

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir :

"İtiraza konu Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68/1 maddesinin 'izinsiz kullanım halinde eser sahibi belirlenen rayiç bedelin üç kat fazlasını tazminat olarak isteyebilir' şeklindeki metninde yer alan 'üç kat fazlasını isteyebilir' cümlesinin Anayasanın 'Herkesin dil, ırk, cins ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa ayrıcalıktanınmayacağına' ilişkin 10. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına göre eşitlik: eşit durumlara eşit biçimde, eşit olmayan durumlara ise farklı muamele edilmesidir. Bunun ihlali ise ayrımcılık olarak kabul edilmektedir. Ancak zayıf durumda olan bazı insan grup ve kategorilerinin ve bazı fiili eşitsizliklerin söz konusu olduğu durumlarda eşitliği sağlamak için bazı avantaj sağlayıcı tedbirlerin alınması kabul edilmektedir. Dolayısıyla da her farklı muamele değil makul ve objektif haklılık taşımayan farklı muamele ayrımcılık sayılır. Farklı muamele ile meşru bir amaç hedefleniyorsa ve amaç ile kullanılan vasıta arasında makul bir orantılılık -ölçü- ilişkisi varsa ayrımcılık yoktur. O halde bu tür düzenlemelerin makul ve objektif bir haklılığa cevap verme gibi bir zorunluluğu vardır.

Anayasanın öngördüğü bu kriterler bağlamında bir kesime 'ayrıcalık' tanıyan itiraza konu yasanın makul ve objektif haklılığı bulunmamaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki gerek Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun (FSEK) 80. maddesinin sondan 3. fıkrası ve gerekse Yargıtay'ın çok yerleşmiş içtihatlarına göre itiraza konu 68. maddenin 1. fıkrası yalnızca Yasanın 2., 3., 4., 5. maddelerinde sayılan eser sahiplerine değil eser sahibinde hakları devir alan tüm mali hak sahiplerine ve komşu hak sahiplerine de uygulanmaktadır. Yine Yargıtay'ın söz konusu Yasaya yorum getiren içtihatlarına göre: hakim davacının artış talebiyle bağlı olup istenilen tutarın makul olup olmadığını kontrol edemez (Ek Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Esas 2008/8996. Karar 2010/757 sayılı kararı ekli) Bu nedenle de uygulamada hemen tüm davalarda üst sınır olan üç kat artış talep edilmekte ve üç kat aynen hüküm altına alınmaktadır.

İşte hakime takdir yetkisi tanımayan bu mutlak uygulanırlık nedeniyle gerek bu haktan yararlanan herkesin eşit durumda olmaması ve gerekse çok büyük bölümü için bu tür pozitif ayrımcılığı haklı gösteren anayasal koşulların söz konusu olmaması ve gerekse de ayırım gözetilmeksizin her türlü ihlale aynı yaptırımın ön görülmesi nedeniyle yasa ile getirilen ayrıcalık (pozitif ayrımcılık) Anayasanın eşitlik ilkesine aykırıdır.

Herşeyden önce bu yasadan yararlanan değişik kesim ve kategoriler birbirlerine eşit durumda değildir. AB sürecine kadar telif hakları denince sadece bilimsel veya edebi eserler, güzel sanatlar gibi sınırlı bir kategori söz konusu iken AB uyum süreciyle birlikte kapsam hızla genişledi. Özellikle 1980'ler de başlayan yeni bilgi teknolojileri ile gelişen ve en çok katma değer yarattığı için günümüz dünya ekonomisinin motorunu oluşturan başta bilgisayar programları olmak üzere veri tabanları, numerik kreasyonlar, web tasarımları, video oyunları, multimedya eserler, moda endüstrisi, müzik endüstrisi, sinema endüstrisi, sanayinin her kolundaki Ar-Ge çalışmaları sonucu oluşturulan teknolojik tasarımlar gibi çağımız teknolojik

inovasyonları bu yasa kapsamında korunduğundan iptali istenilen yasadan tüm bu aktörler yararlandığı gibi bu endüstrilerin büyük bölümü de dünya inovasyon ağına sahip çok uluslu şirketlerce gerçekleştirilmektedir. Bazılarının bir devlet bütçesinden daha büyük bütçeleri söz konusudur. Dolayısıyla da bu tür fikri mülkiyet ağırlıklı olarak kültürel değil ekonomik boyutludur. Nitekim Türkiye'nin AB adaylığında fikri haklar için fasıl açılması da bu hakların ilişkin olduğu küresel ekonomik boyutu nedeniyle. İşte İtiraz konusu yasa hem eşit durumda olmayan farklı kategorilerdeki hak sahiplerinin tümü için aynı pozitif ayrımcılığı getirdiği için hem de bu ayrımcılığa büyük bölümünün gereksinimi olmadığı için Anayasanın öngördüğü anlamda 'objektif ve makul' değildir.

Örneğin bilgisayar programları konusunda dünya lideri olan çok uluslu bir şirket ile mütevazi bir yazarın ne ekonomik ne sosyal ne de başka yönlerden eşit olmadığı tartışma götürmediği gibi korsanı meslek edinen bir davalının durumu ile alıntıda ölçüyü kaçıran bir başka davalının durumları da asla aynı veya benzer değildir. Bu örneklerin de gösterdiği üzere eşit durumda olmak bir yana Mars, Venüs kadar birbirine uzak farklı kesimlere yasal genelleme ile eşdeğer bir pozitif ayrımcılık sağlanırken aynı şekilde ihlal eylemleri benzer olmayan tüm davalılar da bunun negatif etkisine eşit şekilde maruz tutulmaktadır. İki yönlü eşitsizlik getiren bu ağır sonuçlar salt caydırıcılık kaygısıyla açıklanamaz. Zira sorumluluk hukukunda aslolan herkesin neden olduğu miktar kadar zararı tazminle sorumlu olmasıdır. Tazminatın miktarı ise fiilin işleniş şekli, ağırlığı, kusurun derecesi, tarafların ekonomik ve sosyal durumu, karşı tarafın ödeme gücü, iyi niyet, hâkimin vicdani kanaati gibi unsurlar dikkate alınarak her somut durumun özelliklerine göre objektif olarak belirlenir. İtiraza konu yasada bu prensipler göz ardı edilerek her davalı peşinen üç kat tazminat ödemeye zorlandığından 'yasa önünde eşitlik' hakkı davacı lehine keyfi olarak ihlal edilmiştir.

Telif hakları da sonuçta menkul ve gayrimenkul veya marka, patent gibi diğer fikri mülkiyet gibi bir mülkiyettir. Bu haklara adeta kutsiyet atfeden keyfi ayrıcalık tanınması taraf ülkelerin çıkarlarını dengelemeye çalışan fikri mülkiyetin uluslararası korumasını sağlayan küresel antlaşmalara da aykırıdır. Nitekim TRIPS'in hak ihlallerinde tazminatı düzenleyen ilgili 45. maddesi: 'fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesi nedeniyle hak sahibinin uğradığı zararın telafi edilmesine yetecek tazminatın ihlal eden kişi tarafından hak sahibine ödenmesi' şeklindedir. Bu madde ile tazminatın miktarı uğranılan zararla sınırlı tutulmuştur. Bizzat uluslararası bu düzenleme 'uğranılan zararın üç katı tazminat ödemesi'ni öngören itiraz konusu 68. maddenin meşru ve makul bir dayanağının bulunmadığının açık kanıtıdır.

Aynı şekilde Türkiye'nin taraf olduğu icracı sanatçılar fonogram yapımcıları ve yayın kuruluşlarının korunmasına dair Roma Anlaşmasının 12. maddesine göre 'ticari amaçla yayınlanmış fonogramlar, radyo ve televizyon yayınlarında veya umuma arz için kullanılmışsa kullanan tarafından icracı sanatçılara veya fonogram yapımcılarına yahut da her ikisine bir defaya mahsus olmak üzere makul bir ücret ödenir.

Sözleşmenin Fransızca orijinal metninde 'une remuneration equitable et unique' İngilizce orijinal metninde ise 'a single equitable remuneration' ibareleri kullanılmış olup her iki dildeki bu kullanımların Türkçe karşılığı 'hakkaniyete uygun, makul ücret' ifadesidir. Bu sözleşme ile bu fonogramların televizyonlarda veya umuma arz için kullanımları izne tabi olmaksızın kullanan tarafın karşı tarafa bir defaya mahsus olmak üzere hakkaniyete uygun makul bir ücret ödemesi öngörülmüştür. Buna yasal lisans denmektedir. Anlaşmanın gerekçesinde bu hak sahiplerinin asıl gelirlerini fonogramların satışı yoluyla zaten sağladıkları ve televizyondaki bu kullanımın ikincil kullanım olduğu için hem hak sahiplerinin hem de

yayıncıların menfaatlerini dengelemek amacıyla makul ücrete dayalı bir çözüm bulunmuştur (traite de la propriete litteraire et artistique, Andre Lucas, Henri- jacques Lucas. P.843, 844)

Bu sistem 19 Kasım 1992 tarihli, 92/100 nolu AB konsey direktifinin 8.2 maddesinde aynı içerikte düzenlenmiştir 'DIRECTIVE 92/100/CEE DU CONSEIL du 19 november 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriete intellectuelle. ArticleS/ 2. Les Etats membres prvoicnt un droit pour assurer qu'une remuneration eguitable et unique est verse'e par l'utilisateur lorsqu'un phonogramme publie à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, est utilise pour une radiodiffusion par le moyen des ondes radioelectriques ou pour une communication quelconque au public,)

Fransız Fikri Mülkiyet Kanunun 214-1,4. bendinde de aynı şekilde düzenlenmiştir. SACEM meslek birliği hak sahipleri adına hakkaniyetli ve tek bir ücret üzerinde yayıncı kuruluşlarla sözleşmeler yapmaktadır.

Ayrıca Avrupa birliğinde direktiflere uyum zorunluluğu nedeniyle aynı hüküm tüm birlik ülkelerinde benzerdir. Roma anlaşması ise uluslararası bir anlaşma olduğu için bu anlaşmaya taraf tüm ülkelerde de durum aynıdır.

Bütün bu uluslararası mevzuat ile AB mevzuat ve uygulamasında televizyonda fonogramların yayınlanmasında hakkaniyetli ücret ve yine TRIPS anlaşmasıyla da diğer ihlallerde sadece uğranılan gerçek zararın hüküm altına alınmasıyla yetinilmesi hiç bir argümana gerek olmaksızın bu hükmün hem gereksiz hem de Anayasanın ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu kabule yeterlidir.

Zira Türkiye TRIPS ve ROMA anlaşmalarına taraf olup Anayasanın 90. maddesi gereğince bu anlaşmaların yasalara önceliği bulunmaktadır.

Kaldı ki fikri mülkiyet konusu tekel hakların zaten rekabet ve ticaret serbestisini bozan pazar paylaşımına yol açıcı üstün gücü vardır. Buna ilave imtiyazlar eklenmesine ihtiyacı yoktur. Yasanın 67, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 80, 81, 82. maddeleri TRIPS'in fikri mülkiyetin etkin koruma koşullarını düzenleyen 41 ve devamındaki hükümlerinden çok çok daha ağırdır. Türkiye teknoloji transferi alan, yani fikri mülkiyet konusu objeleri üreten değil satın alan, kiralayan ülke konumundadır. Dolayısıyla da bu alandaki konumu zayıftır. Bu teknolojileri üretilip transfer eden ABD de, Avrupa birliğine üye ülkelerde ve TRIPS sözleşmesine taraf diğer ülkelerde bu düzenlemenin söz konusu olmaması bile tek başına bu ayrıcalığa gerek olmadığını en güçlü kanıtıdır. İnovasyon ülkesi Almanya, Fransa, İngiltere'nin telif yasalarında buna benzer ağırlaştırıcı düzenleme yoktur. Burada oldukça garip bir çelişki söz konusudur. Bu durum TRIPS anlaşması ile fikri mülkiyet ile rekabet ve ticaret serbestisi arasında kurulmak istenilen dengenin Türkiye'de doğru anlaşılmıyor olmasından kaynaklanmaktadır. 1883 tarihli endüstriyel mülkiyetin uluslararası korunmasına ilişkin PARİS sözleşmesi ile fikir ve sanat eserlerinin uluslararası korunmasına ilişkin BERN konvansiyonuna taraf ülkelerin fikri mülkiyet korumasındaki menfaatleri eşdeğer olmadığı için nerdeyse son 40 yıldan beri revize edilemediğinden bloke olmuş ve fikri mülkiyeti ticaret ve rekabet serbestisi ile bir denge içinde tutma ihtiyacı ile modern 'Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması' TRIPS kabul edilmiştir. TRIPS'in gerekçesinde bu denge 'uluslararası ticaretteki engelleri ve bozuklukları azaltmak isteğiyle fikri mülkiyet haklarının korunmasında yeterliliği ve etkinliği artırma ihtiyacını göz önüne alarak fikri mülkiyet haklarının uygulanmasına ilişkin usul ve önlemlerin bizzat yasal ticaret için bir engel

oluşturmamasını sağlamak amacıyla' ifadeleriyle açıklanmıştır. Sözleşmenin 7, 8, 40, 65, 68 v.s maddeleri ile fikri mülkiyet ile ticaret ve rekabet serbestisi arasında denge sağlayıcı hükümler getirilmiştir. Aynı şekilde Avrupa Birliği kurucu Roma anlaşmasının ticaret ve rekabet serbestisini, serbest dolaşım, ayrımcılık olmamasına ilişkin eski 81, 82 yeni 85, 86, 30-34, 7 ve 36. maddeleri ile, AB nin 'teknoloji transferine ilişkin direktifi' ve fikri mülkiyete ilişkin onlarca farklı AB direktiflerinin tümünde fikri mülkiyetin ticaret ve rekabet serbestisine zarar vermesini ve hakim durumun kötüye kullanımını önleyici emredici hükümler öngörülmüştür.

Türk Rekabet Kanunun pazar paylaşımını ve hakim durumun kötüye kullanımını yasaklayan 4 ve 6. maddeleri de belirtilen uluslararası düzenleme dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bu hükümler telif haklarını da kapsamaktadır.

Özetle bu yasa ile getirilen 'pozitif ayrımcılıktan' yararlanan hak sahiplerinin çok büyük bölümü bu ayrımcılığı hak edecek bir ekonomik veya sosyal zayıflık içinde olma bir yana dünya pazarlarını domine etme gücüne sahip küresel şirketlerdir. Öyle ki bu gün eksen kayması olarak açıklanan üretimin batıdan doğuya kayması, fikri mülkiyet konusu inovasyonların sınır ötesi akışkanlığı nedeniyle mümkün olabilmektedir (Ek 08/02/2011 tarihli Radikal Gazetesinde 'Fikri Mülkiyetin Küresel Ekonomik dönüşüme Etkisi başlıklı makale). Fikri hak sahipleri arasında Anayasanın kastettiği pozitif ayrımcılığı hak edenlerin sayısı oldukça küçük bir oran oluşturmaktadır. Dolayısıyla da zaten inovasyon ve tekel haklar nedeniyle güç konsantrasyona sahipken dünyadaki başka hiçbir telif yasasında yer almayan ve ortak uluslararası korumayı aşırı ölçüde aşan bu yasa güç konsantrasyonuna daha da destek olmanın yanında ihlali bizzat özendirici kılmaktadır.

Yine bu ağır hükümleri 'caydırıcılıkla' açıklamak da mümkün değildi. Anlatılmaya çalışıldığı üzere telif hakları ekonomik boyutu baskın olan ve diğer mülkiyetlere göre ayrıcalıklı korumayı gerektiren bir niteliğe sahip değildir. Örneğin patent konusu herhangi bir ilacın veya çağ atlatan bir buluşun asli işlevi rant sağlamaktan ibaret bir müzik klibinden daha az korumayı hak ettiği düşünülemez. En hayati ilaçları konu alan fikri mülkiyet konusu patentler için dahi böyle özel bir artırım düşünülmemesi bile bu ayrıcalığın hukuki ve sosyal temelden yoksunluğunu gösterir.

B- Yasa ile Anayasanın 13. maddesinin emrettiği 'ölçülülük' prensibi ihlal edilmiştir.

İtiraz konusu 68. madde ile Anayasanın 'temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanacağı ve bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı_olamayacağına ilişkin 13. maddesinin emredici' 'ölçülülük' prensibi de ihlal edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, insan hakları uluslararası komisyonu ile Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre ölçülülük testi uygulanırken kısıtlamanın orantılı olup olmadığı yani müdahalenin pozitif ve negatif yönleri arasında bir denge bulunup bulunmadığı müdahalede kullanılan vasıta yerine, meşru amaca ulaşmaya imkan veren ama aynı zamanda hakkı daha az kısıtlayan bir ikame vasıta bulunup bulunmadığı ile belirlenir . Meşru amaç ile kullanılan vasıta arasında makul bir orantılılık varsa müdahale haklı kabul edilebilir.

İtiraza konu yasanın eşitliği bozan meşru amacı 'fikri hakların ihlalinde caydırıcılığı' sağlamaktır. Mevcut yasa bu caydırıcılığı rayiç zararın üç katı tazminatla sağlamaya çalışmaktadır. Üç kat tazminatın uluslararası anlaşma ile öngörülen tazminata göre çok

abartılı ve aşırı olduğu ve davacıyı keyfi olarak zenginleştirirken tazminatın büyüklüğüyle orantılı olarak davalıyı yıkıma sürüklediği ve bu sonucunda adalet duygusunu incittiği açıktır. Daha önce de değinildiği gibi TRIPS'in hak ihlallerinde tazminatı düzenleyen ilgili 45. maddesi ile tazminatın miktarı uğranılan zararlar sınırlı tutulmuştur. Bizzat uluslararası bu düzenleme 'uğranılan zararın üç katı tazminat' ödemesini öngören itiraz konusu 68. maddenin ölçüsüzlüğünü gözler önüne sermektedir.

TRIPS ve Roma anlaşması ile 1992 tarihli AB konsey direktifinin yukarıda içeriği verilen bağlayıcı hükümleri ile öngörülen tazminat sistemlerine göre de yasanın ölçsüz olduğu tartışmayı gerektirmeyecek biçimde açıktır.

Peki hem caydırıcılığı sağlayan hem de en az ihlale neden olan ikame bir çözümle caydırıcılığı sağlamak mümkün değil midir' Her somut durumun özelliğine göre tekerrür olasılığı olan vakalarda veya özel durumlarda tazminatı belli bir oran dahilinde artırmada hakime takdir yetkisi tanıyan bir düzenleme ile bir yandan caydırıcılık sağlanırken diğer yandan da davalının haklarının ihlali minimum düzeye indirgenmiş olacaktır. İşte bu minimal ihlal imkanının varlığı temel hakka (yasa önünde eşitlik) müdahalenin ölçsüz olduğunun kanıtıdır.

C- Adil dava hakkı da ihlal edilmektedir.

68. maddenin iptali istenilen hükmü Anayasanın 'herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğuna' ilişkin 36. maddesini de ihlal edicidir.

Özellikle İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına (18 şubat 1997 Niderost - Huber 25 Mayıs 1993, Kokinakis, phom Hoang 1992) göre adil dava hakkı; bir davada ki taraflardan birini diğer tarafa karşı net bir şekilde dezavantajlı duruma sokmayacak koşullarda makul şekilde davasını mahkemeye açıklayabilme imkanı tanınması olarak tarif edilir. Buna silahların eşitliği prensibi de denir. İtiraz konusu yasa nedeniyle davalı taraf normal bir davada lehine değerlendirilebilecek savunma vasıtalarından yoksun bırakılmakta ve davanın daha en başında fiilin işleniş şekli ne olursa olsun peşinen üç kat gibi oldukça fahiş ilave bir tazminata mahkum edilmekte ve adil dava hakkının bir parçası olan lehine olan hafifletici nedenleri ileri sürebilme hakkından mahrum bırakılmaktadır. Bu koşullarda sahip olduğu bu hafifletici delillerin varlığı tazminatın artırılmasına etkisi olmayacaktır. Yine birbirinden farklı koşullarda gelişmiş her olaya aynı ağırlıktaki yaptırımı uygulamaya zorlanan yargıcın delil ve vicdani kanaatine göre karar verme hakkı da elinden alınmaktadır.

Bunu bir örnek üzerinde test etmek mümkündür. FSEK'in 54. maddesine göre hak sahibi olmayan üçüncü şahıstan iyi niyetle bir hakkı iktisap edenin iyi niyeti korunmaz, örneğin kendisini hak sahibi olarak tanıtan birinden alınan senaryonun filme uyarlanmasından sonra senaryonun gerçek sahibinin ortaya çıkıp tv kanalına dava açması durumunda iyi niyetle senaryoyu alan kanal iyi niyetine rağmen üç kat tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Bu örnekteki iyi niyetli davalı ile kitap korsanlığını itiyat edinmiş korsancı yasanın hak sahibi lehine getirdiği yaptırıma eşit şekilde maruz kalmaktadır.

D- Anayasa'nın cumhuriyetin nitelikleri arasında saydığı 'yasada yapılan değişikliklerin toplumsal gerçeklerle uyumlu olması ve adalet kuralları içermesine' ilişkin 2. maddesine de aykırılık vardır.

Eser sahiplerinin haklarının ihlali halinde uğradıkları zararın en çok üç kat fazlasını isteyebileceğine ilişkin FSEK 68/1 maddesiyle davanın taraflarından birine gerçekten hak etmediği fahiş bir kazanç sağlanmaktadır. Bunun da adalet ve hakkaniyet hislerini rahatsız edeceği tartışma götürmez. Örneğin gerçek tazminat bir milyon dolar olduğu halde bunun sırf yasada öyle yazıyor diye üçle çarpıp sonrada toplama en yüksek faiz yürüterek 4-5 milyon dolara ulaşan bir meblağ üzerinde ödetilmesinin adalet duygularını inciteceği izah gerektirmez. Sonuçları itibariyle ihlali özendirici içerik barındıran böyle bir yasanın adil olduğu savunulamaz.

FSEK 76. maddeye ilişkin Anayasaya aykırılık iddiası:

FSEK 76. maddesi son paragrafında yer alan 'belirtilen belge ve /veya listelerin sunulmaması tüm eser, fonogram, icra, film, ve yayınların kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder' şeklindeki düzenlemenin Anayasanın 10, 12/1, 13 ve 36. maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

A- 'herkesin iddiasını kanıtlamakla yükümlü olduğuna' ilişkin genel isbat kuralı hak sahipleri lehine ters çevrilirken ölçülülük prensibini açıkça ihlal edici ağır yaptırım getirdiği için Anayasanın daha önce tartışılan eşitlik ve ayrımcılığa ilişkin maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Yargıtay'ın bu maddeyle ilgili içtihadına göre herhangi bir televizyon kanalında bir tek şarkının izinsiz kullanıldığının tesbiti halinde kanal sahibinin tv programını sunamaması durumunda yalnız meslek birliğinin repertuarındaki yerli tüm müzikleri değil yerli meslek birliğinin BERN ve BARCELONA sözleşmeleri gereğince temsil ettiği dünyadaki diğer tüm meslek birliği repertuarlarını da bir süreyle kullanmış sayılır. (Ek Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Esas 2008/9820, Esas 2004/11439, Esas 2004/13432 nolu kararları) Bu da aşağı yukarı dünya müziğinin en büyük bölümüne tekabül etmektedir. Oysa fiiliyatta bırakın tematik kanalları bir müzik kanalının bile bu kadar kapsamlı müziği kullanması maddeten mümkün değildir. Üstelik bir yıllık tüm repertuar kullanım bedeli esas alınarak tazminat miktarı tesbit edildikten sonra iptali talep edilen diğer 68. madde gereğince bu miktar üç kat artırılıp toplama birkaç yıllık en yüksek ticari faiz yürütülerek hüküm altına alınmaktadır. Bir şarkının bir haber kanalında, bir tematik kanalda veya bir müzik kanalında yayınlanması durumunda da aynı kural uygulanmaktadır. Yani izinsiz bir tek şarkının CNN, HABER TÜRK, KANAL TÜRK, SHOW TV, SAMANYOLU, KANAL D, STAR gibi tematik veya KRAL TV gibi bir müzik kanalında bir kez yayınlanması durumunda yasa aynı koşullarla uygulanmaktadır. Oysa Tematik kanalların 24 saat müzik yayını yapmaması nedeniyle müzik kanalıyla aynı ağırlıkta yaptırıma tabi tutulması ölçülülük prensibine aykırıdır.

B- Yasa adil dava hakkını özellikle de silahların eşitliği prensibini de ihlal etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına göre adil dava hakkı 'bir davanın taraflarından birini diğeri karşısında net bir şekilde dezavantajlı duruma düşürülmeyecek koşullarda makul şekilde davasını savunacak imkanların tanınması olarak tarif edilir (18 şubat 1997 NİDEROST - HUBER,İsviçre- PHOM hoangc.france 25 eylül 1992).

Radyo Televizyon Üst Kurulu RTÜK kanalların bir yıllık yayınlarını arşivlerinde muhafaza etmektedir. Dolayısıyla da izinsiz yayını tesbit eden meslek birliğinin gerek mahkeme vasıtasıyla gerekse bizzat RTÜK'e başvurarak ilgili kanalın bir yıllık programına ulaşma imkanı vardır. Bu imkan yerine TV kanallarını arşivlerini yıllarca saklamaya mecbur tutulması

kanalları meslek birliği karşısında net şekilde dezavantajlı duruma sokmaktadır. Bu durum adil yargılamanın bir parçası olan 'delillerin dürüstlüğü' prensibine aykırıdır. Zira bu düzenleme ile müzik kanalı olmayan normal bir kanalın bile neredeyse dünyadaki tüm müzikleri bir yıl boyunca kullandığı yasal karineyle kabul edilmektedir ki bunun dürüstçe olmadığı tartışma götürmez. Kaldı ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 25 Mayıs 1993 tarihli KOKİNAKİSE kararında vurgulandığı üzere yasal karinelerin dar yorumlanma prensibi de ihlal edilmektedir.

C- Ölçülülük ilkesi ihlal edilmektedir:

Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre ölçülülük testi uygulanırken kısıtlamanın orantılı olup olmadığı yani müdahalenin pozitif ve negatif yönleri arasında bir denge bulunup bulunmadığı müdahalede kullanılan vasıta yerine, meşru amaca ulaşmaya imkan veren ama aynı zamanda hakkı daha az kısıtlayan bir ikame vasıta bulunup bulunmadığı ile belirlenir. Meşru amaç ile kullanılan vasıta arasında makul bir orantılılık varsa müdahale haklı kabul edilebilir.

A, B başlıkları altında örnekler üzerinde ortaya konulduğu üzere yasayla genel ispat külfeti ters çevrilmekle yetinilmeyip karşı tarafın yasanın emrettiği vasıtaları sunmamasının sonuçlarına da ağır ve ölçüsüz yaptırım bağlanmıştır.

Bir tek müzik yayını halinde yerli yabancı tüm meslek birliklerinin repertuarı üzerinde bir yıllık sürekli kullanım yerine kanalın niteliği, günlük programlarının genel içeriğini dikkate alan bu konuda hakime de takdir hakkı da tanıyan dolayısıyla karşı tarafın anayasal dava hakkını daha az kısıtlayan ikame bir çözüm mümkündür. O halde hedeflenen meşru amaçla kullanılan vasıta arasında makul bir ölçü bulunmadığından Anayasanın emrettiği ölçülülük prensibine de açıkça aykırılık söz konusudur.

Anayasa'nın cumhuriyetin nitelikleri arasında saydığı 'yasada yapılan değişikliklerin toplumsal gerçeklerle uyumlu olması ve adalet kuralları içermesine' ilişkin 2. maddesine de aykırılık vardır.

Yasanın a, b, c bentlerinde belirtilen adalet duygusunu incitici ağır yaptırım içermesi nedeniyle Anayasanın 2. maddesine de aykırı olduğu düşünülmektedir.

KARAR

Yukarıda açıklanan nedenlerle 5846 sayılı Yasanın 68. maddesinin 1. fıkrasının devamında yer alan 'rayiç zarar itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını isteyebilir' şeklindeki metnin 'üç kat fazlasını isteyebilir' bölümünün Anayasanın 2, 10, 13 ve 36 maddelerine,1- Aynı Yasanın 76. maddesi son paragrafında yer alan 'belirtilen belge ve/veya listelerin sunulmaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder' şeklindeki düzenlemenin Anayasanın 10, 2, 13 ve 36 maddelerine aykırı olduğu düşünüldüğünden iptal edilebilmesi için konunun itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülmesine,2- Kararın aslı ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı suretinin karara eklenmesine,3- Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili kararı vermesi için yasal sürenin beklenmesine,"