

“ ...

Bandrol suçlarını düzenleyen 5101 sayılı Kanun ile değişik 5846 sayılı Kanun'un 81. maddesi, 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve 81. maddenin 13. fıkrasında özel bir fikri içtima düzenlemesi yapılmıştır. Yargıtay uygulamaları karşısında bu madde aşağıdaki nedenlerden dolayı Anayasamıza aykırıdır:

Öncelikle ihlale konu hakları tanımak ve Yargıtayın neden hatalı uygulama yaptığını açıklamak gereklidir. Mahkememiz Yargıtayın benzer nitelikteki birçok bozma kararlarına direnirken genel olarak şu görüşü savunmuştur:

Yayma hakkının ihlali 5846 sayılı Kanun'un 71/1. maddesinde, bandrole tabi eserleri bandrolsüz yayılması 81/4. maddesinde -Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.07.2005 tarih, 2005/7-67 esas, 2005/97 karar sayılı kararına göre bu eserlerin bandrolsüz yayılması halinde aslında 71/1. madde de ihlal edilmektedir- düzenlenmiştir.

5846 sayılı Kanun'un 81. maddesinin 4. fıkrasında bandrole tabi bir eseri bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak yaymak cezalandırılmıştır. Bu suça 5101 sayılı Kanun ile değişik 5846 sayılı Kanun'un 81/9-1, (a) ve (b) bentlerinin yürürlükte olduğu dönemde bandrolsüz yayma denmekteydi. 81/4. maddenin yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay 7. ve 19. Ceza Dairesi maddeyi bandrol yükümlülüğüne aykırılık olarak adlandırmıştır. Bu adlandırma yüzünden Yargıtay 19. Ceza Dairesi, halen, 81. maddenin 13. fıkrası bandrole tabi bütün eserler bakımından uygulanmalıdır görüşündedir. Muhtemelen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.07.2005 tarih, 2005/7-67 esas, 2005/97 karar sayılı kararı dolayısıyla bu görüşe varmıştır. Oysaki aynı genel kurul kararının yayımlanan içtihat metninin başlığı çok doğru olarak bandrolsüz yayım çoğaltma ve yayma olarak gösterilmiştir. Kararda, fail yönünden suç özgü suç değildir, bandrol yükümlüsü olanlar ile bandrol yükümlüsü olmayanlar suçun failidirler denmiştir. Bu görüş sadece eski 81/9. ve yeni 81/4. maddedeki suç için geçerlidir. 81/13. madde bakımından aynı kriteri uygulamak mümkün değildir. Maddenin 13. fıkrası açıkça bandrol yükümlülerini esas almıştır. Aslında 81. maddenin 4. fıkrası 2005 yılındaki Ceza Genel Kurulu Kararındaki görüşü kanunlaştırmıştır. (Bandrol Uygulaması Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde bandrol yükümlülerinin bandrolsüz yayma suçunu işlemeleri halinde Kanun'un 81. maddesine göre cezalandırılacakları belirtilerek bandrol yükümlüleri ile bandrol yükümlüsü olmayanların suç faili oldukları ifade edilmiştir.) Yani hem bandrol alma hak ve yetkisine sahip olan bandrol yükümlüleri (Bandrol Yönetmeliğine göre bunlar; müzik ve sinema eseri sahipleri, ilim edebiyat eseri sahipleri, onlardan çoğaltma ve yayma hakkını devralan yayıncılar, yapımcılardır) ile bandrol yükümlüsü olmayan yayma hakkını ihlal eden diğer kişiler bu suçun failidirler denmiştir. Öyleyse bandrol yükümlüsü olanlar için bandrol yükümlülüğüne aykırılık, bandrol yükümlüsü olmayanlar için bandrolsüzlük (bandrol zorunluluğuna aykırılık) hali söz konusudur. Bandrol yükümlüsü olanlar ile bandrol yükümlüsü olmayanların her ikisi de bandrolsüz yayma eyleminin failidirler; gerçekte bu suçun adı bandrolsüz yaymadır.

Fikir ve sanat eserleri hukukunda asıl olan eser sahibinin haklarıdır. 5846 sayılı Kanun'da eser sahibinin hakları mali haklar ve manevi haklar olarak ikiye ayrılmıştır. Manevi haklar; umuma arz (madde 14), adın belirtilmesi (madde 15), eserde değişiklik yapılmasını önleme (madde 16)'dır. Mali haklar; işleme (madde 21), çoğaltma (madde 22), yayma (madde 23), temsil (madde 24), umuma iletim (madde 25), İşleme (madde 21)'dir. Eser sahibi bu haklarını Kanun'un 56. maddesi uyarınca yazılı sözleşme ile

başkalarına kullandırabilir. Bu kullandırma tam ruhsat veya basit ruhsat vererek olabilir. Basit ruhsatta eser sahibi bu hakkı sadece o kişiye değil başkalarına da kullandırabilir. Tam ruhsatta ise eser sahibi hakkı eser sahibinden ruhsat alan dışındaki başka kişilere kullandıramaz. Eser sahibi eser üzerindeki mali haklarının tamamını veya bir kısmını 5846 sayılı Kanun'un 52. maddesine göre kendisinde hak bırakmayacak şekilde başkasına devredebilir. Eser sahibinin manevi hakları başkasına devredilemez.

5728 sayılı Kanun ile değişik 5846 sayılı Kanun'un 71. maddesi eser sahibinin mali ve manevi hakları veya hakları devralanların mali hakları ile eser sahibinin haklarına bağlantılı haklara tecavüzü düzenlemektedir. 71. maddenin 1. fıkrasının birinci bendi iki bölümden oluşmaktadır. Fıkradaki ya da bağlacına kadar olan birinci cümle eser sahibinin izni olmadan bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı işlemeyi (madde 21), temsil etmeyi (madde 24), çoğaltmayı (madde 22), değiştirmeyi (madde 16), dağıtmayı (madde 23), her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmeyi (madde 25), yayımlamayı (madde 14) suç saymıştır.

Ya da bağlacından sonra gelen ikinci cümle ise başkasının hukuka aykırı olarak işlediği (madde 21) veya çoğalttığı (madde 22), eserleri satışa arz etmeyi, satmayı, kiralama veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymayı, ticari amaçla satın almayı, ithal veya ihraç etmeyi, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmamayı ya da depolamayı (madde 23) suç saymıştır.

Yayma hakkı 5846 sayılı Kanun'un 23. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun'un 71. maddesinin birinci fıkrasının, birinci bendinin, birinci cümlesindeki yayma hakkını ihlal eden "dağıtma" dışında birinci cümlede başka bir yayma hakkı ihlali düzenlenmemiştir. Ancak birinci fıkranın birinci bendinin ikinci cümlesi tamamıyla başkasının izinsiz çoğalttığı eseri yaymayı düzenlemektedir. Bu hali ile aslında ihlal edilen hak eser izinsiz çoğaltıldığı için çoğaltma ve izinsiz yayıldığı için yayma hakkıdır. İzni verecek olan eser sahibidir. Eylem sadece çoğaltmadan ibaret ise eser bandrole tabi bile olsa eylem 5846 sayılı Kanun'un 71/1. maddesinin kapsamında kalmaya devam eder.

5846 sayılı Kanun'un 71. maddesinin, 1. fıkrasının 1. bendi genel bir düzenlemedir. 5846 sayılı Kanun'un 81/4. maddesi, 5846 sayılı Kanun'un 71. maddesinin, 1. fıkrasının birinci bendinin ikinci cümlesindeki yayma hakkının ihlali halini, ihlal şeklini daraltarak bir kez daha düzenlemiştir. Yani bazı eserleri bandrole tabi tutmuş, yayma olan hareketlerin bir kısmını bu suçun unsuru haline getirmiştir. Bandrole tabi eserler belirli bir materyale tespit edilmiş müzik eserleri, sinema eserleri ve süresiz yayın haline getirilmiş ilim edebiyat eserleridir. 81. maddenin, 1. fıkrasına göre müzik eserleri ile sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshalarına ve süreli olmayan yayınlara bandrol alınması ve bunların bandrollü olarak yayılması zorunludur. Öyle ise 5846 sayılı Kanun'un 81. maddesi de eser sahibinin çoğaltma ve yayma hakkını bandrol ile korumaktadır. Böylece hak takibi kolaylaştırılmakta, eylemin takibi şikayete bağlı olmaktan çıkarılmaktadır.

Yayma hakkının ihlali hem 71. maddenin, 1. fıkrasının, birinci bendinde hem de 81. maddenin 4. fıkrasında suç olarak düzenlenmiştir. Eser bandrole tabi değil ise 71. maddenin, 1. fıkrası, bandrole tabi ise 81. maddenin, 4. fıkrası uygulanır. Fakat yayma hakkı her iki madde ile korunmaktadır. 5846 sayılı Kanun'un 81/4. maddesi eser satışa sunulmamışsa çoğaltma halinde uygulanamaz. Bu takdirde 71/1. madde uygulanır. Bir eser izinsiz çoğaltılıp bandrolsüz satışa sunulur, satılır, dağıtılırsa veya bandrolsüz olarak

ticari amaçla satın alınırsa ya da kabul edilirse 81. maddenin, 4. fıkrası uygulanır. Burada yayma hakkının tezahür şekillerinden bir kısmına yer verilmiş, bir kısmına yer verilmemiştir. Örneğin ödünç verme (bedelsiz yayma) buraya değil 71/1. maddeye girer.

5728 sayılı Kanun ile değişik 5846 sayılı Kanun'un 81/4. maddesinin değişiklikten önceki hali 5101 sayılı Kanun ile değişik 5846 sayılı Kanun'un 81/9,1-a ve b maddesinde düzenlenmişti. 5101 sayılı Kanun'un 81. maddesinin başlığı haklara tecavüzün önlenmesi idi. 5728 sayılı Kanun ile değişik 5846 sayılı Kanun'un 81. maddesinin başlığı da aynıdır. Her iki madde eser sahibinin yayma haklarını korumaktadır.

5728 sayılı Kanun ile değişik, 5846 sayılı Kanun'un 81/4. maddesinde bandrol zorunluluğuna ya da bandrol yükümlülüğüne aykırılık eylemleri suç olarak düzenlenmiştir. Madde "ya da" diyerek iki ayrı suç işleme şekli (failinden) bahsetmektedir.

5728 sayılı Kanun ile değişik, 5846 sayılı Kanun'un 81/13. maddesinde bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eser ile ilgili olarak mali ve manevi hak ihlali suçu ile birlikte işlenmesi halinde fikri içtima hükümlerinin uygulanacağı, aynı kanunun 71/1. maddesine göre verilecek olan cezanın 81/13. maddesi uyarınca 1/3 oranında arttırılacağı öngörülmüştür. Kanun koyucu bu seçimi bilinçli yapmış, bandrolsüz olarak dememiş, gerçek hak sahibi olan kişilerin bandrol yükümlülüğünü ihlal ederken aynı zamanda yayma dışındaki mali hakları da ihlal etmesi halinde daha ağır cezalandırılmalarını istemiştir.

5728 sayılı Kanun ile değişik 5846 sayılı Kanun'un 81/1. maddesinde bandrol zorunluluğu, 81/2. maddesinde bandrol yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bandrol alabilecek kişilerden olmayan sanık bandrol yükümlüsü değildir. Yargıtay 19. Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu istikrarlı olarak 5846 sayılı Kanun'un 81/4. maddesindeki "ya da" bağlacına rağmen şikayetin varlığı halinde bandrol yükümlüsü olmayan kişiler hakkında 5846 sayılı Kanun'un 81/13. maddesinin yollaması ile 71/1. maddesinin uygulanacağı görüşündedir. Maddede sadece bandrol yükümlüsü olanların işlediği bandrolsüz yayma haline 71/1. maddedeki çoğaltma ve yayma dışındaki hakların ihlali de eklenirse cezanın artırılacağı düzenlenmiştir. Sanık sadece bandrol yükümlüsü olmayanın işlediği bandrolsüz yayma eylemini gerçekleştirmiştir. Sanık aynı zamanda 71/1. maddedeki genel yayma eyleminin de failidir. Sanık bandrol yükümlüsü olmadığı ve bandrolsüz yayma aynı zamanda genel yaymayı da içerdiği için sanık daha ağır cezayı gerektiren ve genel yaymaya göre daha nitelikli olan bandrolsüz yayma suçu dolayısı ile 81/13. maddeden artırma yapılmaksızın 5728 sayılı Kanun ile değişik 5846 sayılı Kanun'un 81/4. maddesi ile cezalandırılmalıdır.

Eser bandrole tabi olunca yalnızca 81/4. madde uyarınca ceza verilmesi ile yetinilmesi gerekirken 81/13. madde ile 71/1. maddeye göre verilen ceza artırılmaktadır. Bu adil olmayan sonucu nasıl izale edebiliriz? 81/13. maddeyi sadece bandrol yükümlülerine hasredip yollamanın da 71/1. maddenin yayma hakkı ihlali dışındaki diğer hakların ihlali haline yönelik kabul edersek bütün adaletsizlikler ortadan kalkacaktır.

Ne var ki Yargıtay önceleri 7. ve daha sonra 19. Ceza Dairesi suçu bandrol yükümlülüğüne aykırılık olarak isimlendirmişler, bandrol yükümlülüğünün bandrol yükümlüsü olmayanların eylemini de içerdiğini ve bandrol yükümlüsü olmayan failer

hakkında da 81/13. maddesinin uygulanması gerektiğini içtihat etmişlerdir. Mahkememiz yaklaşık on yıldır direnme kararları ile bu kabulü değiştirmeye çalışmaktadır. Yargıtay ceza dairelerinin kararları yerleşmiş ve son olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 05.06.2018 tarih, 2017/19-66 esas, 2018/263 karar, 05.06.2018 tarih, 2017/19-65 esas, 2018/264 karar sayılı kararları ile ceza dairelerinin görüşünü benimsemiştir. Yargıtay 19. Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu 81/4. maddedeki suçun özgü suç olmadığını, bandrol yükümlülüğü ifadesinin bandrolsüzlüğü de içerdiğini ve 81/13. maddenin bandrol yükümlüsü olmayanlara da uygulanacağını içtihat etmiştir. Böylece yorum yoluyla bandrol yükümlüsü olmayanların eylemi de fikri içtimaya dahil edilmiştir. 81/4. maddedeki suç kısmen özgü suçtur; böyle olmasa bile 81/13. maddedeki artırım sadece bandrol yükümlülerine uygulanabileceğinden bu hali ile özgülük söz konusudur.

Çoğaltma ve yayma hakkının ihlali 5846 sayılı Kanun'un 71/1. maddesinde suç olarak düzenlenmiş iken kanun koyucu bazı eser içeren yayın ve materyaller bakımından daha farklı bir ceza vermek istemiş ve 81/4. maddeyi düzenlemiştir. Bazı eserler bandrole tabi olunca artık 71/1. maddenin o eserler yönünden uygulanmasına olanak kalmamıştır. Bandrolsüz yayma suçu genel yayma suçunun nitelikli halidir. Bir suçun nitelikli halinden açılan kamu davasına basit halinden zarar görenlerin yapacağı şikayetle suçun cezasının artması şeklindeki Yargıtay uygulaması karşısında, Türk hukuk düzeninde varlığını koruyan ve haksız uygulamalara yol açan 5846 sayılı Kanun'un 81/13. maddesi Anayasanın 38/1 maddesindeki "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" hükmüne, bandrol yükümlüsü olmayanların da cezasının artırılması gerektiği şeklinde bir yorumla ceza verilmesine yol açtığı için Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, bir eylemin nitelikli şekline ceza verilmesi yeterli iken bir kez de basit şeklinin ihlali dolayısı ile cezanın artırılmasını sağladığı için Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesine aykırıdır.

İleriki tarihlerde 5846 sayılı Kanun'un 81/13. maddesinde bir değişiklik yapılırsa madde metnindeki "bandrol yükümlülüğüne aykırılığın" ifadesinin yanına "bandrolsüzlüğün" sözcüğünün eklenmesi ve cezanın da 81/4. maddeye göre verilip 1/3 oranında artırılması halinde dahi, bir suça üç ayrı ceza verilemeyeceğinden, Anayasaya aykırılığın devam edeceği görüşündeyiz. Çünkü basit yayma 71/1. maddede, nitelikli hal olan bandrolsüz yayma 81/4. maddede zaten suç iken kamu davasına katılma var denilerek bir kez de 81/13. madde ile cezanın artırılması orantılılığı/ölçülülüğü ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca genel kanun yapma tekniğine aykırı olduğundan hukuk devletini de zedelemektedir. Örneğin basit yaralama suçunu da içeren nitelikli yaralama suçundan dolayı mağdurun şikayetçi olmaması halinde artırımsız olarak nitelikli yaralamadan, şikayetçi olması halinde ise belli bir oranda cezanın artırılması suretiyle nitelikli yaralamadan ceza verileceğine ilişkin bir düzenleme nasıl kabul edilemez ise 81/13. maddedeki düzenleme de kabul edilemez. Böyle bir düzenleme yapma şekli çağdaş ceza hukukunun evrensel ilkelerini ihlal eder ve Anayasamıza göre de kanun koyucunun böyle bir takdir hakkının olmaması gerekir.

Bu düzenleme dolayısı ile fikri ve sınai hak suçlarına bakmakla görevli olan Yargıtay 7. ve daha sonra 19. Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu 5846 sayılı Kanun'un 81. maddesinin 13. fıkrasının, cezasına atıf yaptığı 5846 sayılı Kanun'un 71/1. maddesinde seçimlik ceza bulunduğunu ve yerel mahkemenin maddedeki para cezasını

seçebileceğini, 81/13. maddenin özgü suç olmadığını, failin herkes olduğunu içtihat etmiştir.

Bu davada aleyhe temyiz yoktur. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin ve 19. Ceza Dairesinin bozma kararlarının nedeni; kamu davasına katılma vardır, mahkeme 71/1. maddedeki seçimlik cezalardan para cezasını seçerek daha lehe bir ceza verebilir anlayışıdır.

5846 sayılı Kanun'un 71/1, 81/13. maddesinin uygulanması gerekseydi dahi hiç bir zaman 71/1. maddedeki para cezası seçilemezdi. Çünkü:

Yargıtay 19. Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Örneğin bir sureti ekte sunulan 05.06.2018 tarih, 2017/19-66 esas, 2018/263 karar sayılı ve kararı ve örneği sunulmayan 05.06.2018 tarih, 2017/19-65 esas ve 2018/263 karar sayılı kararı), TCK'nin 44. maddesinde belirtilen fikri içtimanın kendisine özgü en ağır cezayı gerektiren maddeye göre ceza tayin edileceği kuralını dikkate almamaktadır.

5728 sayılı Kanun ile değişik 5846 sayılı Kanun'un 81/13 ve 71/1. maddeleri özel bir fikri içtima düzenlemesidir. Benzer düzenleme TCK'nin 277/2, 297/1. maddelerinde de bulunmaktadır. Bandrol yükümlüsü olup suç işleyen kişiler aleyhine şikayet veya kamu davasına katılma halinde en ağır sonuç doğuran cezanın belirlenmesi ve ona göre ceza verilmesi gerektiği halde Yargıtay 19. Ceza Dairesinin ve Ceza Genel Kurulunun yaptığı yorum fikri içtima kurallarını bertaraf etmekte, şikayet olmasa daha fazla ceza alacak olan fail bakımından af sonucunu doğurmaktadır. Çünkü şikayet konusu olmayan diğer bandrolsüz eserler bakımından hala 81/4. maddenin uygulanması gerekir. Bozma doğrultusunda karar verilirse şikayet konusu olmayan başka eserler bakımından uygulanması mümkün olan 5846 sayılı Kanun'un 81/4. maddesindeki hapis cezası ortadan kalkmaktadır. Oysa 81/4. maddedeki suç ile birlikte 5846 sayılı Kanun'un 71/1. maddesindeki suçun aynı eser bakımından birlikte işlenmesi durumunda cezanın nasıl tayin edileceği kanun tarafından belirlenmiştir. Bu ceza hiçbir zaman 5846 sayılı Kanun'un 71/1. maddesindeki para cezası olamaz.

Fikri içtima kurallarına göre TCK'nin 44. maddesi uyarınca ceza tayin edilirken içtimaya dahil olan suçlardan en ağır cezayı gerektiren suç hangisi ise ona göre ceza tayin edilir. Ancak kanun koyucu burada en ağır cezayı içeren 5846 sayılı Kanun'un 81/4. maddesini değil, 81/4. maddedeki hapis cezasını yok etmeyecek şekilde 5846 sayılı Kanun'un 71/1. maddesine göre ceza verilmesini ve cezanın 5846 sayılı Kanun'un, 81/13. maddesi uyarınca arttırılmasını öngörmüştür. Uygulanacak kanun maddesinin seçimini hakime bırakmamıştır. Böylece TCK'nin 44. maddesinin nasıl uygulanacağını kendisi belirlemiş ve maddeye istisna getirmiştir. Bu yüzden içtimaen ceza tayin edilirken 5846 sayılı Kanun'un 71. maddesindeki seçimlik cezalardan para cezasının tercih edilmesi mümkün değildir. Çünkü içtimaya dahil olan 5846 sayılı Kanun'un 81/4. maddesinin yaptırımını olan hapis cezası yok edilemez. Lehe kanun belirlenirken yapılacak karşılaştırmada 5728 sayılı Kanun ile değişik 5846 sayılı Kanun'un 71/1, 81/13. maddesinin uygulanması gerekseydi dahi 71/1. maddedeki para cezası seçilerek ceza tayin edilmesi TCK'nin benimsediği fikri içtima kuralına aykırı olacaktır.

Mahkemeler tarafından verilen 5846 sayılı Kanun'un 71/1 maddesi uyarınca para cezasının seçilmesi ve cezanın 81/13. madde uyarınca 1/3 oranında arttırılması şeklindeki kararlar Yargıtay 19. Ceza Dairesi tarafından onanmaktadır. Nitekim Bakırköy 2. Fikri

ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 05.06.2018 tarih 2017/320 esas, 2017/322 karar sayılı kararında 5846 sayılı Kanun'un 71/1. maddesindeki para cezası seçilmiş, ceza 81/13. madde ile artırılmıştır. Yargıtay 19. CD'nin 24.10.2018 tarih 2018/4835 esas, 2018/10778 karar sayılı kararı ile bu karar onanmıştır. Yine Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin 20.11.2013 tarih, 2013/83 esas, 2013/233 karar sayılı kararında da 5846 sayılı Kanun'un 71/1. maddesindeki para cezası seçilmiş ve Yargıtay 19. CD'nin 26.03.2018 tarih, 2015/32276 esas, 2018/3368 karar sayılı kararı ile bu karar onanmıştır (Karar örnekleri ektedir).

Yargıtayın aynı maddenin uygulandığı başka davalardaki yorumuna göre iki ayrı tarihte işlenen suç nedeniyle eyleme TCK'nin 43/1. maddesinin uygulanması sırasında da adil olmayan sonuçlar doğmaktadır. Çünkü Yargıtaya göre 81/4. maddedeki suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir. Bandrolsüz yayma suçu işlendiğinde 71/1. maddedeki basit yayma suçundan mağdur olanların mağdurluk sıfatının bir önemi yoktur. İki ayrı tarihte bandrolsüz yayma suçu işlendiğinde ister iki ayrı dava açılınsın ister tek dava açılınsın bir çok farklı çoğaltma ve yayma hakkı sahibi şikayetçi olduğunda da yine 5846 sayılı Kanun'un 71/1, 81/13, 43/1. maddeleri uygulanarak ceza verilecektir. Bu bizi bandrolsüzlük varsa eyleme asla başka bir madde uygulanamaz sonucuna götürmektedir.

71/1. maddedeki suçun belirli bir mağduru vardır; o da eser sahibi ve ondan çoğaltma ve yayma haklarını sözleşme ile devralanlardır. Yargıtay 19. Ceza Dairesi farklı tarihlerde aynı mağdura karşı bandrole tabi olmayan eserler yönünden yayma, temsil, umuma iletim hakkının ihlali halinde 71/1. ve 43/1. maddenin uygulanması gerektiği, farklı tarihlerde ayrı mağdurlara karşı yayma hakkı ihlal edilirse 43/1. maddenin uygulanamayacağı gerçek içtima uygulanması gerektiği görüşünde iken, bandrolsüz yayma suçlarındaki çoğaltma ve yayma hakkı ihlal edilenlerin şikayetçi olması veya kamu davasına katılması halinde bunların farklı gerçek veya tüzel kişiler olmasının bir önemini olmadığını mağduru belli bir kişi olmayan bandrolsüz yayma suçunun esas alınacağını TCK'nin 43/1. maddenin uygulanabileceğini içtihat etmektedir. 5846 sayılı Kanun'un 71/1, 81/13, TCK'nin 43/1 ve 62. maddeleri asgari haddenden uygulandığında fail en fazla 1 yıl 4 ay 20 gün hapis cezası alacaktır. Oysa farklı mağdurlara karşı farklı tarihlerde mali hak ihlali suçu işlendiği için bandrolsüz yayma suçunun değil genel mali hak ihlali suçunun esas alınması gerekeceğinden TCK 43/1. maddesinin uygulanmasının koşulları yoktur; ayrı ayrı 5846 sayılı Kanun'un 71/1, TCK'nin 62. maddeleri uygulanmalı ve asgari haddenden ceza verildiğinde faile eylem sayısı kadar 10 ay hapis ve 4 gün karşılığı 80 TL adli para cezası verilmelidir. Hatta Yargıtayın eyleme 81/13. maddesinin uygulanması gerektiği görüşünden hareketle hem bandrol suçu hem ayrı hak sahiplerine yönelik yayma hakkı ihlali suçu işlenmiş ise 5846 sayılı Kanun'un 71/1, 81/13 TCK'nin 62. maddeleri ayrı, ayrı uygulanmalı; bu durumda da iki kere 1 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası verilmelidir. Yargıtayın uygulaması yüzünden farklı mağdurlara karşı farklı tarihlerde çoğaltma ve yayma hakkını ihlal eden faillerin aynı zamanda bandrolsüz yayma suçunu da işlediği kabul edilmekte ve bandrolsüz yayma suçunun cezası esas alınarak daha az ceza verilmesine neden olunmaktadır. (Örneğin mahkememizin 28.04.2016 tarih, 2015/316 esas, 2016/168 karar sayılı kararı Yargıtay 19. CD tarafından 13.09.2018 tarih, 2018/4445 esas, 2018/8907 karar sayılı kararı ile bozulmuştur)

Bir başka uygulama ile ise aynı anda farklı kişilere ait mali hak ihlali halinde TCK'nin 43/2. maddesinin uygulanması gerektiğini içtihat eden Yargıtay, bu keza bandrol suçu ile mali hak ihlali birleştiğinde TCK'nin 43/2. maddesinin

uygulanamayacağını içtihat etmektedir (Örneğin mahkememizin 05.05.2014 tarih, 2012/849 esas, 2014/183 karar sayılı kararı, Yargıtay 19. CD tarafından 04.06.2018 tarih, 2016/807 esas, 2018/6732 karar sayılı kararı ile bozulmuştur). Bu yüzden de faile eksik ceza verilmektedir.

Bandrol yükümlüsü olmayan faillerin eylemine 81/13. maddesinin uygulanması TCK'nin 66/3. maddesi gereğince zamanaşımı süresini uzatmakta ve bu yönüyle de bandrol yükümlüsü olmayan faillerin aleyhine sonuç doğurmaktadır.

5846 sayılı Kanun'un 81. maddesinin 13. fıkrası öyle bir düzenlemedir ki; Yargıtayın yorumu ve uygulaması yüzünden daha fazla ceza alması gereken faillerin cezasını hafifletmekte, daha az ceza alması gereken faillerin cezasını artırmaktadır.

5846 sayılı Kanun'un 81/13. maddesinin yalnızca bandrol yükümlüleri hakkında ve yayma suçu dışında kalan mali hak ihlalleriyle sınırlı olarak uygulanması gerekirken, bandrol yükümlüsü olmayan faillere de uygulandığından, ayrıca 81/13. madde yayma suçunun basit şeklinden mağdur olanların şikayeti halinde cezanın artırılmasına neden olduğundan Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 13. maddesindeki ölçülülük ilkesine ve 38/1. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırıdır.

Yayma hakkının ihlali ile birlikte bandrol suçu işlendiği zaman 5846 sayılı Kanun'un Fikri içtima halinde para cezasının seçilmesi suretiyle daha fazla ceza alması gereken faillere daha az ceza verilmesine yol açan 5846 sayılı Kanun'un 81/13. maddesi; Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, Yargıtayın yorumu ve uygulaması karşısında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesine, aynı fiili işleyen ve şikayet veya kamu davasına katılma halinde bir fail için para cezası, başka bir fail için hapis cezası verilmesini sağladığından Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırıdır.

Aynı anda birden fazla mali hak sahibinin mali hakları da ihlal edildiği hallerde eyleme TCK'nin 43/2. maddesinin uygulanması suretiyle cezanın artırılması gerektiği halde Yargıtayın buna izin vermemesi şeklindeki uygulama ile ayrı tarihlerde farklı mağdurlara karşı mali hak ihlali suçu işlendiği hallerde TCK'nin 43/1. maddesinin uygulanmaması ayrı cezalar verilmesi gerektiği halde bandrol suçunun mağduru bütün toplumdur görüşünden hareketle sadece bandrolü esas alan mali hak ihlali yok sayan Yargıtay uygulaması TCK'nin 13. maddesindeki ölçülülük ve TCK'nin 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 38/1. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırıdır.

#### DELİLLER :

- 1- Dava dosyasının konuya ilişkin kısımlarının onaylı örnekleri,
- 2- Bilimsel görüşler,
- 3- Anayasa Mahkemesinin örnek kararları,
- 4- Diğer deliller.

HUKUKİ SEBEPLER : Anayasa'nın 146-153 maddeleri ile 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesi ve ilgili diğer hükümleri

SONUÇ : Mahkememizin bakmakta olduğu davada uygulamak zorunda kalacağı 5728 sayılı Kanun'un 81/13. maddesinin Anayasa'nın 2, 10, 13 ve 38. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptaline karar verilmesi saygı ile arz olunur.”