

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı:2019/74

Karar Sayısı:2020/29

Karar Tarihi:12/6/2020

R.G. Tarih - Sayı:17/7/2020-31188

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İzmir 1. Fikrî ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 143. maddesiyle değiştirilen 81. maddesinin on üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanık hakkında izinsiz çoğaltılmış ve bandrolsüz kitap sattığı iddiasıyla açılan ceza davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. İptali İstenen Kanun Hükmü

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 81. maddesi şöyledir:

"II- Haklara tecavüzün önlenmesi:

Madde 81- (Değişik: 23/1/2008-5728/143 md.)

Musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlara bandrol yapıştırılması zorunludur. Ayrıca, kolay kopyalanmaya müsait diğer eserlerin çoğaltılmış nüshalarına da eser veya hak sahibinin talebi üzerine bandrol yapıştırılması zorunludur. Bandroller, Bakanlıkça bastırılır ve satılır. Bakanlıkça belirlenen satış fiyatı üzerinden meslek birlikleri aracılığı ile de bandrol satışı yapılabilir.

Bandrol alınabilmesi için, bandrol talebinde bulunanın yasal hak sahibi olduğunu beyan eden bir taahhütnameyi doldurması zorunludur. Bakanlıkça tespit edilen diğer evrak ve belgelerle birlikte başvuru yapılır. Bakanlık, bu başvuru üzerine başka bir işleme gerek kalmaksızın on iş günü içinde bandrol vermek mecburiyetindedir. Beyana müstenit yapılan bu işlemlerden Bakanlık sorumlu tutulamaz.

Bandrol yapıştırılması zorunlu nüshaların tespit edilmesi ve çoğaltulmasına ilişkin materyalleri üreten veya bu materyallerin dolum ve çoğaltımını yapan yerler, bu maddede belirtilen taahhütnamenin bir kopyasını almak, saklamak ve istendiğinde yetkili makamlara ibraz etmekle yükümlüdür.

Bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz eden, satan, dağıtan veya ticarî amaçla satın alan ya da kabul eden kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Bakanlık ile mülkî idare amirleri bandrollenmesi zorunlu olan nüshaların ve süreli olmayan yayınların, bandrollü olup olmadıklarını her zaman denetleyebilir. Gerekli görüldüğünde, mülkî idare amirleri re'sen veya Bakanlığın talebi ile bu denetimi

gerçekleştirmek üzere illerde denetim komisyonu oluşturabilir. İhtiyaç hâlinde, bu komisyonlarda Bakanlık ve ilgili alan meslek birlikleri temsilcileri de görev alabilirler.

Bu denetimler sırasında bu Kanunda koruma altına alınan hakların ihlal edildiğinin tespiti hâlinde 75 inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca işlem yapılır.

Bu Kanun kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların da yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaktır. Bu yasağa aykırı hareket edenler, Kabahatler Kanununun 38 inci maddesinin birinci fıkrasına göre cezalandırılır.

Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Sahte bandrol üreten, satışa arz eden, satan, dağıtan, satın alan, kabul eden veya kullanan kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Bir eserle ilgili olarak usulüne uygun biçimde temin edilmiş bandrolleri başka bir eser üzerinde tatbik eden kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Yetkisi olmadığı hâlde, hileli davranışlarla bandrol temin eden kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Yetkisi olmayan kişilere bandrol temin eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi hâlinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolunur. Ancak, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

Bu Kanunda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanununun tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

B. İlgili Görülen Kanun Hükmü

Kanun'un ilgili görülen 71. maddesi şöyledir:

“1. Manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz

Madde 71- (Değişik: 23/1/2008-5728/138 md.)

Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek:

1. Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında

elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

2. Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu fiilin dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi hâlinde, hapis cezasının üst sınırı beş yıl olup, adli para cezasına hükmolunamaz.

3. Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır.

4. Hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunan kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

5. Bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

6. Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltan, dağıtan, yayan veya yayımlayan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır.

Bu Kanununun ek 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ve Yıldız SEFERİNOĞLU'nun katılımlarıyla 26/6/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Fatma KARAMAN ODABAŞI tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili görülen kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

3. 5846 sayılı Kanun'un 81. maddesinde zorunlu ve isteğe bağlı bandrol uygulamasına, bandrol temini ve kullanımına, uygulamanın denetlenmesi ile bandrol suçlarına yer verilmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eserin çoğaltıp satışa arz edilmesi, satılması, dağıtılması veya ticari amaçla satın alınması ya da kabul edilmesi, onuncu fıkrasında bir eserle ilgili olarak usulüne uygun biçimde temin edilmiş

bandrollerin başka bir eser üzerinde tatbik edilmesi, on birinci fıkrasında yetkili olunmadığı hâlde hileli davranışlarla bandrol temin edilmesi, on ikinci fıkrasında ise yetkisi olmayan kişilere bandrol temin edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Soruşturma ve kovuşturması resen yapılan bu suçlardan dördüncü, onuncu ve on ikinci fıkrada belirtilen suçların yaptırımları her bir fıkrada ayrı ayrı hapis ve adli para cezası, on birinci fıkrada belirtilen suçun yaptırımı ise yalnızca hapis cezası olarak öngörülmüştür.

4. Anılan maddede değişiklik yapan 5728 sayılı Kanun'un 143. maddesinin gerekçesinde "...Kanunun 81 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere dördüncü fıkra eklenmiştir. Bu fıkra metninde bandrol yükümlülüğüne aykırı çeşitli davranışlar seçimlik hareketli suç olarak tanımlanmıştır.../ Maddenin sekizinci ve dokuzuncu fıkraları değiştirilmiş ve metne on, onbir, oniki ve onüçüncü fıkralar eklenmiştir./Bu fıkralarda, bandrol yükümlülüğüne aykırılık oluşturan çeşitli davranışlar ile, sahte bandrol üretimi, ticareti veya kullanılması fiilleri ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır." ifadelerine yer verilmiştir. Madde gerekçesi dikkate alındığında anılan maddenin dördüncü, onuncu, on birinci ve on ikinci fıkralarında belirtilen eylemlerin maddenin dokuzuncu fıkrasında yaptırıma bağlanan sahte bandrol üretimi, satışa arz edilmesi, satılması, dağıtılması, satın alınması, kabul edilmesi veya kullanılması şeklindeki eylemlerden ayrı tutulduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucu; maddenin dördüncü, onuncu, on birinci ve on ikinci fıkralarında belirtilen eylemleri genel itibarıyla bandrol yükümlülüğüne aykırılık olarak nitelendirmiştir.

5. Anılan maddenin dördüncü fıkrasında "*Bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak...*" ibaresine yer verilmiş ise de kanun koyucu, bandrolsüzlüğü bandrol yükümlülüğünden ayrı ve onun kapsamı dışında değerlendirmemiş; aksine bandrol yükümlülüğüne aykırı tüm davranışların yaptırım altına alınabilmesi ve bu konuda yeterli açıklığın sağlanabilmesi amacıyla söz konusu ibareye ayrıca yer vermiştir. Nitekim 5846 sayılı Kanun'un 81. maddesini değiştiren 5728 sayılı Kanun'un tasarı metninde "*Bandrol yükümlülüğüne aykırı olarak...*" ibaresi yer almakta iken komisyonda yapılan değişiklikle anılan ibareden sonra gelmek üzere "*...bandrolsüz olarak...*" ibaresi eklenmiş, söz konusu değişikliğin gerekçesi olarak ise uygulamada ortaya çıkması muhtemel boşlukların önlenmesi gösterilmiştir.

6. Maddeyi aynı yönde değerlendiren Yargıtay Ceza Genel Kurulu da yerleşik içtihadında "*Kanunlaşma sürecine ilişkin gerekçe ve değişiklikler irdelendiğinde 'bandrol yükümlülüğüne aykırılık ifadesinin sadece 5846 sayılı Kanunun 81. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüyle de sınırlı kullanılmadığı anlaşılmaktadır.../ 5846 sayılı Kanunun 81. maddesinin dördüncü fıkrasında sayılan ve suç oluşturan eylemlerin, bandrol alınması zorunlu eserler bakımından, gerek bandrol yükümlüsü olan (eser veya hak sahibi) kişiler gerekse bandrol yükümlüsü olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilmesinin mümkün olması, 'bandrol yükümlülüğüne aykırı' ibaresinin 'bandrolsüz' ifadesini de kapsayıcı nitelikte bulunması, madde metninde 'bandrol yükümlülüğüne aykırı' ya da 'bandrolsüz' şeklinde yazılan ibareler ile farklı fail gruplarına işaret edildiği şeklinde bir sınırlandırmayı haklı kılacak bir düzenleme bulunmaması, 5846 sayılı Kanunun 81. maddesinin dördüncü fıkrasında suç oluşturan eylemler sayıldıktan sonra bu eylemleri işleyen '...kişi' ifadesine yer verilmesi nedeniyle bu ifade şeklinin kanun koyucunun failde herhangi bir özellik aramadığını açıkça göstermesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, bu suçun özgü suç olmadığı ve herkes tarafından işlenebilecek bir suç olduğu kabul edilmelidir.*" ifadelerine yer vermiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2017/19-65, K.2018/264, E.2017/19-66, K.2018/263, 5/6/2018; E.2017/19-153, K.2018/1, 16/1/2018).

7. Maddenin itiraz konusu kuralı düzenleyen on üçüncü fıkrasında bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak Kanun'un 71. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi hâlinde fail hakkında sadece 71. maddeye göre cezaya hükmolunacağı ancak verilecek cezanın üçte biri oranında artırılacağı öngörülmüştür.

8. Kanun'un 71. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde Kanun'da koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleme, temsil etme, çoğaltma, değiştirme, dağıtma, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletme, yayımlama ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz etme, satma, kiralama veya ödünç vermek suretiyle ya da diğer şekilde yayma, ticari amaçla satın alma, ithal veya ihraç etme, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurma ya da depolama suç olarak düzenlenmiştir. Kanun'un 75. maddesinin birinci fıkrasına göre soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi bulunan bu suç için seçimlik ceza öngörülmüş olup suçun yaptırımını hapis veya adli para cezasıdır.

9. Kanun'un 71. maddesinin üçüncü fıkrasında hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişinin, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabilmesine veya ceza vermektен vazgeçilebilmesine imkân sağlayan etkin pişmanlık hükmüne de yer verilmiştir.

10. İtiraz konusu kural özel bir içtima düzenlemesidir. Buna göre bandrol yükümlülüğüne aykırılık hâlinde 81. maddenin dördüncü, onuncu veya on ikinci fıkralarına göre yaptırım olarak hapis ve adli para cezası, on birinci fıkrasına göre ise hapis cezası uygulanacak iken bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak manevi, mali veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz suçuyla birlikte işlenmesi ve hak sahiplerinin bu konuda şikâyetçi olmaları durumunda bandrol yükümlülüğüne aykırılığı düzenleyen 81. maddeye göre yaptırım uygulanamayacak; 71. maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi uyarınca seçimlik olarak hapis cezasına veya adli para cezasına hükmedilerek verilecek ceza üçte biri oranında artırılacaktır.

11. Kuralda, Kanun'un 71. maddesine göre cezaya hükmolunacağı belirtildiğinden anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen koşulların oluşması hâlinde fail hakkında verilecek cezadan indirim yapılması veya ceza vermektен vazgeçilmesi de mümkün olacaktır.

B. İtirazın Gerekçesi

12. Başvuru kararında özetle; 5846 sayılı Kanun'un 81. maddesinin dördüncü fıkrasında bandrol yükümlüsü ile bandrol yükümlüsü olmayan diğer kişilerin suçun faili olarak öngörülmesine karşın itiraz konusu kuralda yalnızca bandrol yükümlüsünün suçun faili olarak düzenlendiği, bandrol yükümlülüğünü ihlal eden gerçek hak sahiplerinin aynı zamanda Kanun'un 71. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde ifade edilen yayma hakkı dışındaki mali hakları da ihlal etmeleri hâlinde kuralla bu kişilere daha ağır ceza verilmesinin amaçlandığı, buna göre bandrol yükümlüsü olmayanın işlediği bandrolsüz yayma suçunun kural kapsamında bulunmadığı belirtilmiştir. Yapılan bu tespitin ardından başvuru kararında yayma hakkının ihlalinin 5846 sayılı Kanun'un 71. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde, bu suçun nitelikli hâli olan bandrolsüz yayma suçunun ise Kanun'un 81. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlendiği, kural kapsamında suçun nitelikli hâlinden açılan kamu

davasında nitelikli hâlden ceza verilmesiyle yetinilmeyerek suçun basit hâlden zarar görenlerin yapacağı şikâyet üzerine suçun basit hâlden verilecek cezanın artırılması suretiyle ceza tayininin ölçüsüz olduğu, yalnızca bandrolsüz yayma suçu işlendiğinde verilecek cezanın söz konusu eylemin aynı zamanda yayma hakkını da ihlal etmesi durumunda verilecek cezadan daha fazla olmasının içtima kurallarına uygun olmadığı, bu durumun şikâyet olmadığı takdirde daha fazla ceza alacak olan fail için af sonucunu doğurduğu, öte yandan aynı anda birden fazla mali hak sahibinin mali haklarının ihlal edildiği veya ayrı tarihlerde farklı mağdurlara karşı mali hakların ihlal edildiği durumlarda da daha az ceza verilmesinin haksız olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca aynı fiil işlenmesine rağmen şikâyet ve kamu davasına katılma sebebiyle bir fail için para cezasının, diğer fail için hapis cezasının uygulanmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

13. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

14. Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini gözönüne alan suç ve ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, izlediği suç ve ceza politikası gereği cezalandırma yetkisini kullanırken ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında öngördüğü yaptırım adil ve hakkaniyete uygun olmalıdır. Haksızlığa konu eylem ile yaptırım arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında benzer bir fiil için konulmuş yaptırım ile yapılacak bir kıyaslamanın değil o fiilin yarattığı etkinin ve sonuçlarının dikkate alınması gerekir.

15. Kanun koyucu, anılan takdir yetkisi kapsamındaki düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, *gereklilik* kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, *orantılılık* ise kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da *ölçülülük ilkesi* gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

16. Fikir ve sanat eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınların üzerine yapıştırılabilen, sökülmesi hâlinde özelliğini yitiren bir güvenlik etiketi olan bandrol; fikir ve sanat eserlerinin izinsiz çoğaltılmasının ve taklit edilmesinin önlenmesini amaçlamaktadır. Bandrol uygulaması fikir ve sanat eserlerinin yasal yollardan çoğaltılmasını, yasal olmayan yollardan çoğaltılan ürünlerin kolaylıkla tespitini ve bunlarla mücadele edilebilmesini, yasal yollardan çoğaltılmış eserlerden elde edilen ekonomik gelirin de korunmasını ve kontrol altında tutulabilmesini sağlamaktadır. Yargı içtihatlarında da yerleşik olarak kanun koyucunun fikrî

haklar dünyasının ekonomik yönünü gözeterek bandrol uygulamasına aykırı davranılmasını mevzuatla oluşturulan idari düzene yönelik işlenmiş bir suç olarak öngördüğü benimsenmiştir.

17. Eserler üzerinde işlenebilecek çoğaltma, satışa arz etme, yayma, ticari amaçla satın alma gibi fiiller Kanun'un 71. ve 81. maddeleri kapsamında ayrı ayrı suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu maddelerde düzenlenen suçların hukuki konusu birbirinden farklıdır. Manevi, mali ve bağlantılı haklara tecavüz suçlarını düzenleyen Kanun'un 71. maddesinde korunan hukuki menfaat eser sahiplerinin manevi, mali ve bağlantılı hakları iken bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçlarında korunan hukuki menfaat kamunun menfaatidir. Belirlenen cezanın türü ve miktarı, izlenen suç ve ceza politikası gereği kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Bu bağlamda bandrol yükümlülüğüne aykırılık hâlinde hapis cezası ve adli para cezasının veya yalnızca hapis cezasının verilmesi, hak sahiplerinin haklarına tecavüz durumunda ise seçimlik olarak hapis cezasının veya adli para cezasının öngörülmesi de kanun koyucunun takdirindedir.

18. Ceza hukukunda suç teşkil eden her bir hukuka aykırı eylemin cezalandırılması ve suç sayısı kadar ceza verilmesi temel kural olmakla birlikte izlenen suç ve ceza politikası ile ceza adaletinin sağlanabilmesi bakımından farklı uygulamalar benimsenebilir. Bu kapsamda her iki suç tipinin birlikte işlenmesi hâlinde her suçtan ayrı ayrı ceza verilmesi mümkün iken her iki suç tipinin özellikleri, birbirine yakın ve ilişkili unsurları, işlenme biçimleri, tek bir eylemin kanunun her iki hükmünü de aynı anda ihlal etme olasılığının kuvvetle muhtemel bulunması gibi hususlar dikkate alınarak özel bir içtima düzenlemesine yer verilmesi ve cezanın suçlardan biri yönünden öngörülen yaptırıma göre tespit edilmesi de mümkündür. Bu bağlamda kuralın esas itibarıyla suç ve ceza arasında adalete uygun bir oran kurulmasını, bir başka deyişle suçun önlenmesi için etkili ve aynı zamanda suç teşkil eden eylem ya da eylemlerin ağırlığı ve yoğunluğuyla uyumlu ve orantılı bir cezanın verilmesini sağlamak amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır.

19. Kanun koyucunun, her iki suç tipinin birlikte işlenmesi hâlinde öngöreceği yaptırımı belirlerken suçların niteliğini, işlenme biçimlerini, içerik ve yoğunluklarını, korunan hukuki menfaatlerle bağlantılı olarak hak sahipleri ve toplum üzerindeki etkilerini, her iki suç için öngörülmüş olan ceza miktarlarını ve kuralın yaratacağı etki ve sonuçları gözeteceği açıktır. Bu bağlamda her iki suç tipinin konusu, suç teşkil eden eylemlerin aynı veya benzer olması, tek bir fiille her iki suçun gerçekleşmesinin çoğu zaman mümkün bulunması, suçların işleniş biçimi, failin hukuki durumu gözetildiğinde etkili ve caydırıcı olmakla beraber aynı zamanda gerçekleşen hukuka aykırılığın yoğunluğuyla da orantılı bir yaptırımın uygulanabilmesi bakımından her bir suç için ayrı ayrı ceza verilmesi yerine cezanın suç tiplerinden birine göre belirlenmesini ancak verilecek cezada artırım yapılmasını öngören özel içtima düzenlemelerine yer verilmesi ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturmaz. Bununla birlikte ölçülülüğün alt ilkesi olan orantılılık ilkesi uyarınca ulaşılmak istenen amaç ile bu amaca ulaşmak için tercih edilen araç arasında makul bir dengenin kurulması gerekir.

20. Bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçundan farklı olarak manevi, mali veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi bulunduğundan itiraz konusu kural yalnızca hak sahibinin şikâyetçi olması durumunda uygulama alanı bulabilecektir. Bu durumda hak sahibinin hukuka aykırı fiil sebebiyle şikâyetçi olmaması hâlinde fail hakkında bandrol yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle hapis ve adli para cezası birlikte uygulanacak iken hak sahibinin şikâyetçi olması durumunda itiraz konusu kural gereğince fail hakkında seçimlik olarak hapis veya adli para cezasına hükmedilebilecek; cezalar daha hafif olarak belirlenebilecek; 71. maddenin üçüncü fıkrasındaki şartların gerçekleşmesi hâlinde ise failin cezasında indirim yapılması veya faile ceza vermekten vazgeçilmesi de mümkün olabilecektir. Bu durumda suçtan zarar görenin tatmini

sağlanamayacağı gibi şikâyet hakkının kullanılması, fiilin yarattığı etkinin daha yoğun olduğunu göstermesine rağmen failin daha lehine bir hukuki sonuç doğuracak ve şikâyet olmasa idi hükmedilecek cezadan daha hafif bir cezanın verilmesine veya belirli durumlarda ceza vermekten vazgeçilmesine sebebiyet verecektir.

21. Diğer yandan bandrol yükümlülüğüne aykırı fiilin eser üzerinde hak sahibi olan kişiler tarafından da işlenmesi mümkündür. Bandrol yükümlülüğüne aykırı fiilin manevi, mali ve bağlantılı haklara tecavüz suçu ile birlikte işlenmesi hâli ise ağırlıklı olarak eserle hiçbir ilişkisi bulunmayan kişiler yönünden söz konusu olacaktır. Eserle hiçbir ilişkisi bulunmayan kişinin fikrî mülkiyet alanında ihlal edilen hukuki değerler yönünden fiilin niteliği, eser üzerinde hak sahibi olan kişinkinden daha ağır ve yoğun olmasına rağmen itiraz konusu kural hak sahibi olan kişilerin daha ağır, eserle hiçbir hukuki ilişkisi bulunmayan kişilerin ise daha hafif cezalandırılmalarına sebebiyet verebilecektir.

22. Bu itibarla suç ile ceza arasında adil bir denge oluşturamayan kural, yarattığı etki ve sonuçlar itibarıyla ölçülülük ilkesine aykırıdır.

23. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

Kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 10., 13. ve 38. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

IV. HÜKÜM

5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 143. maddesiyle değiştirilen 81. maddesinin on üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE Serdar ÖZGÜLDÜR'un karşılığı ve OYÇOKLUĞUYLA 12/6/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Başkanvekili
Zühtü ARSLAN	Hasan Tahsin GÖKCAN	Kadir ÖZKAYA
Üye	Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Burhan ÜSTÜN	Engin YILDIRIM
Üye	Üye	Üye
Hicabi DURSUN	Celal Mümtaz AKINCI	Muammer TOPAL
Üye	Üye	Üye
M. Emin KUZ	Rıdvan GÜLEÇ	Recai AKYEL
Üye		Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ		Yıldız SEFERİNOĞLU
Üye		Üye
Selahaddin MENTEŞ		Basri BAĞCI

Esas Sayısı:2019/74
Karar Sayısı:2020/29

KARŞIOY GEREKÇESİ

Yasa koyucunun suç ve ceza siyaseti belirleme konusundaki takdir hakkı çerçevesinde yürürlüğe koyduğu kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönünün olmadığı, uygulama sonucuna bakılarak bir Anayasallık denetiminin yapılmasının doğru bulunmadığı, dolayısıyla iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine vardığımdan; çoğunluğun kuralın iptaline dair aksi yöndeki kararına katılamadım.

Üye
Serdar
ÖZGÜLDÜR