârdır. Müşterek kaynağın herkese temin ettiği veya edebileceği elemanların birleştirilme şeklinde orijinallik olabilir ; fakat bunları kullanmak fiilinde hiçbir orijinallik yoktur ; zira, tarif itibariyle, bu sosyal malzeme yaratıcı muhayyilenin karşısına hazır bir vaziyette çıkar.

12. *İç şekilde Orijinallik.* — Demek oluyor ki, ferdi kaynakla müşterek kaynak fikri yaratmanın malzemesini temin etmektedir. Fakat bununla henüz yaratma hâsıl olmuş değildir ! Prensip itibariyle bu malzeme kullanabilecek herkes onu fiilen kullanmak kabiliyetini haiz olmaz veya daha doğrusu, neticesinin yeniliği ile yaratma adına lâyük olabilecek kullanma şekline varmak kudret ve kabiliyetini gösteremez.

Fert, idrâkle iktifa ettiği, işittiği, anladığı, kaydettiği, depoladığı müddet ; yaratmanın hasil olduğu esrarengiz sahanın henüz eşliğindedir. Bu eşğin ne kadar nadir aşıldığını Allah bilir !

Kitaplardan veya hayattan *öğrenilenin* bir yaratma mahsulü olabilmesi için şahsi, sübjektif mahiyette bir temsil, seçme, tertip ve tanzim elemanına, yani yaratıcı muhayyilenin mümeyyiz vasfı olan elemana ihtiyaç vardır. Binlerce erkek, günlük hayatın âdi realitelerine iğrenerek intibak eden romantik kadınlar tanımıştır ; fakat, bu müşterek tanımının malzemesinden *Madame Bovary* gibi ölmez bir yaratma mahsulü çıkartabilmek için bir Flaubert'in gelmesi lâzımdır. Her gün birçok Babbit'le karşılaşırız ; fakat, intizamlı, dar görüşlü, yeknesak bir tip halini

almış, tamamen silik, küçük bir şehirlinin kat'i portresini çizebilin ancak Sinclair Lewis olmuştur.

Pascal, cemiyetin müşterek mamelekinin temin ettiği malzemeyi tanzim ve tertip işinin ferdi, şahsi mahiyetini iyice tebarüz ettirmek için garip bir teşbih bulmuştur. Bakınız ne diyor : " Bir müellifin, başkalarının bahsetmiş olduğu şeylerden hiçbir zaman bahsetmemesini isteyen kimseler vardır ; aksi takdirde, onu yeni hiçbir şey söylememekle ithham ederler. Fakat, muharririn ele aldığı mevzular yeni değilse tertip şekli yenidir. " Paume " denilen top oyunu oynandığı vakit, her iki kişi aynı topla oynar ; fakat bunlardan birisi topa daha iyi vurur. Bari muharriri eski kelimeleri kullanmakla da ithham etsinler : aynı kelimeler muhtelif tertip şekilleriyle nasıl başka başka fikirler teşkil ederlerse, aynı düşünceler farklı bir tertip şekli ile başka bir nutuk metni teşkil etmezlermiş gibi hareket ediliyor. " ²³ Şu halde, esas itibariyle orijinalliği teşkil eden bu farklı tertip mucizesi, zihni faaliyetin esrarı içinde vuku bulmaktadır. Herkesin emrinde bulunan şekilsiz ve dağınık malzeme ; şahsi dehanın kaynaklarına göre aklın yaratıcı kuvveti sayesinde esrarengiz bir birleştirme, ayıklama ve koordinasyon faaliyeti ile fikri yaratmanın organik iş şeklini vücuda getirir.

Şekil dedim : Çünkü, yaratıcı akıl, kendine mahsus bir şahsiyete sahip fikri bir mahsul ortaya koyar; bu şahsiyet, eserin mevcudiyetinin sebebi olan bir iç mantığa göre elemanlarının hususi bir tertibinden ileri gelir.

Organik şekil dedim : Çünkü, bu şahsiyet, aynı zamanda, ilk malzeme üzerinde yapılan tertip ve tanzim işinin neticesini ve esas vasfını gösterir.

Nihayet *iç şekil tâbiri*, yaratmanın, sanatkârın iç âleminden henüz çıkmadığı ve dış âlemde hissedilebilir tezahürlerle kendisini göstermediği cahadaki sübjektif mahiyetini belirtmek için uzun zamandanberi umumiyetle kullanılmaktadır²⁴.

23) Pascal, *Pensées*, yayımlayan Didot, Paris 1870, 1 inci kısım, madde x, No. 9, s. 115.

24) *İç şekil fikri*, bundan kanuni himayenin sebeplerini ve hududunu istidlâl etmek iddiasında bulunmaları dolayısıyla son zamanlarda tenkide uğramıştır. (E. Piola - Caselli, *Trattato del diritto di autore*, 2. bası, Torino, Utet, 1927, s. 73 - 77, 619 - 620 ; - W. Goldbaum, *Urheberrecht und Urhebervertragsrecht*, 2. bası, Berlin yayımlayan G. Stilke, 1927, s. 147). Fakat, haklı olduğu kolay kolay inkâr edilemeyecek olan tenkidler, *iç şeklin*, fikri yaratmanın sadece anı olarak mütalâa edilmesi karşısında bigâne kalmaktadırlar.

Sanatkârın şahsi dehasına göre fikri yaratmanın vücuda geldiği andadır ki, orijinallik vasıfları, şayet bu vasıflar olacaksa, belirirler. Görülenlerin depolanmasının, devamının, yeniden canlanmasının hemen hemen anlaşılamiyacak bir takım şahsi faktörlere tâbi olduğunu gördük. Bu malzemenin işlendiği andaki tâyin edici sayısız sebepleri de bunlara ilâve ediniz. Hayallerin birleştirilmesi, ayıklanması ve — sanatın özünü teşkil eden — seçilmesi, nihayet her sanatta tekniğin esası olan koordinasyonu ; bünyeye, mizâca, âna gör bu sebeplere tâbi bulunur. Bunlara, her yaratmanın şuuri veya gayri şuuri gayesini, yani yaratıcı muhayyileyi harekete getiren, bizzarure şahsi mahiyetteki derin sebebi ilâve ediniz. Bu suretle, fertle eseri arasında mevcut ve birbirine sıkı bir şekilde bağlı bütün elemanları elde etmiş olursunuz : Bu bağlılık, orijinalliğin esas şartıdır ; zira, herhangi bir şeyi şahsi tasavvur etmeden orijinal tasavvur etmek imkânsızdır.

Şüphesiz ki, hepsi bu kadar değildir. Şahsi kaynağın vasıflarını taşıyan yaratmanın orijinal olması için, bu kaynağın saf ve temiz olması lâzımdır. Başka bir ifade ile, orijinallik, bahis konusu yaratmanın, tamamen veya kısmen, şuuri veya gayri şuuri olarak hulûl etmiş daha evvelki başka bir yaratmaya tetabuk etmemesine bağlıdır.

Bu noktaya tekrar temas edeceğim. Fakat, bu ilk mülâhazalardan akıldaki tutulması lâzım gelen, orijinallik bakımından yaratmanın vücuda geliş safhasının ehemmiyetidir.

13. *Dış Şekilde Orijinallik.* — Sanatkârın iç âleminde vücuda gelen fikri yaratma, dış âlemin bir realitesi haline gelmediği takdirde sosyal münasebetler sistemini henüz alâkadar edemez. Söz, nota, renk, resim, heykel gibi görülmek veya duyulmak kabiliyetini haiz bir *dış şekilde* tezahür ederek bu realiteye inkilâb eder.

Fikir eserini, hukukî münasebetler konusu olarak mütalâa ettiğimiz zaman bu dış şekli ele alıyoruz. Bu münasebetlerin tam ve doğru olarak takdir için yaratmanın gerçekleşmesini, bundan evvelki safhalardan ayırmak mümkün olmadığı takdirde, bu safhalar hukukçuyu ancak, dış şeklin incelenmesi için lüzumlu elemanları temin etmeleri bakımından alâkadar ederler.

Şu halde, malzemenin birleştirilmesinde ve iç şeklin yapılışında olan orijinallik hakkında buraya kadar yürütülen mülâhazalar, ancak dış şekil bakımından hukukî bir ehemmiyeti haiz olabilirler ; yalnız dış şeklin sosyal münasebetlere konu teşkil etmesi ve objektif bir incelemeye tâbi tutulması mümkündür.

— Daha ileride ele alacağım taklit ve tehzillerde vâki olduğu üzere — dış şeklin *kendi başına* mütalâa edilmesini icabettiren oldukça naadir haller hariç, dış şeklin iç şekilden ayrı olarak gözönüne alınması, maddeten mümkün değildir ve hukuken de faydasız olur ; zira, dış şekil iç şeklin hissedilebilen yegâne tezahürüdür. Bunları çok sıkı bir münasebet birbirine bağlar ; bu münasebet üzerinde durmak lâzımdır.

14. *Fikrî yaratma anları arasındaki münasebetler.* — Fikrî yaratmanın üç anına tekrar gelelim.

Malzemenin birleştirilmesi diye isimlendirdiğim birincisi, diğerlerinden ayrı olarak mütalâa edilebilir ve edilmek zorundadır ; çünkü, prensip itibarıyla, yaratmanın dışında kalır. Buna ait bulunan safha, (yukarıda 8 inci maddede dediğim gibi), umumiyetle — hakikatte veya faraziyede — herkesin müşterek mamelekini teşkil eden ve ancak müstesna olarak takdir edilebilecek değerde şahsî bir kaynak vücuda getiren fikirlerin, hayallerin, mefhumların sadece depolandığı bir safhadan başka bir şey değildir. Binaenaleyh, tarifte bu safha, her türlü ferdi tertip ve tanzim gayretinden evvel gelir ; neticenin elde edilmesine kâfi değilse bile lüzumlu bir şarttır. Beşeriyetin mânevî mamelekini hakikaten artıran sanat eserlerinin çok mahdut sayısı düşünülecek olursa, bundan fazla şikâyet etmemek ihtimal ki yerinde olur. Maamafih, malzemenin birleştirilmesi ile fikrî bir Yaratmada tertiplenmesi arasındaki bu ayrılıktan istidlâl edebilecek çok mühim neticeleri sonra göreceğiz.

Diğer iki an, yani *iç şeklin vücuda getirilmesi* ve *bir dış şekille ifade edilmesi* bakımından vaziyet tamamen başkadır. Birinciden ayrı olan bu anlar, yaratıcı sanatkâra veya münferit yaratmaya nispetle mütalâa edildiklerine göre ya kendi aralarında birbirlerinden ayrılmazlar veya kolayca ayrılabilirler.

Yaratıcı sanatkâra nispetle iç şekille dış şekil birbirinden ayrılamaz. Hattâ, bunların ayrı ayrı mevcut olması bile tasavvur edilemez. Zira bir cihetten, fikir ancak herhangi bir ifade vasıtası ile dış âlemde tezahür ettiği takdirde kendine has bir hayata sahip olabilir. Diğer cihetten de, ifade edilen bir şeyden ayrı olarak ifadeden bahsetmeye mantıken imkân yoktur. Sebepsiz netice olamaz. Dış şekli bir netice olan fikrî mahsul, yaratıcı muhavvile olan sebebi dışında *yaratma olarak* tasavvur edilemez. Her fikrî mahsul, sadece, maddî bir ifade şekli olması dolayısıyla, zatî değeri ne olursa olsun, bizzarure, ifade edilen bir şeyi gösterir.

Fikrî mahsulün iki elemanı, sanatkâr bakımından değil de, sanat-

kârdan ayrılmış, tecerrüd etmiş ve tablo, roman, musiki eseri gibi dış âlemin maddî bir varlığı haline gelmiş mahsule nispetle mütalâa edilirse vaziyet aksi olur. O zaman fikrî bir yaratmanın dış şekli karşısında bulunulur. Her şey, bu dış şeklin, sanatkârın yarattığını zannettiği kendi fikrinin ifadesini temsil ettiği zehabını uyandırır. Fakat buna muhakkak surette lüzum yoktur. Gördüğümüz, işittiğimiz maddî şekil yaratıcı sanatkârın fikrini ifadede kullandığı orijinal şeklin sadece maddî bir kopyası olabilir. Gözlerimin önünde Rafaello'nun bir Madonna'sı var : Şayet bu, Rafaello'nun resmettiği tablo ise, sanatkârın ilâhî muhayyilesinde canlandırdığı hayalin resim halinde gerçekleşmiş şekli karşısında bulunuyorum demektir. Fakat, bir kopya bahis konusu ise, ne kadar mükemmel olursa olsun, onda yaratıcı muhayyilenin hiçbir tezahürü yoktur. Bu, sadece istinsah için yapılmış maddî bir çalışmanın neticesidir.

Fikrî yaratmanın, orijinal eserde birleşmiş olan esaslı iki anı, kopyada birbirinden ayrılmıştır. Kopyada dış şekil artık bir fikrin ifadesini temsil etmez : Yâni yaratıcı sanatkârın mânevî şahsiyetinden fıskıran fikrin, gene aynı misali alacak olursak, Rafael'in Madonna'sını yarattığı esnadaki fikrinin ifadesini kopyadaki dış şekilde artık bulmak mümkün değildir. Yaratıcı fikir artık kopyaya hiçbir suretle giremez. Sadece bir dış şekil karşısında bulunulur ; bu dış şekil, kopyayı yapanın teknik maharetine göre — ve sadece bu mahareti sayesinde — yaratıcı sanatkârın yarattığı esere hissedilir bir maddiyet vermesine vasıta olan resmî, renkleri, plânları az çok sadıkane bir surette yeniden ortaya koyar.

Dış şekil daima aynıdır. Fakat tablolardan birisi, yani orijinal, bir fikrin ifadesidir. Öteki ise, bu ifadenin kopyasından başka bir şey değildir.