

TELEFON ZİL SESLERİNİN FİKRİ VE MARKA HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

*Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK***

*Hakim Refik Cemal HANEDAN****

I. GİRİŞ

Telefonlar artık eskisi gibi çalmıyor. Tek düze zil sesi duyulmaz oldu artık. Teknolojik gelişme ve artan rekabetle birlikte, telefonlar az ya da çok orijinal bir müzik tonuyla arandığımızı bize bildirir oldular. Özellikle telekom hizmetlerinde liberalleşme ve mobil telefonlarda dünyada yaşanan patlama, zil tonlarında fanteziyi de beraberinde getirdi. Mobil telefonlar, arandığımızı öyle basit zil sesiyle değil tanınmış melodilerle bize bildirmektedir. En yakınımızın bizi aradığından, en tanınmış klasik müzik melodisinden tutunuz son zamanların hit olan pop melodisiyle haberdar olmaktadır. Kullanıcı ferdi olarak telefon müziğini besteleme imkanına dahi sahiptir. Hatta telefonlarımızda birkaç tuşa basıp her bir arkadaşımızın ya da yakınımızın numarasını ayrı bir müzik melodisine ayarlayarak; çalan müzik melodisine göre kimin tarafından arandığımızı tespit edebilmekteyiz.

Mobil telefondaki melodiler, bize sadece arandığımızı değil bir mesajın geldiğini de bildirmektedir. Mobil telefon piyasasında artan rekabet sonucu telekomünikasyon şirketlerinin sunduğu hizmet edimlerinde de artma ve çeşitlemeler göze çarpmaktadır. Bir maçın sonucu, spor lotonun haftanın talihli numaraları, aktuel bir haber bizlere ayrı müzik tonlarıyla bildirilmektedir. Mozartın Türk marşı çalmak suretiyle tuttuğumuz takımın yaptığı maçın sonucunun; hiçbir pop şarkısının melodisi çalmak suretiyle de hava durumunun bize bildirilmesi günümüzde artık imkansız değildir.

* Hakem incelemesinden geçmiştir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

*** Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı

Cep telefonlarının yaygınlaşmasıyla birlikte müzik melodileri artık hayatımızın bir parçası oldu. Keza mobil platform bizlere sunulan hizmete göre kaydettiğimiz randevuyu hatırlatmakta veya örneğin otobanda giderken trafik yoğunluğunun bulunduğu yerleri bildirmektedir. Keza otobanda giderken en yakın akaryakıt istasyonu ya da restoranlar ve dinlenme tesislerinden onun sayesinde haberdar olabilmekteyiz. Bunun gibi radyo çalarken duyduğumuz müzik parçasının bestesinin kime ait olduğunu; kimin tarafından icra edildiğini göndereceğimiz bir mesaj sayesinde öğrenebilmekteyiz. Onun sayesinde oturduğumuz yerden akşamleyin sinemaya gitmek istediğimizde yer bile ayırt edebilmekteyiz. Akşamleyin arkadaşlarımızla gittiğimiz restaurant ya da pub, meyhane, barda aldığımız alkol dolayısıyla taşıt kullanamayacağımız anlarda gene onun sayesinde en yakın taksi durağını öğrenebilmekte ve taksi çağırabilmekteyiz¹.

Hizmet sunucuları (Serviceprovider), hizmet edimlerine orijinal zil sesi ile ayırt edici nitelik kazandırabilir ve diğer hizmet sunucularının zil seslerinden farklılık kazandırabilir.

Yapılan bir araştırmada Avrupa piyasasında zil seslerinin piyasa potansiyeli 1,45 milyar USD olarak tahmin edilmektedir. Bir piyasa araştırma enstitüsü, mobil telefon kullanıcılarının zil sesleri için günümüzde her yıl ortalama 5 USD harcadığı sonucuna varmıştır². İşte piyasası bu kadar geniş olan zil seslerinin fikri ve marka hukuku açısından değerlendirilmesinin yararlı olacağı kanaatiyle bu makale kaleme alınmıştır.

II. FİKİR ve SANAT ESERLERİ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

FSEK'e göre fikir ve sanat eseri, eser sahibinin hususiyetlerini taşıyan, ilim ve edebiyat, musiki güzel sanatlar ve sinema eserleri türlerinden birisi içerisine giren her nevi fikir ve sanat mahsulüdür.

Doktrinde bu tanımdan hareketle eser kavramının unsurları olarak, "sahibinin hususiyetlerini taşıması" ve "Kanunda sayılan eser kategori-

¹ Bkz. Meyer, I.: Urheber-und markenrechtliche Überlegungen zum Klingelton, Medialex 2003, sh. 149.

² Rehmann, F.J./Bahr M.: Klingeltöne für Handys - eine neue Nutzungsart? CR 2002, sh. 229 vd.; Meyer, agm., sh. 149.

lerinden birine dahil olması” gösterilmektedir³. Bu görüş, özellikle kanuni tanımda yer alan eserin fikir ürünü olması ifadesini göz önüne almaktadır. Tekinalp, haklı olarak bir fikir ve sanat eserinin FSEK anlamında eser olarak kabul edilebilmesi için “sahibinin hususiyetlerin taşınması”; “sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olması” “fikri çabanın ürünü olması” ve “FSEK ile öngörülen eser türlerinden birin içine girmesi” unsurlarını havi olması gerektiğini söylemektedir⁴. Biz bu unsurlara, “fikri muhtevaya sahip olması” unsurunun da eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aşağıda bu unsurlar açısından telefon zil seslerini FSEK anlamında eser sayılıp sayılmayacağı meselesi ele alınacaktır.

a. Fikri Çabanın Ürünü Olması

Eser yaratıcı düşüncenin ürünü olmalıdır. Eserin yaratıcı düşüncenin ürünü olması onun bir insanın, bir gerçek kişinin şekillendirici bir faaliyetinin sonucu meydana getirilmesi zorunluluğunu da beraberinde getirir⁵. Bir başka deyişle, eserin fikri çaba ve faaliyetin ürünü olması demek, bir gerçek kişi tarafından yaratılması demektir. FSEK anlamında korunabilen bir eseri, insan meydana getirir. Bu şart, sırf makine veya diğer araçların ya da hayvanların meydana getirdiği ürünlerin eser sayılmaması sonucunu doğurur. Buna göre, örneğin bir şempanzenin çizdiği resim, FSEK korumasından yararlanamaz⁶. Aynı şekilde eserin fikri bir çaba ve faaliyetin ürünü olması, yaratıcının duygu ve düşünce dünyasını ifade etmeyen sırf mekanik faaliyetlerin sonucu vücuda gelen ürünlerin eser olarak kabulünü engeller. Örneğin İngilizce’den Türkçe’ye Türkçe’den İngilizce’ye tercüme yapan bir computerin yaptığı tercüme FSEK anlamında eser değildir⁷. Tercüme yapan bilgisayarın, insan

³ Örneğin bkz. Erel, Ş.N.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998, sh. 33 vd.; Ateş, M.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, sh. 56 vd.

⁴ Tekinalp, Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2002, Nr.2 sh. 91.

⁵ Loewenmann, W./Vinck, K./Hertin, P.W.: Urheberrecht, Stuttgart-Berlin 1998, § 2 Rdnr. 11, sh. 63; Wandtke, A.A./Bullinger, W.: Praxiskommentar zum Urheberrecht, München 2002, § 2 Rdnr.15sh. 7. Ayrıca bkz.LG Berlin, GURUR 1990, sh. 270.

⁶ Schricker/Loewenheim, § 2 Rdnr.15, sh. 56; Nordemann/Vinck/Hertin, § 2 Rdnr.11, sh. 63; Loewenheim, U.: Handbuch des Urheberrechts, München 2003, § 6 Rdnr. 8 sh. 49; Möhring/Nicolini, K./Ahlberg, H.: Urheberrechtsgesetz, Kommentar, München 2000, § 2 Rdnr. 51 sh. 1109; Schack, H.: Urheber-und Urhebervertragsrecht, 2.Aufl, Tübingen 2001, Rdnr. 156 sh. 83.

⁷ Schricker/Loewenheim, § 2 Rdnr. 12, sh. 55; Schack, Rdnr. 156 sh. 83.

tarafından yaratılan bir programla çalışması, bilgisayarın yaptığı tercümenin eser sayılması için yeterli değildir⁸. Programın FSEK himayesinden yararlanması, onun tarafından vücuda getirilen tercümenin de korunması sonucunu doğurmaz. Buna karşılık bir makinenin sahibi tarafından FSEK anlamında bir eserin yaratılmasında yardımcı araç olarak kullanılması onun korumadan yararlanmasına engel değildir⁹. Dolayısıyla, yazarın eserini kaleme alırken Microsoft Word metin yazma programını kullanması, eserin bir gerçek kişi tarafından şekillendirici bir faaliyetin sonucu olarak yaratılma özelliğine herhangi bir hanel getirmez. Aynı şekilde bilgisayar aracılığıyla müzik eserlerinin yaratılmasında da kural olarak gerçek kişinin şekillendirici ve yaratıcı bir faaliyetinden bahsedebilir. Bilgisayar kaynaklı eşlik ritim veya bilgisayar programının kullanılması müzik eserinin himaye edilebilirliğine herhangi bir engel teşkil etmez. Yalnız bu nevi durumlarda besteciden kaynaklanan parça himayeye mahzurdur. Himaye kapsamına bilgisayardan kaynaklanan kısım tek başına girmez. Müzik eserinin seçimi, düzenlenmesi ve kombine edilmesinde bestecinin etkisi olduğu kısım himayeden yararlanabilecektir¹⁰.

Sırf tesadüfi olaylardan kaynaklanan ürünler de fikri hukuk himayesinden yararlanamayacaktır¹¹. Kurşun dökmek suretiyle oluşan şekiller veya fotoğraf makinesinin deklanşörüne tesadüfen veya yanlışlıkla basmak suretiyle çekilen resimlerde olduğu gibi bir eyleme dayansa bile tesadüfi olayların ürünleri, fikri bir yaratıcılık ameliyesinin ve sürecinin ürünü olmadığından fikri hukuk bakımından önemsizdir¹².

b. Eser Fikri Bir Muhtevaya Sahip Olmalıdır

Eser bir düşünce ürünü olduğuna göre, fikri muhtevanın olması gerekir¹³. Bir duygu ve düşünce eserde ifade edilmelidir. Buna karşılık eserin güzellik duygusu uyandıran etki anlamında estetik muhtevaya sahip olması

⁸ **Loewenheim**, Handbuch, § 6 Rdnr. 8 sh. 49.

⁹ **Schricker/Loewenhe**, § 2 Rdnr. 13, sh. 55; **Tekinalp**, age., Nr. 22 sh. 99.

¹⁰ **Schricker/Loewenhe**, § 2 Rdnr. 125, sh. 99 ve Rdnr. 13 sh. 56.

¹¹ **Wandtke/Bullinger**, § 2 Rdnr. 15 sh. 7; **Nordemann/Vinck/Hertin** § 2 Rdnr. 10 sh. 62, Karş. **Tekinalp**, Nr.23, sh. 99.

¹² **Möhring/Nicolini/Ailberg**, § 2 Rdnr. 50 sh. 119.

¹³ **Loewenheim**, Handbuch, § 6 Rdnr. 10 sh. 50; **Schricker/Loewenheim**, § 2 Rdnr. 18, sh. 57.

zorunlu değildir¹⁴. Müzik seslerle anlatılan bir sanattır. Müzik, insana duyup düşündüklerinin seslerle anlatma imkanını bahşeden bir dildir. Müziğin anlamı, insanın hayat ve düşüncelerini, izlenim, tasarım ve dileklerini anlatmasıdır¹⁵. Sesler aracılığıyla anlatıldığı için, dolaylı ve soyut bir ifade biçimidir. Müzikte yer alan anlatımları sezinleriz: Sevinci, hüznü, acıyı, şakayı, tutkuyu, protestoyu, yalvarışı, insanoğlunun içinde bulunduğu daha nice ruhsal durumu hissederiz¹⁶. Müzik eserlerinin de fikri muhtevası, hani “harika bir geceydi” dediyecek hoş bir vakit geçirme, duyulan haz, neşe ve keyif ve monotonluk¹⁷ gibi duygu ve hislerdir¹⁸. Burada müzik eserinin uyuşumsuz¹⁹ sesler içermesi; yani estetik olmaması onun eser niteliğine hanel getirmez.

c. Esere Algılanabilir Bir Şekil Verilmiş Olmalıdır

Eser, insanın duyu organlarıyla algılanabilir bir şekle büründürülmüş olmalıdır²⁰. Eser, sahibi tarafından insanların algılayabileceği biçimde dışa vurulmuşsa FSEK korumasından yararlanır. Bu sebeple henüz dışa vurulmamış kafada beliren ya da canlanan düşünce FSEK himayesinden mahrumdur²¹. Ancak, cismani varlığı olan bir nesne üzerine kaydedilmesi ya da yazıya dökülmesi de eser sayılabilmek için zorunlu olmadığı gibi bu nesne ile olan bağlantısının da (örneğin, kayıt veya yazı, resim şeklinde) sürekli olması

¹⁴ **Schricker/Loewenheim**, § 2 Rdnr. 18, sh. 58; **Schack**, Rdnr. 157 sh. 84.

¹⁵ **Say**, A.: Müziğin Kitabı, Ankara 2002, sh. 17.

¹⁶ **Say**, A.: Müziğin Kitabı, Ankara 2002, sh. 17-18.

¹⁷ OLG Dusseldorf, GRUR 1978, sh. 640-641.

¹⁸ **Schricker/Loewenheim**, § 2 Rdnr. 19, sh. 58-59; **Loewenheim**, Handbuch, § 6 Rdnr. 10 sh. 50.

¹⁹ “Birbirinden farklı titreşim koşullarının ortaya çıkardığı karmaşık özelliklerden ötürü bazı ses aralıkları uyumsuzluk sergiler. Örneğin, ikili, yedili ve dokuzlu, artık ve eksik aralıkların oluşturduğu aralıklara dissonanz (uyuşumsuz) denir. Bu aralıklar, “uyuşumsuz akorları” dolayısıyla “uyuşumsuz armoniyi doğurur”. Bkz. **Say**, A.: Terim: Disanans, Müzik Sözlüğü, Ankara 2002, sh. 157.

²⁰ **Schricker/Loewenheim**, § 2 Rdnr.20, sh. 59; **Loewenheim**, Handbuch, § 6 Rdnr. 11 sh. 50; **Schack**, Rdnr. 159 sh. 8; **Wandtke/Bullinger**, § 2 Rdnr. 18 sh. 8; **von Büren**, R./ **Marbach**, E.: Immaterialgüter - und Wettbewerbsrecht, Bern 2002, sh. 44. BGH, GRUR 1985, sh. 1041 ve sh. 1046; OLG Karlsruhe, GRUR 1983, sh. 300, sh. 306; OLG München, ZUM 1989, sh. 588, sh. 590.

²¹ **Schack**, Rdnr. 159 sh. 8; **Wandtke/Bullinger**, § 2 Rdnr. 18 sh. 8; **Schricker/Loewenheim**, § 2 Rdnr. 20, sh. 59; **Loewenheim**, Handbuch, § 6 Rdnr. 11 sh. 50.

zorunlu değildir²². Henüz kağıt üzerine dökülmemiş konuşma; doğaçtan çalınan müzik eseri ya da doğaçtan yapılan beste (örneğin, geleneksel sanat müziğimizde solo doğaçlamaya verilen ad olan, taksim) de FSEK anlamında eser olarak himayeden yararlanabilir. Bu sebeple bu nevi eserlerin meydana gelmesi anı olarak değil “çoğaltılması” olarak kabul edilir²³. Eserin insanların doğrudan doğruya duyu organlarıyla yahut dolaylı olarak teknik bir aracın yardımıyla algılanabilir olması eserin korunabilmesi için önemli değildir²⁴; bir veri taşıyıcısına (örneğin kaset, CD) analog yada dijital formda kaydedilmesi yeterlidir²⁵.

Müzik eserlerinde fikri muhteva ile şekil ayrılmaz bir bütün teşkil eder. Dolayısıyla, müzik eserlerinin himayesi ne sadece eserin şekline ne de sadece muhtevasına ilişkindir; her ikisine ilişkindir²⁶.

d. Eser Sahibinin Hususiyetlerini Taşımaktadır

Bu makale kapsamında “eserin sahibinin hususiyetlerini taşımaktadır” unsurundan doktrinin ne aldığı hususu; bu konuda ileri sürülmüş görüşlerin neler olduğu ele alınmayacaktır. Bu konuda Erel’in görüşünü paylaşmaktayız²⁷. Yazar’a göre: “bir eser sahibinin özelliğini taşıyor sayılabilmesi için bağımsız bir fikri çalışma ürünü olması ve böylece sahibinin yaratıcı gücünün özelliğini yansıtabilmesi gerekir. Eserin bağımsız bir fikri çalışma ürünü olması, kendisinden önce yaratılan diğer eserlerden istifade edilemeyeceği anlamına gelmez. Ancak istifade başkasının eserini gaspa ve intihale varacak ölçüde olmamalıdır... Eserin, sahibinin yaratıcı gücünü yansıtmaması da eserde daha önce duyulmamış veya görülmemiş mutlak orijinallikte bulunması

²² BGHZ, 37, sh. 1 ve sh. 7; BGH, GRUR 1962, sh. 531 ve sh. 533; KG, GRUR 1984, sh. 507 ve sh. 508; **Schricker/Loewenheim**, § 2 Rdnr. 20, sh. 59; **SCHACK**, Rdnr. 159 sh. 8; **Loewenheim, Bullinger**, § 2 Rdnr. 19 sh. 8; **Nordemann/Vinck/Hertin** § 2 Rdnr. 27 sh. 71; **von Büren/Marbach**, sh. 44.

²³ OLG München, GRUR Int. 1993, sh. 82 ve sh. 83; BGH, GRUR 1985, sh. 529; **Schricker/Loewenheim**

²⁴ BGHZ, 37, sh. 7.

²⁵ **Schricker/Loewenheim**, § 2 Rdnr. 20, sh. 59; **Loewenheim**, Handbuch, § 6 Rdnr. 11 sh. 50.

²⁶ **Ayiter**, N.: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1972, sh. 39 ve sh. 48; **Möhring/Nicolini/Ahlberg**, § 2 Rdnr. 57 sh. 112-113; **Schricker/Loewenheim**, § 2 Rdnr. 53, sh. 73-74;

²⁷ Bkz. **Erel**, sh. 33 vd.

anlamına gelmez... Burada yaratıcılık, var olandan başkasını meydana getirmek şeklinde anlaşılmalıdır.” FSEK anlamında korunan eser, sahibinin zihni çaba ve emeğini şart koşar. Bir başka deyişle, FSEK anlamında eser, zihni çaba ve emek ile yaratıcı sürecin ürünü olduğu takdirde korunur. İşte bu zihni çaba ve emekle yaratıcılık sürecinin tamamlanması sonucu sahibinin hususiyetlerini yansıtan az ya da çok yeni bir şey meydana getirmeli ki FSEK himayesinden yararlanan bir eserden bahsedilebilsin²⁸. Eser, sahibinin ferdi ifade gücünün ürünü olmalı; onun (sahibinin) şahsiyetinin ve ruhunun çizgilerini ihtiva etmeli ve yansıtmalıdır. Şüphesiz, korunması için sahibinin hususiyetlerini taşıması gereken eserin tamamen yeni bir şey olması zorunlu değildir²⁹.

e. Eser, Fsek’da Sayılan Eser Kategorilerden Birine Girmelidir

Telefon zil sesleri, FSEK’de belirtilen 4 eser kategorisinden “müzik eseri” grubuna dahil edilebilir. Müzik eserleri FSEK’nun 3’ncü maddesine göre, her nevi sözlü ve sözsüz eserlerdir. Bu hükümde müzik eserleri ne tanımlanmış ne de sayma yöntemiyle gösterilmiştir. Tekinalp’e göre, müzik eserleri, bir düşünceyi bir duyguyu sesle ifade eden ve duyma yoluyla algılanan eserlerdir³⁰. Ateş ise, notasız (anaton) olarak yapılan musiki formlarına uymayan, hatta rastlantısal (aletoric) olarak meydana getirilebilen ürünleri müzik eseri olarak tanımlamaktadır³¹.

Biz bu makale kapsamında müzik eserinin tanımı çabası içerisinde olamayacağız. Bunun yerine ilk önce müzik kavramı üzerinde duracağız; daha sonra da müzik eserinden ne anlaşılması gerektiği ortaya koyan ölçütlerden bahsedeceğiz.

Ses olaylarını seçmek ve düzenlemek maksadıyla hareket edildiğinde FSEK korumasından yararlanılabilecek müzik eserinden bahsedilir. Müzik her şeyden önce bir ses sanatıdır. Müziğin malzemesi sestir. Müzik sanatında kullanılan sesler, bir cismin belirli bir sürede düzenli, sabit ve periyodik olarak titreşmesi sonucunda oluşan seslerdir. “Müzikal ses” olarak nitelendirilebileceğimiz sesin bu türü karşısında düzensiz ve sayısı sabit olmayan sesleri

²⁸ Wandtke/Bullinger, § 2 Rdnr. 21 sh. 9.

²⁹ BGH, GRUR 1985, sh. 1041 ve sah. 1047; BGH, GRUR 1982, sh. 305 ve sh. 307.

³⁰ Tekinalp, Nr.43, sh. 108.

³¹ Ateş, M.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, sh. 64.

ifade eden “gürültü” yer alır³². İşte müzik sanatında kullanılan sesler düzenli titreşimlerden oluşan sesler olup belirli bir ses yüksekliğine sahiptirler³³. Müzik kavramı melodik ve ritmik seslerin düzenli olarak art arda dizilişini ifade eder³⁴. Kulağın duyabildiği titreşim olan ses uyumlu olduğu takdirde, müzik sesi olarak adlandırılır. Demek ki müzik eserlerinin yaratılmasında belirleyici olan seslerin nasıl art arda düzenleneceği ve tertip edileceğidir. Seslerden oluşan müzik malzemesi estetik yordamların yanı sıra müziğin özel ilkeleriyle düzenlenir ve biçimlendirilir. Burada ilk önce sesin yüksekliği (Tonhöhe)³⁵ dikkate alınır³⁶. Sesler birbirleriyle ilişkilendirilirse “aralık”tan (Interval) bahsedilir³⁷. İki sesin yükseklikleri arasındaki orantıya “aralık” denir. İki tür aralık vardır. Art arda tınlayan iki ses: “melodik ses”; aynı anda tınlayan iki ses: “armonik aralık” olarak adlandırılır³⁸. Aralıklar da tekrar düzenlenebilir. Bu düzenleme “ton (ses) sistemi” olarak adlandırılır. Şöyle ki, bir grup sesin, aralarında belirlenmiş oranlar dahilinde bir araya getirilmesi sonucu gruptaki seslerden bazılarının durağanlık değerlerinin de çözümsellik özelliği kazanmasıyla ortaya çıkan sisteme “mod” adı verilir. Modun durağan sesleri, majör ve minör esas üç seslisi oluşturur. Durağan seslerin majör üç seslisinin oluşturduğu moda “majör mod” (Dur); durağan seslerin minör üç

³² Hacıev, P. (Çev. Ahter Dönmez) : Temel Müzik Teorisi, İstanbul 1999, sh. 9.

³³ Say, A.: Müziğin Kitabı, sh. 11.

³⁴ Ateş, M.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, sh. 63-64.

³⁵ “Ses yüksekliği sesin incelik ve kalınlık özelliğidir. Bir sesin ince yada kalın oluşu titreşen nesnenin frekansına (1 saniyedeki titreşim sayısına) bağlıdır. Frekans arttıkça ses incelik; azaldıkça ses kalınlaşır. Frekansa müzik dilinde “perde” denir. Müzikal sesler perdesi kesinlikle belirli olan seslerdir. Bir tam perdenin dokuzda biri olan “koma”, kulağın ayırt edebileceği en küçük frekans değişikliktir. Ses yüksekliğini ayırt etmek ve onları müzik yazısında belirtmek için frekans sayısı değil nota adları kullanılır. İnsan kulağı ortalama olarak frekansı 20 ile 20.000 arasında bulunan sesleri duyabilir. Ancak müzikte kullanılan sesler bu kadar geniş alanı kapsamaz. Örneğin piyanonun en kalın sesi 27,5 en ince sesi 4186 frekanstadır. Ses müziğinde bir eser seslendirilirken seslerin gerektiği frekansta üretilmeyişi ya da bir parçanın birden fazla sayıda kişi tarafından seslendirilirken beklenen frekans buluşmaması yanlış eser sorununu doğurur. Bkz. Say, A.: Müzik Sözlüğü, Ankara 2002, sh. 477.

³⁶ Czyhowski/Loewenheim, age., § 9 Rdnr. 62, sh. 100.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hacıev, P. (Çev. Ahter Dönmez), sh. 99 vd.; Say, Müziğin Kitabı, sh. 66 vd.

³⁸ Hacıev, P. (Çev. Ahter Dönmez), sh. 99. Say, Müziğin Kitabı, sh. 66.

seslisi oluşturduğu “mod” a “minör mod” (Moll) denir³⁹. Daha açık bir deyimle, melodi yaratmak için “dizi”lerden yararlanırız. Ses dizileri melodinin kaynağıdır. Dizi sistemi olmadan notaların adının belirlenmesi mümkün değildir. Melodiyi bir sistem içinde oluşturmanın kaynağı ise “mod”lardır⁴⁰. “Dizi”, bir ses ile onun sekizlisi arasında aşağıdan yukarıya ya da yukarıdan aşağıya birbirini izleyen seslerin bütünüdür. “Mod” da dizilerin ve melodilerin sınıflandırılmasında kullanılan bir kavram olup; ilk üçlü ve ilk altılı aralığı büyük olan dizi “majör mod”; ilk üçlü ve altılı aralıkları küçük olan diziler ise “minör mod” olarak adlandırılır⁴¹. Beş sestten oluşan dizi sistemi ise “pentatonik dizi” olarak nitelenir⁴². Bir bestenin tasarımı ve oluşturulmasında sesin üç özelliğinden yararlanırız. Bunlar sesin süresi (incelik ve kalınlık), sesin şiddeti (gürlüğü, sesin gür ya da kısık oluşu) ile sesin tınısı (sesin niteliği)dir. Müziği oluşturan üç temel öğelerden biri olan “ritim”, müzikte ses değerlerinin mantıklı ve örgütlü sıralanmasıdır. Müziğin özü ritimdir. Çünkü ritim, müziğin hareketini, dolayısıyla karakterini belirler. Diğer öğe olan “melodi” ise, değişik yükseklikteki ses perdelerinin belirli bir süre içinde art arda gelerek birbirine bağlanıp anlam kazanmasıdır⁴³. İki ya da daha fazla sesin kaynaşması, uyumu ve “armoni” olarak nitelendirilir. Armoninin gerci akorlardır. Aynı anda duyulan üç ya da daha fazla sesin birleşimi “akor” olarak nitelendirilir⁴⁴. İşte bütün bunlar bir müzik eserinin sahibinin hususiyetlerini yansıtan bir eser olarak ortaya çıkmasını sağlayan varyasyonlardır.

Müzik eserlerinde yaratıcı faaliyet, melodinin oluşturulması, seslerin art arda düzenlenmesi ve tertibi ile ritimleştirme ve enstrümente etmekten (sazlamak, orkestralamak) ibarettir⁴⁵. Müzik eserinde sesin nasıl meydana getirildiği önemsizdir. Enstümental, insan sesi, elektronik araçlardan üretilen sesler ile doğadaki seslerin kullanılmasıyla müzik eseri meydana getirilebilir⁴⁶. Müzik eserinin korunabilmesi için melodi, harmoni ve ritmin belirli

³⁹ Hacıev, P. (Çev. Ahter Dönmez), sh. 122.

⁴⁰ Say, Müziğin Kitabı, sh. 79.

⁴¹ Say, Müziğin Kitabı, sh. 79.

⁴² Say, Müziğin Sözlüğü, sh. 419.

⁴³ Say, Müziğin Sözlüğü, sh. 340.

⁴⁴ Say, Müziğin Sözlüğü, sh. 18.

⁴⁵ BGH, GRUR 1991, sh. 533, sh. 535; BGH GRUR 1968, sh. 321, sh. 324; OLG München, ZUM 1992, sh. 202 sh. 203; Wandtke/Bullinger, § 2 Rdnr. 69 sh. 21.

⁴⁶ Wandtke/Bullinger, § 2 Rdnr. 67 sh. 21.; Schricker/Loewenheim, § 2 Rdnr. 118, sh. 97.

kanunlarına uyma zorunluluğu da yoktur⁴⁷. Bir başka deyişle, müzik eserinin müzik teori ve öğretilerine uygun olarak meydana getirilmesi şart değildir⁴⁸. Müzik eserinin sanatsal değeri ve anlamı da onun korunabilir olup olmadığının tespitinde ölçü değildir⁴⁹. Müzik eserlerinde tema ve bestenin yaratılmasında kıvılcım işlevi gören müzikal öge olan motif korunur⁵⁰. Buna karşılık, münferit tonlar ile akor himaye görmez⁵¹. Günümüzde “sound” olarak da adlandırılan müzikal stil de FSEK korumasından yararlanamaz⁵². Zira, bunlar bir müzik eserinin şekillendirilmesinde yararlanılan prensiplerdir. FSEK anlamında müzik eserlerinin şekillendirilmesinde yararlanılan prensipler ile metodların uygulanması suretiyle yaratılan somut eser korunur.

Müzik eserlerinde örnek olarak, opera, operet, senfoni, oda müziği, caz, pop müziği, taksim, impromptu, lied, konçerto, arya vs. verilebilir.

İşte bütün bu unsurların gerçekleşmesiyle, telefon zil sesleri eser niteliğini kazanabilir⁵³.

III. ESER SAHİBİNİN HAKLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Eser sahibinin manevi hakları FSEK mad. 14, 15, 16 ve 17’nci maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre, eseri açıklama hakkı, “umuma arz selahiyeti” başlığıyla 14ncü maddede; eser sahibi olarak kabul edilme hakkı “adın belirtilmesi selahiyeti” başlığıyla 15inci maddede; eserin bütünlüğünün korunması hakkı, “eserde değişiklik yapılmasını menetmek başlığıyla” 16’nci maddede ve esere erişim hakkı da “eser sahibinin zilyet ve malike karşı hakları” başlığı altında 17’nci maddede düzenlenmiştir. Telefon zil sesleri bakımından eserde değişiklik yapılmasını menetme hakkı özellik arzettiğinden bu konuya kısaca değinmekte yarar vardır. Muhteva ve şekil yönünden eserde yapılacak bir değişiklik eserin fikri hukuk anlamında eser olma niteliğini kaybetmesine yol açabileceği gibi; o eserin sahibine aidiyetini; yani

⁴⁷ Schricker/Loewenheim, § 2 Rdnr. 118, sh. 97.

⁴⁸ Mönring/Nicolini/Ahlberg, § 2 Rdnr. 69 sh. 21.

⁴⁹ Wandtke/Bullinger, § 2 Rdnr. 69 sh. 21.

⁵⁰ Wandtke/Bullinger, § 2 Rdnr. 70 sh. 21. Schricker/Loewenheim, § 2 Rdnr. 122, sh. 98.

⁵¹ Wandtke/Bullinger, § 2 Rdnr. 70 sh. 21. Schack, Rdnr. 189 sh. 97; Schricker/Loewenheim, § 2 Rdnr. 122, sh. 98.

⁵² Loewenheim, Handbuch, § 9 Rdnr. 168 sh. 101; Schricker/Loewenheim, § 2 Rdnr. 123, sh. 99.

⁵³ Meyer, Medialex 2003, sh. 150

o eser ile sahibi arasındaki kişisel bağı koparabilir veya bu bağa önemli ölçüde zarar verebilir. İşte bundan dolayı, kanun koyucu, eser sahibinin izni olmadıkça, eserde veyahut eser sahibinin altında kısaltmalar ekleme ve başka değiştirmeler yapılmayacağını 16'ncı madde hükme bağlamıştır⁵⁴. Yargıtay HGK bestekar Saadettin Kaynak'a ait "Çile Bülbülüm Çile" şarkısının bestelendiği tarza uygun olarak okunmaması nedeniyle açılan bir davada: "Eserin mahiyet ve hususiyetini bozucu değişimler maruz bırakılması veya eserin başka herhangi bir surette, örneğin biz müzik eserinin mahiyetine aykırı olarak, başka bir müzik aleti ile ve eserin hususiyetini bozacak tarzda icra edilmesi gibi özelliğinin haleldar edilmesi davranışının manevi tazminat talebine imkan sağlayacağı"na hükmetmiştir⁵⁵. Bu yasak eserde yapılacak hem büyük hem de küçük değişiklikleri kapsar⁵⁶. Şimdi bir telefon zil sesi olarak kullanılacak müzik eseri orijinal tonda kullanılamaz. Müzik eserinin tamamı, banal bir signal tonuna indirgenmektedir. Müzik eseri tabiri caizse kısaltılmakta ve genellikle eserin nakarat kısmıyla sınırlı biçimi kullanılmaktadır. FSEK mad. 6'ya göre, "başkasına ait bir eserin veya şehri yahut kısaltılması" işleme eser çeşidi olarak göstermiştir. Doktrinde bir müzik eserinin kısaltılmış bir şekilde çalınması işleme eser olarak kabul edilmektedir⁵⁷. Müzik eserinin bu şekilde sintisayzer (sentezleyici) ile çalınmış kaydedilen signal tonuna indirgenmesi müzik eseri üzerinde caiz olmayan bir şekilde yapılan değişiklik anlamına gelmektedir⁵⁸. Çünkü, müzik eserinin, tek bir enstrümental ile çalınan nakaratının kullanılması, asıl sahibi ile bağlantısını koparır; esasen kime ait olduğunun tespitini güçleştirir. Her halükarda bu halde kısaltma, asıl eser değildir⁵⁹. Bu sebeplerden ötürü, müzik eseri sahibinden sıra seslerin bu şekilde kısaltılarak kullanılması hususunda izin alınması zorunludur⁶⁰.

Eser sahibinin sahibine bahsettiği mali haklar ise 6 grupta toplanmıştır. Bunlar FSEK mad.21-25'de düzenlenmiş olan "eserin işlenmesi", "yayılması", "temsili edilmesi", "işaret, ses ve görüntü nakline yarayan

⁵⁴ Ateş, sh. 145-146

⁵⁵ HGK, 11.2.1983, E.1981/4-70, K.1983/123. Karar için bkz. Ateş, sh. 146 dpn.264.

⁵⁶ Barrelet D./Egloff, W.: Das neue Urheberrecht, 2.Aufl., Bern 2000, Art. 11 URG Nr.5.

⁵⁷ Rehmann, F.J./Bahr, M.: Kligelttöne für Handys - eine neue Nutzungsart? CR 2002, sh. 233; Schricker/Loewenheim, § 23 Rdnr. 8, sh. 445.

⁵⁸ Mönring/Nicolini/Spautz, § 39 Rdnr.5 sh. 429.

⁵⁹ OLG Halburg, ZUM 2001, sh. 444-445.

⁶⁰ Bkz. Meyer, Medialex 2003, sh. 150; Rehmann/Bahr, CR 2002, sh. 233.

vasıtalarla kamuya iletilmesi” hakları ile 45nci maddede hükme bağlanan “pay ve takip” hakkıdır. Bu açıdan bir müzik eserinin download yapılmak üzere herkesin yararlanmasına açık tutulması hakkı eser sahibinin olmalıdır. Ancak, Türk hukukunda, bir müzik eserinin Internet ortamında web sayfasına yerleştirilmesi, ses kayıtlarının herhangi bir formatta kayda açık tutulması, FSEK md.23’de düzenlenen yayma kavramının online ortamda sunumları içine alacak şekilde genişletilmeyeceğinden bahisle, haklı olarak FSEK anlamında yayma hakkının ihlali olarak görülmektedir⁶¹.

IV. MARKA HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

556 sayılı Markalar KHK’sinin 5’inci maddesine göre, marka, bir işletmenin mal veya hizmetlerini bir başka işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir. *Arkan*’ın haklı olarak belirttiği üzere, 556 sayılı KHK’nin hükümlerinin yorumlanmasında 89/104 sayılı Yönerge ve 40/94 sayılı Tüzük hükümlerinin ve bunlarla ilgili olarak AT Adalet Divanı’nın Roma Antlaşması’nın 177. maddesi çerçevesinde verdiği kararların gözönünde bulundurulması gerekir. Zira, 556 sayılı KHK’nin çıkarılmasına dayanak oluşturan 4113 sayılı yetki Kanunu’nun 3/a maddesinde, Bakanlar Kurulu’nun verilen yetkiyi kullanırken, Avrupa Topluluğu, Dünya Ticaret Hukuku Kuruluş Anlaşması ve Türkiye’nin taraf olduğu diğer uluslararası anlaşmaların hükümleri gözönünde bulundurulacağı belirtilmiştir. 4113 sayılı Kanun’un bu hükmünde Bakanlar Kurulu’na verilen talimatla, bir yandan AT ile Ortaklık Konseyi’nin 6.3.1995 tarih ve 1/95 sayılı Kararının 8 numaralı Ekinde yer alan taahhütlerin gerçekleştirilmesi diğer yandan onaylanmış bulunan Dünya Ticaret Örgütü Antlaşması’nın 1 C numaralı Ekinde (TRIPs) belirtilen ilkelerin iç mevzuata aktarılması sağlanması amacı güdülmüştür⁶². Bu düşünceden hareketle, 40/94 sayılı AB Tüzüğü ve 89/104 sayılı AB Direktifi ile TRIPs anlaşmasının marka olabilecek işaretlerle ilgili hükümlerine de bir gözetmek gerekir.

⁶¹ **Memiş, T.:** Fikri Hukuk Bakımından Internet Ortamında Müzik Sorunu, Ankara 2002, sh. 112.

⁶² **Arkan, S.:** Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997, sh. 22-23.

40/94 sayılı AB Tüzüğü'nün 4'üncü maddesi uyarınca, kişi adları dahil, *özellikle* sözcükler, şekiller, tasarımlar, harfler, sayılar, mal biçimleri veya ambalajı biçimleri olmak üzere, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işlemelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye elverişli iseler, çizimle ifade edilmeye elverişli her türlü işaret birlik markası olabilir. 89/104 sayılı AB Direktifi'nin 2'nci maddesine göre ise, çizimsel olarak ifade edilebilen tüm işaretler, *özellikle*, kişi adları dahil olmak üzere sözcükler, tasarımlar, harfler, sayılar, mal biçimleri ve ambalajı, bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye uygun iseler marka olabilir.

TRIPs mad. 15'e göre ise, bir işletmenin mal veya hizmetlerini öteki işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye elverişli her türlü işaret veya işaretler bileşimi marka oluşturabilir. Bu tür işaretler özellikle, kişi isimleri de olmak üzere harfler, sayılar, şekilsel unsurlar ve renk bileşikleri ile bu tür işaretlerin herhangi bileşimleri marka olarak tescile elverişli olarak nitelendirilebilir. İşaretler bağlantılı mal veya hizmetleri özgün olarak ayırt edici olmadıkları takdirde, üyeler tescil edilebilirliği kullanım yolu ayırt ediciliğe bağlı kılabilirler. Üyeler tescili işleminin bir şartı olarak işaretlerin görsel algılanabilirliğini arayabilirler.

Avrupa Adalet Divanı görsel olarak algılanamayan ses ve koku gibi işaretlerin bunların ayırt edici olması ve şekille ifade edilebilir olması koşullarını gerçekleştirme koşuluyla marka olabileceğini kabul etmiştir. Nitekim, Adalet Divanı, Sieckmann davasında, C6H5-CH=CHCOOH şeklindeki kimyasal formülün ve "*haifiçe tarçını andıran ferahlatan meyveli koku*" şeklinde anlatımı bu şartların gerçekleşmesi için yeterli görmemiştir⁶³. Adalet Divanı, bu kararında, ilk önce, Direktif'in 2'nci maddesinde sayılan marka olabilecek işaretlerin tahdidi olmadığını vurguladıktan sonra⁶⁴, söz konusu hükmün görsel olarak algılanamayan işaretlerin şekille betimlenebilir olduğu takdirde marka olabileceği şeklinde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir⁶⁵. Yüksek Mahkeme'ye göre, Direktif'in 2'nci maddesinin bu şekilde yorumlanması, markanın tescilinin işlev görebilmesinin mümkün olması açısından gereklidir⁶⁶. Markanın şekilsel olarak betimlenebilir olması koşulu, herşeyden

⁶³ Avrupa Adalet Divanı Sieckmann Kararı, 12.Aralık 2002, C. 273/00. Bu karara "www.curia.eu.int" adresinden ulaşılabilir.

⁶⁴ Sieckmann kararı, Nr. 44.

⁶⁵ Sieckmann kararı, Nr. 45.

⁶⁶ Sieckmann kararı, Nr. 47.

önce tescil edilmiş markanın sahibine sağladığı himayenin konusunun belirlenmesi amacına hizmet eder⁶⁷. Bunun yanında marka, tescil edilmek suretiyle, tescil makamları, kamu ve özellikle marka ilgililerince kolayca ulaşılabilir ve anlaşılabilir olmalıdır⁶⁸. Diğer taraftan, tescille yetkili makamlar, markayı oluşturan işaretin şeklini, ne şekilde teşkil edildiğini açık ve seçik anlayabilmeli ki, marka başvurularına ve yayınlanmasına ilişkin ön inceleme yükümlükleri ile marka sicilinin tam ve amaca hizmet eder şekilde (bozulmadan, değişmeden, silinmeden) mevcut olmaya devam etmesini sağlama yükümlülüklerini yerine getirebilsin⁶⁹. Ayrıca, üçüncü kişiler, potansiyel veya mevcut rakiplerinin hangi başvuruları yaptığını veya tescilleri yaptırdığını açık, kesin ve net bir şekilde anlamalı ve bu suretle ilgili kişinin hakları üzerinde bilgi sahibi olabilmelidir⁷⁰. Marka sicilini tetkik eden kişilerin, tescil edilen markayı oluşturan işaretin şeklini belirleyebilmeleri için, markanın sicildeki şekilsel betimlemesinin kolayca anlaşılabilir olması ve başlı başına ifade ettiği şeyi kaspayıcı nitelik arzemesi gerekir⁷¹. Ayrıca, marka tescilli olarak kalabileceği süre ve bu sürenin az ya da çok uzatılabilmesi gözönüne alındığında işaretin sicildeki görünüşünün süreklilik arzemesi gerekir⁷². Nihayet, işaretin algılanması ve tanınması subjektif unsurları içinde barındırmamalı; işaretin görünüşü objektif olmalı herkes için farklı anlama gelecek şekilde olmamalı; kısaca kişiden kişiye değişmeyecek herkesçe aynı şekilde algılanabilecek nitelikte olmalıdır⁷³. Adalet Divanı, yukarıda açıklanan hususlardan hareketle, görsel olarak algılanamayan işaretlerin, özellikle figür, çizgi ve harflerin yardımıyla şekilsel olarak betimlenebilir olması ve açık, kesin, başlı başına ifade ettiği şeyi kapsamaması, kolayca ulaşılabilir, anlaşılabilir, zamanla bozulmaz (dayanıklı) ve objektif (herkesçe aynı şekilde algılanabilir) nitelikte olması koşuluyla Direktifin 2'nci maddesi anlamında marka olabileceği sonucuna varmıştır⁷⁴.

⁶⁷ Sieckmann kararı, Nr. 48.

⁶⁸ Sieckmann kararı, Nr. 49.

⁶⁹ Sieckmann kararı, Nr. 50.

⁷⁰ Sieckmann kararı, Nr. 51.

⁷¹ Sieckmann kararı, Nr. 52.

⁷² Sieckmann kararı, Nr. 53.

⁷³ Sieckmann kararı, Nr. 54.

⁷⁴ Adalet Divanı, somut olayda, bu kıstasları tescili talep edilen koku markasına uygulayarak, kimyasal formülün bir maddenin kokusunu değil bizzat kendisine işaret ettiğinden (Sieckmann kararı, Nr. 69) ve yalnızca çok az kişinin kokuyu kimyasal

Avrupa Adalet Divanı, ses markası ile ilgili *Shield Mark* davasında⁷⁵ yukarıda zikredilen *Sieckmann* kararına atıfta bulunarak; bu kararda ortaya koyduğu kıstasları “*Für Elise'nin ilk dokuz notası*” veya “*bir horozun ötüşü*” şeklindeki tasvirlerin ses markası olup olmayacağı meselesine, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için tescil talebinde bulunanın, başvuru işaretin bir ses işareti olduğunu belirtmesi gerektiğini vurguladıktan sonra⁷⁶ şu şekilde uygulamıştır: Herşeyden önce “*Für Elise'nin ilk dokuz notası*” veya “*bir horozun ötüşü*” şeklinde şekilsel betimlemeler, açıklık ve kesinlikten yoksun olup; talep edilen himayenin kapsamının belirlenmesine imkân vermemektedir⁷⁷.

Adalet Divanı'na göre, horoz ötüşünün Hollanda dilinde “*Kukelekuuu*” şeklinde başka bir açıklama olmaksızın onomatope⁷⁸ yoluyla ifade edilmesi doğal seslerin Direktif'in 2'nci maddesi anlamında şekilsel betimlemesi olarak kabul edilemez. Zira ses markası onomatope şeklinde şekilsel olarak betimlenecek olursa, yetkili makamlar ile halk tarafından ve ilgili ticaret dalında faaliyette bulunanlarca, koruma altına alınan işaretin bizzat onomatope'nin kendisi mi yoksa doğal ses ya da seda'nın mı olduğunu tespit etmek mümkün olmaz. Ayrıca, onomatope herkesçe aynı şekilde değil; fertten ferde değişen şekilde ve de her üye ülkede farklı şekilde anlaşılması mümkündür⁷⁹.

Adalet Divanı'na göre, ek bir açıklamayı ihtiva etmeksizin seslerin ifadesi için mutaden kullanılan “*mi, re diyez, mi, re diyez, mi, si, re, do, la*”

formülden okuyabileceğinden (*Sieckmann* kararı, Nr. 69) bahisle kimyasal formülün marka olarak tescil edilemeyeceğine hükmetmiştir. Ayrıca, tescille yetkili makama verilen koku örneği zamanla uçabileceğinden veya bozulabileceğinden marka olabilecek işaretin zamanla bozulmaz (süreklilik) ve stabil olma (dayanıklılık) nitelikte olması şartı da gerçekleşmeyecektir (*Sieckmann* kararı, Nr. 71). Adalet Divanı'na göre, kokunun somut olaydaki gibi, “*haifiçe tarçını andıran ferahlatan meyveli koku*” şeklinde kelimelerle betimlenmesi de yeteri kadar açık, kesin ve objektif (herkes için aynı anlama gelmesi) nitelikte olmayacağından Direktif'in 2'nci maddesi anlamında şekilsel betimlenebilir olma şartını sağlamayacaktır (*Sieckmann* kararı, Nr. 70).

⁷⁵ Avrupa Adalet Divanı *Shield Mark* Kararı, 27 Kasım 2003, C. 283/01. Bu karara “www.curia.eu.int” adresinden ulaşılabilir.

⁷⁶ *Shield Mark* Kararı, Nr. 58.

⁷⁷ *Shield Mark* Kararı, Nr. 59.

⁷⁸ Onomatope: Doğadaki ses ve tınıyı sözcükle taklit etmektir (Bkz. **Aktüze**, İ.: Müziği Anlamak, Ansiklopedik Müzik Sözlüğü, İstanbul 2003, sh. 398).

⁷⁹ *Shield Mark* Kararı, Nr. 60.

şeklinde notalama da Direktif'in 2'nci maddesi anlamında şekilsel betimleme teşkil etmez. Zira, bu tür bir tasvir, ne açık ne de kesindir; ayrıca ifade emeye çalıştığı şeyi de başlı başına kapsamaz. Seslerin bu şekilde harflerle yazıya dökülmesi halinde, tescil başvurusu yapılan melodiyi meydana getiren tonların süresi ve yüksekliğinin belirlenmesi mümkün olmayacağı gibi; melodinin ve dolayısıyla markanın tanınmasını sağlayan esaslı parametreleri⁸⁰ de ortaya konmuş bulunmayacaktır⁸¹.

Buna karşılık, Adalet Divanı, do, sol, fa gibi nota adlarının ve yüksekliklerinin tanınmasını sağlayan sol veya fa ya da do anahtarını⁸² içeren ve birlik, ikilik, dörtlük, sekizlik, onaltılık, otuzikilik ve altmışdörtlük değerleriyle verilen nota⁸³ ve esleri⁸⁴ gösteren; ayrıca ses yüksekliğinin ve süresinin

⁸⁰ Parametre: Müzikte temel unsurlar olan sesin yüksekliği, süresi, tını, rengi, gürlüğü, açık anlatımı (artikülasyon) gibi ses nitelikleri (Bkz. **Aktüze**, I.: age., sh. 412).

⁸¹ Shiled Mark Kararı, Nr. 61.

⁸² Portenin sol baş tarafına konulan ve konulduğu çizgiye kendi adını veren sol, fa ve do anahtarları şu şekilde gösterilir:

Sol anahtarı:



Fa anahtarı:



Do Anahtarı:



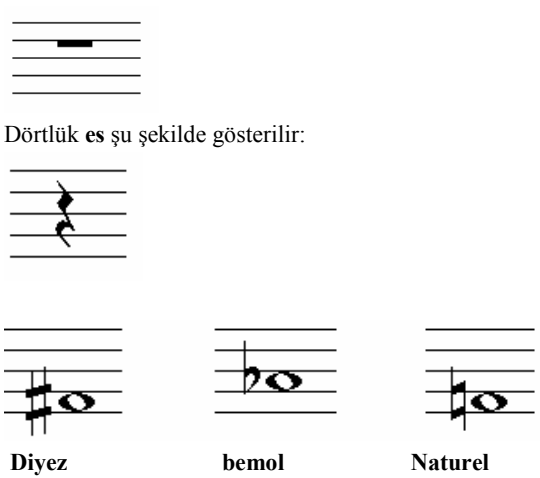
⁸³ Örneğin, **birlik** ve **ikilik nota** şu şekilde gösterilir:



⁸⁴ Örneğin, birlik es şu şekilde gösterilir:

belirlenmesini sağlayan, önüne geldiği notayı yarım ses kalınlaştıran *bemol*, yarım ses incelten *diyaz* ve değişime uğramış notayı normal hale getiren *naturel* gibi değiştirme işaretlerini ihtiva eden⁸⁵ beşli çizgili sistem (porte, dizek)⁸⁶ tescilli talep edilen melodiyi oluşturan ses sekanslarının aslına uygun bir şekilde ifadesini mümkün kılabilir. Seslerin bu şekilde şekilsel betimlemesi ile, Adalet Divanı'nın içtihadıyla ortaya koyduğu açıklık, kesinlik, başlı başına ifade ettiği şeyi kapsamı, kolayca ulaşılabilir, anlaşılabilir, zamanla bozulmaz (dayanıklı) ve objektif (herkesçe aynı şekilde algılanabilir) nitelikte olma şartları sağlanmış olmaktadır⁸⁷.

556 sayılı Markalar KHK'sinin 5'inci maddesinde yer alan tanıma göre marka olabilecek işaretin haiz olması gerektiği şartlar açısından bir değerlendirme yapılacak olursa, her şeyden önce, *akustik işaretin bir işletmenin mal veya hizmetlerini bir başka işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması gerekir*. Başlangıçta ayırt edici niteliği bulunmayan işaretler, ancak kullanım suretiyle ayırt edici nitelik kazanmışsa marka olarak tescil edilebilir (mad. 7/II). Markayı oluşturan münferit unsurlardan biri müstakil olarak ayırt etme gücünü haiz olmasa bile marka bir bütün olarak ayırt etme gücüne sahip



Dörtlük es şu şekilde gösterilir:

85

85

Diyez **bemol** **Naturel**

Porte: Notaları göstermeye yarayan. Beş çizgi ve dört aralıktan oluşan şekil.

1. Ölçü 2. Ölçü

⁸⁷ Shiled Mark Kararı, Nr. 62.

olabilir⁸⁸. İşaretin ayırt edicilik gücünü haiz olup olmadığının değerlendirilmesinde markayla ilgili çevrelerin görüşü esas alınır. Akustik işaretlerin de ayırt etme gücünü haiz olması da kural olarak şüpheden âridir⁸⁹. Özellikle, radyo, televizyon yayınları ile reklam spotlarının ve sinema filimleri birbirlerinden ayırt edilmesini sağlamada sıkça kullanılan bir işaret çeşididir. Doğal ve yapay seslerin sayısız kombinasyonu ile ayırt etme gücünü haiz orjinal, akılda kalır ve hatırlanabilir melodilerin oluşturulması mümkündür⁹⁰. “Microsoft-sound” gibi münhasıran bir ses tınısından (ses renginden) meydana gelen akustik işaretler de ayırt edicilik gücünü haiz olabilir⁹¹. Bununla birlikte, minör veya majör üçlü akor veya sadece tek bir sestem oluşan bir ses işaretinin ayırt edicilik niteliği reddedilmelidir⁹². Uzun bir müzik parçasından oluşan ses işaretini, marka ilgililerinin belirli bir mal ya da hizmet ürününe işaret olarak algılayıp algılamayacakları da şüphelidir⁹³. Şu noktayı vurgulamak gerekirse, ses markasının ayırt etme gücünün değerlendirilmesinde, somut ürünle bağlantılı olarak orjinal ve akılda kalıcı olup olmadığının üzerinde durulması gerekir⁹⁴. Ses markalarının tüketiciler nezdinde bıraktığı akustik etki özelliği onun akılda kalıcı olup olmadığının tespitinde belirleyicidir. Diğer markalarda kamunun serbest kullanımına açık kavramlarda olduğu gibi, bir şelale uğultusu, keskin bir ayırt edicilik özelliğine sahip değildir⁹⁵.

556 sayılı KHK'nin 5'inci maddesine göre, marka olarak tescil edilecek işaretin, çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme ve çoğaltılabilmesi gerekir. *Arkan* bu koşulun esas itibarıyla sicil hukukuyla ilgili olduğunu ve marka örneklerinin sicil dairesine verilmesini sağlamaya yönelik bulunduğunu belirtmiştir⁹⁶. 556 sayılı KHK'de işaretin doğrudan doğruya

⁸⁸ Karahan, S.: Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya, sh. 16.

⁸⁹ Ströbele, P./Hacker, F.: Markengesetz, Kommentar, Köln-Berlin-Bonn-München 2003, § 3 Nr.6, sh. 41; Becker, R. A.: Kennzeichenschutz der Hörmarke, WRP 2000, sh. 62.

⁹⁰ Fritz, C.-P.: Gegenwart und Zukunft von Markformen unter besonderer Berücksichtigung akustischer Zeichen, Diss. Tübingen, sh. 277.

⁹¹ Becker, WRP 2000, sh. 62.

⁹² Becker, WRP 2000, sh. 62.

⁹³ Ingerl, R./Rohnke, C.: Markengesetz, München 2003, § 8 Rdn. 201, sh. 254-255.

⁹⁴ Becker, WRP 2000, sh. 66.

⁹⁵ Becker, WRP 2000, sh. 66.

⁹⁶ Arkan, age., C.I, sh. 37; buna karşılık, marka hukukuna ilişkin Direktif, şekilsel betimlemeyi bir işaretin marka olabilmesinin şartı olarak nitelendirmektedir. (Fezer, K. H.: Markenrecht, 3. Aufl., München 2001, § 3 Rdnr. 217, sh. 212.

çizimsel ifade edilebilir olması şartından bahsedilmemektedir. Aksine, çizimle görüntülenebilme veya “benzer biçimde ifade edilebilme” den söz edilerek işaretin dolaylı olarak çizimle görüntülenebilir olması yeterli addedilmiştir. Bu manada, sicil kanun koyucunun markanın himaye kapsamının belirliliği ilkesinden değil belirlenebilirlik ilkesinden hareket ettiği söylenebilir. Buna göre, bir melodinin notaya dökülmüş şekli⁹⁷; sesin notayla ifadesi mümkün değilse sonogramla ifadesi 556 sayılı KHK’nin 5’inci maddesi anlamında çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme ve çoğaltılabilme kapsamında değerlendirilmesi⁹⁸ gerekir⁹⁹. Ses işaretinin notaya dökülmesi, işaretin, kapı gıcırdaması, gök gürlemesi, şelalenin çağlaması, hayvan bağırması, motor sesi gibi sırf sestten ibaret olması halinde mümkün değildir¹⁰⁰. Melodi, notaya dökülmek suretiyle üçüncü kişiler açısından yeteri kadar açıklıkla sunulabiliyorsa, 5’inci madde anlamında ses işaretinin çizimle görüntülenmiş veya benzer şekilde ifade edilmiş sayılabilmesi için, notaların sırasının porte üzerinde şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesi yeterli görülmelidir¹⁰¹. Buna karşılık, notasyon sayısız varyasyonda ses uygulamalarına imkan sağlıyorsa, tempo, artikülasyon, çalgılama (enstrümantasyon), müzikal seslerin yoğunluk derecelerini ve ses gürlüğüünün nüanslarını gösteren güçlü forte (f) ve hafif-pianodan kaynaklanan işaretler (örneğin, fff=fortefortissimo; ff=fortissimo; mf=mezzoforte; mz=mezzopiano; pp=pianissimo) vs. ile ilgili ilave bilgilere de ihtiyaç vardır. Bu ilave bilgilerle, nota halinde gösterilen markanın himaye kapsamı da yeteri kadar güvenli olarak anlaşılabilir hâle gelmektedir¹⁰². Alman hukukunda ileri

⁹⁷ İsviçre Fikri Mülkiyet Enstitüsü’nün Markaların Tetkikine İlişkin Direktiflerine göre, akustik markaların, nota ile şekilsel betimlemenin mümkün olması halinde tescil edilebilmesi mümkündür. Bkz. Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum Richtlinien für die Markenprüfung, Bern 2001, sh. 37. Ayrıca bkz. **Arkan**, C.I, sh. 37; **Yasaman**, H.: Marka Hukuku, C.I, İstanbul 2004, sh. 61-62.

⁹⁸ Alman Marka Tüzüğü’nün 11’nci paragrafının 2’nci fıkrası hükmüne göre, ses markalarının şekilsel betimlemesi kural olarak notaya dökülerek; bu mümkün değilse sonogramla yapılmalıdır.

⁹⁹ **Poroy/Yasaman**’a göre, seslerin ve melodilerin marka olarak tescil edilmesi için notoya veya sesin anlaşılması ve tekrarı için kaydının yapılması gerekir. **Poroy**, R./**Yasaman**, H.: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004, sh. 373.

¹⁰⁰ **Becker**, WRP 2000, sh. 58.

¹⁰¹ **Ströbele**, P./**Hacker**, F.: Markengesetz, 7. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 2003, § 3 Rdnr. 69, sh. 42.

¹⁰² **Ströbele/Hacker**, § 3 Rdnr.70, sh. 43.

sürülen bir görüşe göre, sesin sonogramla ifadesi halinde, ses ancak özel bir teknik araç yardımıyla belirlenebilir olduğundan sicilin bildirim amacına uygun hareket edilmiş olunmaz¹⁰³. Ancak bu görüş, sicilin bildirim amacı ve etkisi açısından aynı sakıncanın melodinin notaya dökülmüş olarak betimlemesinde de olabileceğini gözardı etmektedir. Şöyle ki, çok az kişi notayı okuyabilir; dolayısıyla bu kişiler, sicili incelemek durumunda olanlar notanın okunmasında uzman bir kişinin yardımına ihtiyaç duyarlar. Bu noktada notanın okunmasında uzman bir kişinin yardımına ihtiyaç duymakla sesin sonogramla ifadesi halinde sesin belirlenmesi için özel bir teknik araca ihtiyaç duyulması arasında herhangi bir fark yoktur. Burada tekrar hatırlatmak gerekirse, marka olabilecek işaretin muhtevasının doğrudan doğruya belirli olması değil; belirlenebilir olması yeterli addedilmelidir. Dolayısıyla, 556 sayılı KHK'nin 5'inci maddesi kapsamında çizimsel görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilmeden bahsedilebilmesi için işaretin teknik bir yardımcı araç olmaksızın doğrudan doğruya algılanabilir olması gerekmez¹⁰⁴. Bu mesele, ısdar edilen hukuk normlarının hukuk devleti ilkesi gereğince, halk için ne dereceye kadar anlaşılabilir olması gerektiği meselesiyle de paralellik arz etmektedir. Nasıl ki resmi gazeteyi eline alan bir vatandaşın bir hukuk normunun muhtevasını mesleki (hukuk) bilgisi olan kişi yardımıyla anlayabilir olması hukuk devleti ilkesine uygunluk bakımından yeterli görülmeğe, bir sicili inceleyen şahsın tescil edilen işaretin kapsamını uzman bir kişi yardımıyla kavrayabilir olması da aynı şekilde yeterli görülmelidir¹⁰⁵. Bununla birlikte, söz konusu görüş ayrılıklarını ortadan kaldırmak amacıyla sicile yapılacak başvuruda ses ya da melodinin kaydedildiği CD ya da bir kasetin başvuruya eklenmesi, hukuki bir zorunluluk olmasa bile en azından anlamlı olacaktır¹⁰⁶.

KHK'nin 23'üncü maddesinin (b) bendine göre, bir markanın tescil edilebilmesi için markanın yayına ve çoğaltmaya elverişli bir örneğinin başvuru dilekçesine eklenmesi gerekir. 556 sayılı KHK'nin uygulama şeklini gösterir Yönetmeliğin 12'nci maddesine göre ise, başvuru dilekçesine, tescili istenilen markanın yayına ve baskı yoluyla çoğaltmaya elverişli en az 5 x 5 cm. en fazla 7 x 7 cm. ebatında 20 adet marka örneğinin eklenmesi gerek-

¹⁰³ Ströbele/Hacker, § 3 Rdnr. 50, sh. 39; Ströbele, P.: Die Eintragungsfähigkeit neuer Markenformen, GURUR 1999, sh. 1044.

¹⁰⁴ Ingerl/Rohnke, § 3 Rdn. 7, sh. 55.

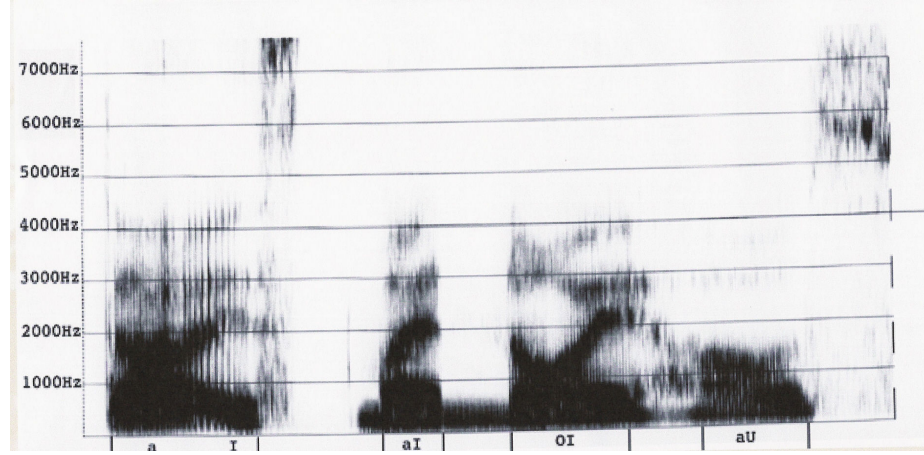
¹⁰⁵ Bkz. Grabrucker, M.: Neue Marken, MarkenR 2001, sh. 97.

¹⁰⁶ Bkz. Kur, A.: Was macht ein Zeichen zur Marke, MarkenR 2000, sh. 3 dpn. 24.

tedir. Nasıl ki, 556 sayılı KHK'nin 5'inci maddesine göre, marka olarak tescil edilebilecek işaretler numerus clausus tespit edilmemişse, aynı şekilde bunların çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme şartı da numerus clausus olarak öngörülmemiştir. Bu sebeple, bir melodinin marka olarak tescil edilebilmesi için Yönetmelikte bir açıklık bulunmamasından bahisle tescil talebi reddedilemez. Ancak, marka tescil prosedürü ile ilgili olarak şu noktayı vurgulamak gerekirse, başvuru sahibi, başvurusunda, ses markasının tescil edilmek istediğini açıkça belirtmelidir; zira böyle açıkça bir bildirim olmaması halinde, başvuru dilekçesine eklenen markanın şekilsel betimlemesinin "resim markası" olarak anlaşılabilmesi mümkündür¹⁰⁷.

Aşağıda, uygulamada, marka olarak tescil edilmiş ses markalarına örnekler verilmiştir:

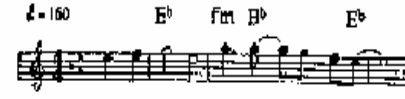
Ses markasının sonogramla gösterimi şu şekilde olmaktadır:



İsviçre'de nota ile ifade edilmiş olup da tescil edilmiş ses markalarına örnek vermek gerekirse:



CH 418 632
Int. Kl. 29, 35, 39



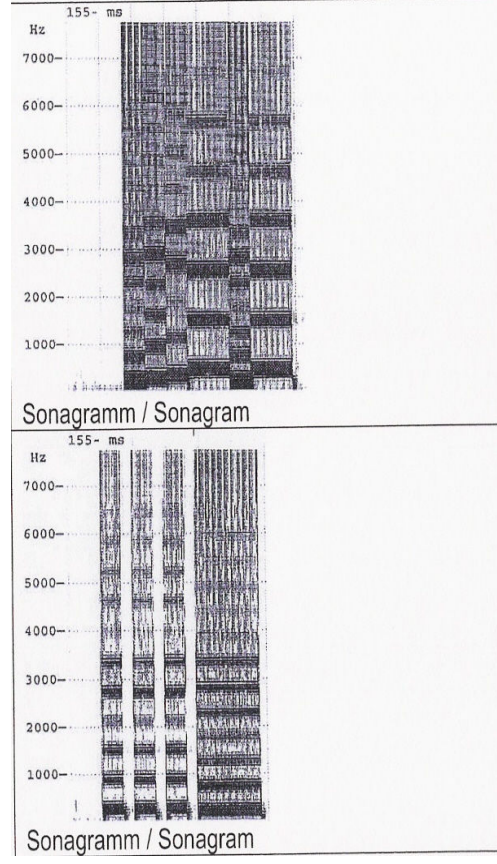
CH 455 543
Int. Kl. 9, 16, 35, 36, 37, 38, 41, 42

¹⁰⁷ Ströbele/Hacker, § 3 Rdnr. 72, sh. 43.

İsviçre’de 455 543 Nr ile kayıtlı Swisscom markası ise şu şekildedir:



Almanya’da 1997 yılında 9 ve 28’inci sınıflar için tescil edilmiş NSG AG şirketine ait ses markası sonogram olarak şu şekildedir:



Nr: 39527543

Nr: 39527545

SONUÇ

Cep telefonları teknolojik gelişme ve artan rekabetle birlikte aranmayı haber vermek, bir mesajın geldiğini bildirmek için orjinal müzik tonları kullanmaya başlamışlardır. Cep telefonlarında kullanılan melodiler, *sahibinin hususiyetleini taşıması, sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olması* "fikri çabanın ürünü olması" ve "FSEK ile öngörülen eser türlerinden birin içine girmesi" ve "fikri muhtevaya sahip olması" halinde FSEK anlamında eser sayılır ve korunur. Mevcut bir eserin telefon zil sesi olarak kullanılması halinde bir işleme eserden bahsedilebileceği göz ardı edilememelidir.

Cep telefonları zil sesleri, ayırt etme gücünü haiz olduğu takdirde marka olarak da tescil edilebilirler. Banal bir sesle alarm zili, tenefüs zili gibi üç sesli akaortlar marka himayesinden yararlanamaz. Uzun melodiler de ayırt etme gücünü haiz değildir. Kamunun serbest kullanımına açık akustik işaretler (örneğin, polis, cankurtaran, itfaiye siren sesi) de marka olarak tescil edilemez.

