

“Dumb Starbucks” ve ABD Hukukunda Adil Kullanım Doktrini*

“Dumb Starbucks” and Fair Use Doctrine in USA Law

Ayşegül SEZGİN HUYSAL**

ABSTRACT

“Fair Use Doctrine” which shows the limits and restrictions to the rights of the copyright holder, was codified by Copyright Act of 1976. The term of “fair use” emerges during a period that positive law system acknowledged copyrights in a limited perspective and restrain or set criteria for the non- violation of copyrights with fair use. However along with the extension of copyrights upon development of positive law, those criteria commenced to form the limits of the copyrights. American Copyright Act, differs from EU and therefore Turkish legislation which set the limits of the copyrights in numerus clausus and on specific conditions. In this regard, the fair use doctrine is presumed to enable necessary flexibility to comply with the advancing technology. In this article; we will first examine the term and historical development of “fair use” (I), afterwards the the purpose of the doctrine (II) and the criteria which determines the violation of copyrights and fair use (III) and finally the potential influences of the fair use doctrine in legal systems that implement EU regulations will be evaluated..

Keywords: Fair sse, Fair use criteria, Copyright, Three-step test, Intellectual property rights.

Giriş

2014 yılında Los Angeles, Amerika Birleşik Devletleri’nde (“ABD”) bir kahve dükkânı açıldı: “*Dumb² Starbucks*”. Açılan bu dükkânın dünya çapında yaygın

* Makale gönderim tarihi: 02.06.2017. Makale kabul tarihi: 12.06.2017.

** Yrd. Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Kavacık Mah. Ekinçiler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı - Beykoz 34810 İstanbul.

1 <http://www.usatoday.com/story/news/nation-now/2014/02/10/dumb-starbucks-parody-free-coffee/5357597/>

2 “Ahmak” yahut “budala”.

kahve zinciri Starbucks'ın³ bir parodisi olduğu iddia edilmekteydi. Bir parodi olarak açıldığı iddia edilen "Dumb Starbucks" ta kullanılan görsellerin tamamı Starbucks tasarımından hiçbir değişiklik yapılmadan alınmıştı; logo, menü, kahve bardağı tasarımı... Bu dükkânın Starbucks kahve dükkânı zincirinden en önemli farkı kahve ve tatlıların hiçbir ücret alınmaksızın sunulmasıydı. Hiçbir işlevi olmamasına rağmen Starbucks'taki görüntünün tamamen aynısını yansıtmak amacıyla dükkânda bulunan kasaların her iki yanında yine Starbucks usulünce jazz müzik CD'leri "Dumb Nora Jones Duets" ve "Dumb Jazz Standarts" satılmaktaydı. Dükkân açıldıktan birkaç gün sonra Los Angeles Sağlık Bakanlığı tarafından kapatıldığı duyuruldu⁴.

Kısa süren bir macera olan "Dumb Starbucks"ın sağlık kaygılarıyla kapatılmasının sebebi fiilen bir kahve dükkânı olarak işletilmesine rağmen sanat galerisi olarak nitelendirilmesi ve içeride sunulan kahve ve diğer ürünlerin ise sanatçı Nathan Fielder tarafından üretilen sanat eserleri olmasıydı. Dumb Starbucks dükkânının web sitesinde yer alan sık sorulan sorulara verilen cevaplarda⁵, bu dükkânın hiçbir şekilde Starbucks şirketi ile bağlantısının bulunmadığı, "Starbucks" ismini ve logosunu sadece tanıtım, pazarlama amaçlı kullanıldığı ve bunun yasal olduğu belirtilmekteydi. Starbucks isminin ve diğer tüm öğelerin kullanılmasının "parodi" kapsamında hukuka uygun olduğu ifade edilmekteydi. Yapılan açıklamada, "dumb" kelimesinin kullanımı neticesinde Starbucks ile "dalga geçildiği" ve bu sayede markanın "adil kullanım" kapsamına girdiği iddia edilmekteydi. Yine "adil kullanım" çerçevesinde sağlanan yasal korumadan faydalanabilmek amacıyla dükkânın bir ticari işletme olarak değil sanat galerisi olarak nitelendirilmesi gerekiyordu.

Bir sanat galerisi olduğu iddia edilen "Dumb Starbucks" Sağlık Bakanlığı tarafından kapatılırken, Starbucks da bu konuya ilişkin herhangi bir hukuki yola başvurmadı. Ancak tüm kurgunun temelinde yatan hukuki kavram olan "adil kullanım" kavramı bu olaydan yola çıkılarak, sadece hukukçular arasında değil genel olarak tanınmasına tartışılmasına yol açtı.

Amerikan fikri haklar hukukuna dair önemli bir kuralı teşkil eden "adil kullanım" kavramı fikri haklara sınırlı sayıda ve şartlara bağlı olarak sınırlama getirebileceğini öngören Avrupa Birliği mevzuatından ve dolayısıyla Türk hukukun-

3 Bilindiği üzere Starbucks, dünya çapında yaklaşık 17.000 kahve dükkânı işleten 50'den fazla ülkede faaliyette olan uluslararası bir şirkettir. <http://globalassets.starbucks.com/assets/e7415de12a1b41ec2a23371e146f72dod.pdf>

4 <http://firemark.com/2014/03/21/episode-48-google-wins-some-loses-some-and-more/>; <http://www.nydailynews.com/entertainment/tv-movies/dumb-starbucks-shut-health-inspectors-article-1.1609947>

5 <http://imgur.com/gallery/LdGtW>

dan farklı bir doktrin olup, bu doktrinin gelişen teknolojilere ayak uydurabilmek amacıyla gereken esnekliği sağlayabileceği düşünülmektedir.

Bu incelemede öncelikle “adil kullanım” doktrininin kavramı, tarihçesi ve gelişimi (I), ardından bu doktrinin amacı (II) ve doktrin kapsamında fikri hak ihlallerinin ve adil kullanımın tespitinde kullanılan kriterler incelenecek (III), nihayet adil kullanım doktrinin AB hukuku ülkelerine muhtemel etkisi değerlendirilecektir.

I. Adil Kullanım Doktrinin Tarihçesi ve Gelişimi

Bilim ve sanata ABD'nin kuruluşundan itibaren verilen önem, yapılan hukuki düzenlemelere de yansımıştır. Amerikan Anayasasını hazırlayan kurucu heyet, bilim ve sanatın teşvik edilmesine verilen önemi, bu konuyu Anayasa'ya dahil ederek vurgulamışlardır⁶. Bu doğrultuda Amerikan Anayasası⁷ Kongre'ye bilim ve sanatın gelişiminin teşvik edilmesi için eser ve buluş sahiplerine sınırlı süreli bir tekel hakkı tanınması konusunda yetki verilmiştir. 1790 yılında Kongre ilk Telif Hakkı Kanununu çıkartarak eser hakkı sahiplerinin haklarını tanıma ve koruma yönünde ilk adımı atmıştır⁸. 1790 tarihli bu Telif Hakkı Kanunu, İngiltere'de 1710 tarihinde kabul edilmiş olan “Anne Kanunu” (*Statute of Anne*) model alınarak oluşturulmuştur⁹.

Telif hakkına ilişkin ilk düzenlemelerin yapılmasının kısa bir süre ardından mahkemelerce, telif hakkı ile korunan eserlerin bazı izinsiz kullanım hallerinin telif hakkının ihlali teşkil etmediği yönünde kararlar vermeye başlanmıştır¹⁰. Kararlarda telif hakkının mutlak bir hak olmadığı ve telif hakkına konu bazı kullanımların “adil” bulunduğu gerekçesi de yer almıştır.

Özellikle 1841 yılında *Folsom v. Marsh* davasında verilen karar, adil kullanım

6 Anna Claveria Brannan, “Fair Use Doctrine and the Digital Millenium Copyright Act: Does Fair Use exist on the Internet under the DMCA?”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 42, No. 1, 2001, , sa. 247-276, s. 246.

7 ABD Anayasası, m.1 § 8, bend. 8.

8 Brannan s. 247, dn. 2; Telif hakkı önceleri eyalet hukuklarında düzenlenmiş olup, ilk federal kanun1790'da kabul edilmiştir.

9 Anthony Davis Jr, “Fair Use: Articulating the Liberal Approach”, *Libraries and the Academy*, Vol. 12, No. 2, 2012, sa. 122-137, s. 124; Özge Öncü, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 75; Öncü, her ne kadar tarihçeleri çakışsa da Amerikan ve İngiliz hukukları arasındaki sistem farkının “İngiliz hukukundaki dürüst kullanım ilkesi, Amerikan hukuku ile karşılaştırılabilir nitelikte genel bir hüküm getirmemekte ve mahkemelere, Kanun koyucu tarafından açıkça anılan yararlanma faaliyetleri ötesinde, bir sınırlandırma meydana getirme hususunda neredeyse hiç oynama alanı bırakmamaktadır. İngiliz hukukunda dürüst kullanım ilkesi, sadece CDPA'da açıkça anılan yararlanma faaliyetleri kapsamında bir fonksiyona sahip olmaktadır.”

10 Pierre N. Leval, “Toward a Fair Use Standard”, *Harvard Law Review*, Westlaw 103 HVLR, Mart 1990, s. 1105.

doktrininin mihenk taşıdır. Kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 1831 tarihli tadil edilmiş Telif Kanunu uyarınca, ihtilaf konusu kitaba ilişkin telif hakkının kapsamını basmak, tekrar basmak, yayımlamak ve satmak oluşturmaktadır ve bu kapsam oldukça dar yorumlandığından bir kitabın kısaltılarak yayınlanması telif hakkının ihlali sayılmamaktadır¹¹. Aynı şekilde bir romanın dramatize edilerek tiyatroya uyarlanması, tercümesi ve diğer türev eserlere dönüştürülmesi de ihlal oluşturmamaktadır¹².

O dönemde telif hakkının sınırını yürürlükteki kanun metninin lafzı belirlemektedir. Ancak 1841 yılına gelindiğinde telif hakkı kapsamının İngiliz hukukuna dayanan bu sınırlandırıcı yorumu *Folsom v. Marsh* davası yargıcı Story tarafından temellendirilen "adil kullanım" doktrini ile aşılacak üzereydi.

Folsom v. Marsh davasında davalı, davacının 12 ciltten oluşan George Washington biyografisini kullanarak iki ciltlik bir biyografi hazırlamıştır. Yargıç Story, telif hakkı ile korunan bir kitabın başka bir yazar tarafından kısaltılmasının telif hakkının ihlali teşkil etmediği, zira bu kısaltma ile oluşturulan kitabın başka bir eser olduğu yönünde karar vermiştir¹³. Yargıç Story kararında izinsiz bir kullanımın adil kullanım olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği yönünde verilecek kararda dikkate alınması gereken kriterleri de belirtmiştir. Folsom ölçütleri olarak adlandırılan bu kriterler şunlardır¹⁴; (i) eserin niteliği ve konusu, (ii) kullanılan unsurların değeri ve miktarı, (iii) kullanımın eserin ekonomik değeri üzerindeki etkisi ve (iv) ilk kullanımın amacını aşip aşmadığı.

Yargıç Story'nin bir eserin kısaltılmasının o eser üzerindeki telif hakkının ihlali teşkil etmemesi için dikkate alınması gereken etkenleri sıralaması, kararın verildiği dönemde kabul edilmiş olan "kısaltma doktrininin" diğer bir deyişle bir eserin kısaltılmasının başka bir eser oluşturması sebebiyle ihlal teşkil etmeyeceği görüşüne karşı bir görüş ortaya koymuştur. Folsom kararında, korunan hakka konu eserin temelini ek bir çaba gösterilmeden alınması ile bir eserin başka bir eserde karşılaştırma yapmak gibi makul ve adil bir eleştiri amacıyla kullanılması arasında fark olduğu belirtilmiştir¹⁵. Her ne kadar Folsom davasında ortaya konulan bu ilk muhalif duruş "kısaltma doktrini" nin ortadan kaldırılmasına yeterli olmamış ve daha sonra verilen kararlarda ve Telif Kanunu'nun 1870 ve 1909 yıllarında yapılan

11 Leval, s. 1105.

12 Leval, s. 1105.

13 L. Ray Patterson, "Understanding Fair use", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 55 No. 2, Spring 1992, sa. 249-266, s. 255.

14 Leval, s.1005; Patterson, s. 256.

15 Matthew Sag, "Prehistory of Fair Use", *Brooklyn Law Review*, Vol. 76:4, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1663366>, s. 8.

değişikliklerinde dikkate alınmasa da¹⁶, Yargıç Story tarafından ortaya konulan bu ölçütler 1976 tarihli Telif Kanunu'nun temelini teşkil etmektedir. İlginç olan günümüz Amerikan hukukunda telif hakkı sahibinin haklarının sınırlarını gösteren adil kullanım doktrinin yukarıda da belirtildiği üzere, Folsom kararının verildiği dönem için telif hakkının genişlemesine yol açan bir görüş olarak karşımıza çıkmış olmasıdır¹⁷. Bu görüş uyarınca pozitif hukuk, telif hakkı sahiplerine bir tekel hakkı vererek ancak doğal hukuk çerçevesinde eser sahibinin sahip olduğu mülkiyet hakkını temin etmektedir¹⁸. Günümüzde telif hakkı sahibinin bu hakkının sınırlarını teşkil ettiği kabul edilen “adil kullanım doktrini” 1976 tarihli Telif Hakları Kanunu ile Amerikan hukukunda pozitif temele oturmuştur. Ancak adil kullanım doktrininin telif hakkı sahibinin doğal hukuka dayanan mülkiyet hakkının yansıması olmaktan çıkıp bu hakkın bir sınırını teşkil etmesindeki sebep, telif hakkının pozitif hukuktaki kapsamının değişmiş olmasıdır. Pozitif hukukun telif hakkını sınırlı şekilde tanıdığı dönemde ortaya çıkan adil kullanım kavramı, ihlal sayılmayacak halleri “adil” olma ile sınırlar ve ölçütler koyarken; pozitif hukuk ile telif hakkının genişlediği dönemde, bu ölçütler hakkın sınırını teşkil etmeye başlamıştır¹⁹.

II. Adil Kullanım Doktrinin Amacı

ABD hukuku uyarınca, telif hakkı sahibi eser üzerinde türetme, icra etme/sergileme, dağıtma ve türev eserler yaratma haklarına münhasıran sahiptir. Adil kullanım ise bu münhasır hakkın sınırınıdır. Telif Hakları Kanunu'nun (1976) §107, adil kullanımı tanımlar ve “dört kriter testi” olarak adlandırılan kriterleri ortaya koyar. Bu kriterler aslında daha önce de belirtildiği üzere Folsom v. Marsh kararında Yargıç Story tarafından ifade edilmiştir²⁰;

*“Kısaca, bakmamız gereken (...) yapılan tercihlerin niteliği ve konusu, miktarı ve kullanılan materyallerin değeri ve kullanımın ölçüde satışı etlileyip etkilemeyeceği, kârı azaltıp azaltmayacağı veya orijinal eserin amaçlarını ikame edip etmeyeceğidir.”*²¹

Yargıç Story'nin kararıyla birlikte adil kullanım doktrini içtihat hukukunda tartışılıp, kararlara dayanak teşkil etmiş olsa da bu kriterlerin kanunlaştırılması Telif Hakları Kanunu'nun (1976) §107 ile gerçekleşir.

16 Patterson, s. 257.

17 Sag, s. 8; Patterson, s. 257.

18 Patterson, s. 257.

19 Patterson, s. 257 vd.

20 Reese R. Anthony, “The Story of Folsom and Marsh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Sources”, *Intellectual Property Stories* (ed. Ginsburg Jane C, Dreyfuss Rachele Couper), New York, 2006, s. 259.

21 Folsom v. Marsh, 9F. CAs. 3428c.c.d. mass.1841 (No. 4901), <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5238>, (erişim tarihi, 15.05.2017)

Telif Hakları Kanunu (1976) §107 üç kısımdan oluşmaktadır; hüküm öncelikle adil kullanımın telif hakkının bir istisnası olduğunu düzenler, ardından adil kullanımın hangi kriterlere göre belirleneceğini ortaya koyar ve nihayet 1992'de eklenen son cümle ile de bir eserin yayınlanmamış olmasının bir kullanımın adil kullanım olarak nitelendirilmesini engellemeyeceğini düzenler²².

Telif Hakları Kanunu'nun (1976) §107 ile tespit edilen kriterler şunlardır;

1. Kullanımın amacı ve yapısı; ticari bir nitelik taşıması yahut eğitim gibi kâr amacı gütmeyen bir faaliyet için olması,
2. Kullanılan eserin niteliği,
3. Kullanılan kısmın miktarı ve bu kısmın fikri hakka konu eserin tamamına oranla önemi,
4. Kullanımın telif hakkına konu eserin potansiyel pazarı veya değeri üzerindeki etkisi.

Eserin yayınlanmamış olması ise diğer kriterlerin bulunması halinde tek başına adil kullanımın tespitini engellemeyecektir.

Bu kriterler adil kullanım koşullarının gerçekleşmesi halinde üçüncü kişilerin eser sahibinin onayı olmaksızın, eseri kullanabilmelerini mümkün kılar ve mahkemeler, telif hakkına konu eserin üçüncü kişiler tarafından kullanımının ihlal teşkil edip etmediğine karar verirken bu dört kriteri dikkate almaktadırlar. Telif hakkının sınırını teşkil eden adil kullanım, telif hakkı ile tanınan tekel hakkı ile çelişen, yarışan bir amaca değil tam tersine aynı amaca hizmet eder. ABD hukukunda içtihatlarda telif hakkı, eser sahiplerinin eserleri üzerinde sahip oldukları mutlak ve doğal bir mülkiyet hakkı olarak değil; toplumun entelektüel zenginleşmesi için sanattaki gelişmeyi ve sanatsal faaliyeti teşvik etmek amacıyla tasarlanmış bir hak²³.

Adil kullanım doktrini de, her ne kadar telif hakkının sınırını teşkil etse de, telif hakkı ile aynı amaca hizmet eder. Telif hakkının sınırını teşkil edecek adil kullanımın da telif hakkı gibi üretici düşüncüyü teşvik eden; ancak yaratıcılığı sınırlamayan bir nitelikte olması gerekir. Özellikle entelektüel yaratıcı faaliyetin sıfırdan oluşmadığı dikkate alındığında adil kullanımın önemi anlaşılır; her dü-

22 Beebe Barton, An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 156, No. 3, Ocak 2008, sa. 549-624, s. 558.

23 Leval, s. 1107-1109. Eser üzerindeki fikri hakka ilişkin bu tanım Yüksek Mahkeme tarafından birçok kararda aynı şekilde tekrarlanmıştır: *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975); *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954); *Fox Film Corp. v. Doyal*, 286 U.S. 123, 127 (1932). Aynı doğrultuda İngiliz hukukunda telif hakkını düzenleyen 1709 tarihli *Ann Kanunu*'nda (*Statute Ann*) düzenlemenin amacı "Eğitilmiş erkeklerin (kişilerin) besteler ve faydalı kitaplar yazmalarının cesaretlendirilmesi" olarak ifade edilmiştir "

şünce, önceki düşünürlerin koydukları tuğlaların üzerine konulur²⁴.

Bir kullanımın adil olup olmadığının belirlenmesinde kullanılan dört kriterin amacı da bu kullanımın fikri mülkiyet hukukunun amaçlarına uygun olup olmadığının saptanmasıdır.

III. Adil Kullanım Kriterleri

Amerikan hukukunda, telif hakkına konu bir eserin üçüncü kişiler tarafından kullanımının, telif hakkının ihlal edip etmediği, diğer bir deyişle kullanımın adil olup olmadığı, kullanımın Telif Hakları Kanunu (1976) §107'de yer alan kriterler çerçevesinde nitelendirilmesi ile tespit edilir. Kanun hükmü, adil kullanımı tanımlamamış kriterler çerçevesinde mahkemeleri her bir somut olay çerçevesinde değerlendirme yapmak üzere serbest bırakmıştır²⁵. Kanunda yer alan kriterler de kullanımın niteliğini somut bir şekilde yüzdeler ile belirleyebilecek nitelikte -kantitatif bir yapıda- değildir²⁶; daha ziyade kullanımı her yönden değerlendirip, kullanımın telif hakkının amacına hizmet edip etmediği hatta ne ölçüde bu amaca uygun olduğunu tahlil etmeye yöneliktir²⁷. Her ne kadar teoride bu kriterlerin sınırlı sayıda, hatta emredici olmadığı kabul edilse de Amerikan mahkemeleri neredeyse tüm adil kullanım savunmalarını bu dört kriter üzerinde değerlendirmektedir²⁸. Ancak mahkemeler bu değerlendirmeyi yaparken, kendilerine tanınan esneklik çerçevesinde çeşitli alt kriterler ekleyebilecekleri gibi bazı kriterleri diğerlerinden daha çok dikkate de alabilmektedirler²⁹. Gerek teorik olarak dört kriterin kullanımında gerekse de bu kriterlerin değerlendirilmesinde tanınan esneklik çeşitli mahkeme kararlarında vurgulanmakta ve hatta "*kriterlerin mekanik olarak karar verilmesini sağlayan bir algoritma yaratmadığı*" ifade edilmektedir³⁰. Mahkemelere tanınan bu esneklik, yeni teknolojilere ayak

24 Leval, s. 1109.

25 Lesley Ellen Harris, Weighing the Four Fair Use Factors, *Information Outlook*, vol. 10, n.12, 2006, sa. 40-41, s. 40.

26 Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic, University of California, Berkeley, School of Law, An Empirical Analysis of Learning-Promoting Fair Use Case Law ("Samuelson Raporu"), Mayıs 2009, https://wiki.creativecommons.org/images/4/4b/Samuelson_fair_use_study_.pdf. (erişim tarihi, 15.05.2017), s.7; Telif hakkına konu eserin eğitim amaçlı kullanılmasının özellikle bir eserin sınıfta eğitim amaçlı çoğaltılmasının genel kabul gören bir istisna olduğuna dair bkz. Princeton University Press v. Michigan Document Services 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996), https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/99_F3d_1381.htm, (erişim tarihi, 15.5.2017).

27 Lavel, s. 1110; Samuelson Raporu, s. 8; Barton Beebe, An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005,

28 Samuelson Raporu, s. 8.

29 Samuelson Raporu, s. 8.

30 Chicago Bd. of Educ. v. Substance Inc., 354 F. 3d 624, 629 (7th Cir. 2003) <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5119>, (erişim tarihi, 15.5.2017).

uydurmaya hizmet etse de kriterlerin yorumunda birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir³¹.

Bu kriterlerin yanında kanun hükmü altı kullanım şeklinin adil kullanım çerçevesinde telif hakkının ihlali teşkil etmeyeceğini örnek olarak saymıştır; eleştiri, yorum, öğretim, bilimsel araştırma ve (diğer) araştırmalar... §107'de verilen bu örnekler de sınırlı sayıda olmayıp dört kriter değerlendirmesinin davalı lehine sonuç verdiği hallerde telif hakkına konu eserin kullanımının adil kullanım olarak değerlendirileceği durumları örnekler³².

A. Kullanımın Amacı ve Niteliği

Bir eserin üçüncü kişi tarafından kullanımının amacı, bu kullanımın bir ihlal mi yoksa adil kullanım mı olduğunun tespiti açısından son derece önemlidir. Kullanımın adil kullanım olduğuna karara verilebilmesi için, bu kullanımın fikri mülkiyet hukukunun amacına hizmet edip etmediği ve toplumsal aydınlanma için yaratıcılığı teşvik edip etmediği incelenmelidir. Burada amacın sadece uygunluğu değil, kullanımın amacı ne ölçüde desteklediği de incelenmelidir.

Adil kullanım doktrininin tarihçesine bakıldığında, bu ilk kriterin "kısaltma eserlerle" birlikte ortaya çıktığı görülmektedir. Gyles v. Wilcox³³ davasında, bir eserin sadece kısaltılması ve renklendirilmesinin muhakkak ki, ihlal teşkil edeceği belirtilmiştir. Ancak bir ikincil kullanımın kısaltma olması, bu kullanımın doğrudan ihlal teşkil edeceği anlamına gelmeyecektir. Telif hakkına konu eserin kullanımının ilk eseri değiştirici veya yaratıcı niteliği de birçok mahkeme tarafından dikkate alınmıştır; orijinal esere yenilik getiren, yeni bir mesaj, anlam yahut ifade sunan eserler bu anlamda yaratıcı kabul edilmiştir³⁴.

İkincil kullanım olarak da adlandırılan "eserin üçüncü kişi tarafından kullanımı" orijinal eserin amacından farklı olmalı, eserin kullanılan kısmını farklı bir şekilde kullanmalıdır. Orijinal eserin bir kısmının yeniden düzenlenerek sunulması, şüphesiz ki bu kriteri geçemeyecektir. İkincil kullanımın, orijinal eserdeki ham unsurları alarak bunları yeni bir bilgiye, bakışa, görünümüne çevirmesi halinde bu kullanım adil kullanım olarak değerlendirilebilecektir. Zira adil kullanım doktrininin amacı yaratıcı ikincil kullanıma izin vererek toplumsal entelektüel gelişimi desteklemektir. Ancak bir yaratıcı faaliyetin bulunması tek başına ikin-

31 Harris, s. 40.

32 Holger Postel, "The Fair Use Doctrine in the U. S. American Copyright Act And Similar Regulations In The German Law", *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property* 2006, sa. 142-157, s. 145.

33 Gyles v. Wilcox, 2 ATK 141 (1470), (<http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1740/78.pdf>).

34 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994), <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html> (erişim tarihi 15.5.2017), s. 579.

cil kullanımı adil kalmaz. İkincil kullanımın korunabilmesi için bu iddianın, orijinal eser sahibinin haklarından daha çok korunmasını gerektirecek ölçüde güçlü olması gerekir. Bu çerçevede özellikle orijinal eserin eleştirileri, orijinal eserin yazarının karakterini tespitiye yönelik çalışmalar, bir fikri desteklemek yahut karşı çıkmak için özetlemek adil kullanım sayılacaktır.

Bir eserin eleştirisi, yorum, öğretim, bilimsel yahut diğer araştırmalar yapılması amacıyla kullanılması halinde bu kullanımın lehine bir durum teşkil edecektir. Eserin ticari bir amaçla kullanılması ise aleyhe olmakla beraber tek belirleyici unsur teşkil etmeyecektir³⁵.

B. Kullanılan ve Fikri Hakka Konu Eserin Niteliği

Mahkeme kararlarına bakıldığında telif hakkına konu eserin niteliğinin özellikle iki başlık altında incelendiği görülmektedir; yayınlanmış olup olmadığı ve eserin orijinalliği³⁶.

1. Eserin Yayınlanmamış Olmasının Adil Kullanım Savunmasının Kabulüne Etkisi

Eserin yayınlanıp yayınlanmadığının esere konu hakka tanınan fikri hakka karşı adil kullanım savunmasına etkisi Amerikan mahkemelerinin üç temel kararında şekillenmiştir; *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*³⁷, *Salinger v. Random House, Inc*³⁸ ve *New Era Publications Intern., ApS v. Henry Holt and Co., Inc*³⁹.

Harper & Row, Inc. v. Nation Enterprises kararında Yüksek Mahkeme, yayınlanmamış esere adil kullanım savunmasının daha dar algılanması gerektiğine

35 Samuelson Raporu, s.10; Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994), <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html> (erişim tarihi 15.5.2017), Roy Orbison'ın 1964 tarihli rock baladı "Oh, Pretty Woman" adlı eserin hip-hop grubu 2 Live Crew tarafından kullanılması, kullanımın ticari olması ve baladın "kalbinin" bir parodi olarak ele alınan ikincil kullanımda da ana unsur teşkil etmesi gerekçeleriyle 6. Daire tarafından adil kullanım olarak değerlendirilmemiş, kararın davacılarca temyiz edilmesi üzerine konu Yüksek Mahkeme'de tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme ise 6.Daire'nin kararını bir kullanımın ticari olmasının kullanımın amacının ve niteliğinin tespitinde kullanılan kriterlerden sadece biri olduğu ve bir parodi yapılabilmesi için eserin unsurlarından faydalanarak ilk eseri yorumlayan yeni bir eser yaratmasının zorunlu olduğu gerekçeleriyle bozmuştur. Roy Orbison, "Oh, Pretty Woman" için bkz. https://www.youtube.com/watch?v=_PLqO_7k1jk; 2live Crew, "Pretty Woman" için bkz. https://www.youtube.com/watch?v=65GQ70Rf_8Y.

36 Leval, s. 1116.

37 Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 551 (1985), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/case.html>, (erişim tarihi, 15.5.2017).

38 Salinger v. Random House, Inc., 811 F.2d 90 (2nd Cir. 1987), https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/811_F2d_90.htm, (erişim tarihi, 15.5.2017).

39 New Era Publications Intern., ApS v. Henry Holt and Co., Inc., 873 F.2d 576 (1989), <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5173>, (erişim tarihi, 15.5.2017).

karar verirken, *Salinger v. Random House, Inc.*, davasında karar veren 2. Daire yayınlanmamış eserlerin normal olarak ihlale karşı tam korumadan yararlanması gerektiğini ifade etmiştir. *Salinger* kararında Mahkeme, gerekçesini iki hakka dayandırmıştır; hak sahibinin "ilk yayın ve mahremiyet hakkı"⁴⁰. *New Era Publications International v. Henry Holt & Co.*, davasında ise yine 2. Daire, adil kullanım doktrinin yayınlanmamış bir eserin neredeyse her türlü ikincil kullanımını engellediğini ifade etmiştir⁴¹.

Verilen bu kararların ardından her ne kadar bir eserin yayınlanmamış olmasının mahkemelerce telif hakkı sahibi lehine dikkate alınacağı kabul edilse de⁴², Amerikan Kongresi bu durumun yayınlanmamış eserlerin ihlali iddiası karşısında adil kullanım savunmasının yapılamayacağı anlamına gelmemesini temin etmek amacıyla 1992 yılında Telif Hakları Kanunu'nun (1976) §107 maddesinde değişiklik yaparak bu ifadeyi kanun metnine eklemiştir. Kongre bu değişikliği yaparak kararlarda yapılan gerekçelendirme neticesinde bir eserin yayınlanmamış olmasının adil kullanım savunmasına karşı "*per se*" engel teşkil etmesini engellemek istemiştir⁴³.

2. Eserin Yaratıcı Bir Çalışmanın Ürünü Olup Olmaması

Bir eserin yaratıcı çalışmanın ürünü olup⁴⁴ olmaması da adil kullanım savunmasının değerlendirilmesinde dikkate alınır⁴⁵; orijinal bir şiir yahut hikâye, tıbbi vakalara dayanan bir derlemeye nazaran daha çok korunur⁴⁶. Bu kriter çerçevesinde kurgu ve fantezi eserlerin üçüncü kişilerce kullanımının adil kullanım kabul edilmesi daha zor olacaktır⁴⁷.

N.Y. Times Co v. Roxbury Data Interface davasında ihlal edildiği iddia edilen eserin yaratıcı bir nitelikten ziyade derleme olduğu; orijinallik veya yaratıcılık ye-

40 Crews Kenneth D., "Unpublished Manuscripts and the Right of Fair Use": *Copyright Law and the Strategic Management of Information Resources*, Rare Books & Manuscripts Librarianship, Volume 5, No.2 1990, s. 61-70, s. 63; Yayınlanmış eserlerde telif hakkı belli bir süre sonra sona ererken, yayınlanmamış eserler için süre başlamamaktadır.

41 Yayınlanmamış bir eserden (Bare-Faced Messiah) uzun alıntılar yapan bir kitabı basan Danimarkalı yayıncı şirkete karşı telif hakkının ihlalinin tartışıldığı *New Era v. Holt* davasında, 2. Daire kararından önce, Hakim Pierre Leval ihtiyati tedbir kararını yapılan uzun atfın zararın fikrinin belirtmek için gerekli olduğu gerekçesi ile adil kullanım olduğunu kabul ederek reddetmiştir.

42 Peggy Tahir, Four Factors of Fair Use – The Second Factor: The Nature of the Copyrighted Work, <https://blogs.library.ucsf.edu/inplainsight/2017/02/22/four-factors-of-fair-use-the-second-factor-the-nature-of-the-copyrighted-work/>, (erişim tarihi, 15.5.2017); Beebe, s. 549.

43 Goldstein Paul, *Goldstein on Copyright*, Vol. I, New York 2017, s. 12:52.

44 *New Era Publications Intern., ApS v. Henry Holt and Co., Inc.*, 873 F.2d 576 (1989).

45 *Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9*, 108 F.3d 1119, 1122 (9th Cir. Cal. 1997), <https://www.ravellaw.com/opinions/5bc9f12de34b3681a7699106eaf945ae>, (erişim tarihi, 15.5.2017).

46 Peggy Tahir, Four Factors of Fair Use – The Second Factor: The Nature of the Copyrighted Work, <https://blogs.library.ucsf.edu/inplainsight/2017/02/22/four-factors-of-fair-use-the-second-factor-the-nature-of-the-copyrighted-work/>, (erişim tarihi, 15.5.2017); Goldstein, s. 12:46-47.

47 Beebe, s. 611.

rine düzenli ve özenli bir çalışma ürünü olması sebebiyle davalının kullanımının adil kullanım teşkil ettiğine karar verilmiştir. Karara konu olayda, The New York Times gazetesinin yayınından sorumlu olan davalı N.Y. Times Co, yıllık olarak The New York Times indeksini de yayınlamaktadır. İndeks gazetesinin sayfa ve sütunlarına atıf yaparak verileri düzenlenmesini sağlamaktadır. Davalı Roxbury Data Interface ise gazetede isimleri geçmiş kişilere ilişkin bir indeksi davacının eserindeki sayfalara atıf yapılması suretiyle hazırlamıştır. İhtilaf, davacının endeksindeki isim ve verilerin davalı tarafından kullanımının adil kullanım teşkil edip etmediği hususundadır. Bu kullanımının adil olduğu kararı veren mahkeme, kullanımın kazanç amaçlı olmasına rağmen, davalıların çabasının araştırmacıları önemli ölçüde zaman harcamaktan kurtaracak olması sebebiyle kamu menfaatine olması üzerinde durmuştur. Mahkeme ayrıca ikinci kriter bakımından da indeksin yaratıcı bir çalışmadan ziyade veri toplama niteliğinde olması ve davalıların indeksi olduğu şekliyle kopyalamayarak isimleri seçerek onlara ilişkin bilgileri derlemesi gerekçelerine de dayanmıştır. Nihayet davalının “kişisel isim indeksi” çalışmasının davacının pazarında yaratacağı etkinin hafif olacağına da karar vermiştir.

Eserin hem yaratıcı olması hem de vaka derleme niteliği taşıması halinde ise mahkeme, ikinci kriterin karar vermeye etkili olamayacağına hükmetmiş ve değerlendirmesini diğer kriterleri esas alarak yapmıştır⁴⁸.

C. Kullanılan Kısımın Miktarı ve Önemi

İkinci kriter fikri hakka konu eserin bir bütünü ile mukayese edildiğinde kullanılan kısmın miktarı ve öneminin değerlendirilmesini gerektirir. Bu değerlendirme yapılırken hem eserin hem de kullanım niteliği olduğu kadar niceliğinin de dikkate alınmalıdır. Mahkeme kararlarına bakıldığında diğer adil kullanım kriterleri arasında üçüncü kriterin en iyi anlaşılabilir ve yeknesak uygulamaya kavuşmuş kriter olduğu görülür⁴⁹. Ancak üçüncü kişinin fikri hakka konu eserin tamamını almış olmaları halinde dahi adil kullanım olduğu sonucuna varılması mümkündür, yeter ki eser yeniden üretilmiş olsun; bir eserin neredeyse sadece yeniden ambalajlanarak sunulmasını adil kullanım saymak zordur⁵⁰. Fikri hakka konu eserin üçüncü kişi tarafından kullanımının ne kadar değiştirilerek kullanıldığı kullanımın aşırı olup olmadığı konusundaki değerlendirmeye de etki edecektir⁵¹. Kullanım, değişik bir amaç yahut karakter ile kullanılan esere yeni

48 Goldstein, 12:52, Marcus v. Rowley, 695 F.2d 1171 (9th Cir. 1983).

49 Beebe, s. 615.

50 Infinity Broadcasting Corp. v. Kirkwood, 63 F. Supp. 2d 420 (S.D.N.Y. 1999), <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/63/420/2456581/>; Beebe, s. 218; Brown Richard, From The University Presses-The Code of Best Practices in Fair Use for Academic and Research Libraries Against the Grain, 2012 Vol. 24: Iss. 4, Madde 35, s.73-75, s. 74; Goldstein, s.12-55.

51 Sheldon W Halpern/Craig Allen Nard/Kenneeth L. Port, Fundamentals of United States Intellectual Property Law, Cambridge 2007, s. 127.

bir şey katıyorsa ve bu eseri yeni bir ifade, anlam veya mesaj ile değiştiriyorsa dönüştürücü nitelikte kabul edilecektir⁵². Bu konu kararlarda daha ziyade parodi niteliğindeki kullanımlarda tartışılmıştır⁵³.

D. Kullanımın Telif Hakkına Konu Eserin Potansiyel Pazarı Veya Değeri Üzerindeki Etkisi

Dördüncü kriter, üçünü kişi tarafından ihlal olduğu iddia edilen kullanımın fikri hakka konu eserin değeri veya pazarı üzerindeki etkisidir. 1985 tarihli Harper&Row v. Nation Enterprises davasında⁵⁴ ABD eski Başkanı Gerald Ford, davacı Harper & Row Publishers'a anılarını yayınlama hakkını devretmiştir. Time gazetesi de davacıdan bu yayınlamamış anılardan oluşan bir yayın dizisi yapma hakkını münhasıran devralmıştır. Time yayın dizisine başlamadan önce, davalı Nation dergisinin yayıncısı olan Nation Enterprises, henüz yayınlanmamış olan bu anıların bir nüshasını yetkisiz olarak ele geçirmiş ve 300-400 kelimesi tamamen alıntı olarak alınmış olan, 2.250 kelimelik bir makale yayınlamıştır. Time dergisi, Harper&Row ile olan sözleşmesini feshetmiş, bunun üzerine Harper&Row da Nation'a karşı telif hakkını ihlal sebebiyle dava açmıştır. Davanın temel konusu, Nation'ın yayınlanmamış anılarını kullanımının adil kullanım teşkil edip etmediği üzerinde yoğunlaşmış ve mahkeme bu kullanımın adil olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu kararı verirken eserin yayınlamamış olmasının kesin olmasa da adil kullanım savunmasının bertaraf edilmesinde belirleyici bir etken olduğunu belirtmiştir. Buna ek olarak Mahkeme, kullanılan kısımların "eserin kalbi" niteliğinde olduğunu ve nitelik olarak önemli bulunduğuna da değinmiştir. Bütün bu ifade edilen gerekçeler rağmen, davalının kullanımının fikri hakka konu eserin potansiyel pazarı üzerindeki etkisinin "yegâne önemli unsuru" olduğu ifade edilmiş ve davalının kullanımı ile pazar payı için rekabete girmiş olması ise "fiili zararın apaçık bir ispatı" olarak görülmüştür. Yüksek Mahkeme, dört kriterin yorumlanmasında dördüncü kriterin belirleyici olduğunu ifade ederek adil kullanımın belirlenmesinde kullanılan kriterlere eşit önem verilmeyeceği konusundaki tartışmaları alevlendirmiştir⁵⁵.

52 Pamela Samuelson, Unbundling Fair Uses ("Unbundling"), UC Berkeley Recent Work, <http://escholarship.org/uc/item/55c5kp2>, (erişim tarihi, 15.5.2017), s. 10; Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., s. 579-580, kararda mahkeme dönüştürücü olmanın sadece davalının kullanımının değerlendirilmesinde değil, amacında, kullanılan miktarın uygunluğunun tespitinde ve işin niteliğinin belirlenmesinde de önemli olacağını belirtmiştir. Kararın özeti için bkz. yukarıda dn. 35.

53 Sheldon, Nard, Port, s. 127; Goldstein 12.57-58.

54 510 U.S.539 (1985), https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/471_US_539.htm.

55 Harris, s. 40; Sheldon, Nard, Port, s.128; Goldstein, s.12:58; Campbell v. Acuff Rose Music Inc. kararında ise tüm kriterlerin fikri hakka sağlanan korumanın amacı dikkate alınarak tüm kriterlerin birlikte değerlendirilmeleri gerektiği ifade edilerek, bir kriterin öncelikli yahut ağırlıklı olarak karara etki etmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Ancak yine de Campbell'dan sonra verilen kararların %26.5'i dördüncü kriterin en önemli kriter olduğunu ifade etmiştir. Beebe, s. 617 (verilen yüzde araştırmanın yapıldığı 1978-2005 yılları arası verilen kararlara ilişkindir.

Burada etkilenip etkilenmediği değerlendirilen pazar, davacının halihazırda var olan pazarı ile sınırlı olmayıp eserin kendisinin ve türevlerinin potansiyel pazarları da dikkate alınır⁵⁶. Bu kriterin eserin türevleri bakımından potansiyel pazarları da dikkate alınarak yorumlanmasında eser sahibinin eseri bir ücret karşılığında kullandırma ihtimali çoğunlukla gündeme gelebileceğinden ihtilaf konusu kullanım hiçbir zaman adil görülmeyecektir⁵⁷. Mahkemeler dördüncü kriterin bu şekilde yorumlanmasına müsaade etmemiş ve *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.* davasında, potansiyel zararını kullanımdan elde edeceği lisans geliri olarak gösteren davacının iddialarına karşı, tüm kriterler değerlendirmesi bakımından adil kullanım teşkil eden bir kullanımdan lisans hakkının doğmayacağı ve zararın ispatlanmadığı sonucuna varmıştır⁵⁸.

İhlal teşkil ettiği iddia edilen eser, fikri hakka konu eser ile rekabet halindeyse mahkeme kolayca dördüncü kriter bakımından davacı lehine değerlendirme yapabilecektir⁵⁹. Bir eleştiri yahut parodinin esere olan talebi düşürmesi ise eserin olağan pazarını etkilemesi olarak görülmeyip, eser sahibinin katlanması gereken bir eleştiri niteliğinde kabul edilmiştir⁶⁰.

Sonuç

ABD’de telif hakkına konu eserin üçüncü kişiler tarafından kullanımının ihlal teşkil edip etmediği ve böylece telif hakkının sınırları adil kullanım doktrini çerçevesinde belirlenirken, uluslararası alanda TRIPS (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması) üye ülkelerin fikri hakların üye ülkelere ne şartlarda sınırlandırılabilmesine ve istisna tanınabilmesine ilişkin ilkeyi m. 13 ile tespit etmiştir. TRIPS m. 13 uyarınca; üyeler, eserin olağan kullanımına ters düşmeyen ve hak sahibinin meşru yararlarına haksız şekilde zarar vermeyen bazı özel durumlarda inhisari haklara sınırlamalarıyla da istisnalar öngörecektir. Bu hüküm üye ülkelerin fikri haklara getirecekleri sınır bakımından “üç-adım testi” (“three-step test”) olarak adlandırılan kriterleri uygulamasını gerektirir.

Üç adım testi ilk olarak çoğaltma hakkının sınırlandırılması amacıyla Bern

56 Sheldon, Nard, Port, s.128; Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., s. 568, kararın özeti için bkz. yukarıda dn.54.

57 Sheldon, Nard, Port, s.128.

58 *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109 (2d Cir. 1998), <http://ncac.org/resource/leibovitz-v-paramount-pictures-corp>; Kararda ünlü fotoğrafçı Leibovitz’in çektiği hamile ve çıplak Debbie Moore fotoğrafının “Çıplak Silah 33 1/3” filminin afişinde Leslie Nielson’un yüzünün monte ederek kullanımın ihlal teşkil edip etmediği tartışılmıştır. Kararın ekonomik analizi için bkz. Matthew A. Eisenstein, “An Economic Analysis of the Fair Use Defense Lebovitz v. Paramount Pictures Corporation”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.148, s. 889-930.

59 Goldstein, s. 12:59.

60 Sheldon, Nard, Port, s.128; *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*

Sözleşmesi m. 9.2 ile kabul edilmiş, daha sonra TRIPS m. 13 ile tüm fikri hakların sınırlandırılması ve bu haklara istisnaların tanınmasına ilişkin bir ilkeye dönüşmüştür⁶¹. Üç adım testi uyarınca; (1) Sınırlandırma belirli ve özel durumlara hasredilmelidir, (2) Sınırlandırma eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemelidir ve (3) sınırlandırma eser sahibinin eserinden normal şekilde yararlanmasına aykırı düşmemelidir.

ABD telif hakkı bakımından mahkemelere esneklik tanıdığı düşünülen adil kullanım doktrinini kullanırken, AB ülkeleri tahmin edilebilirlik ve hukuki güvenlik⁶² sağladığı umulacak şekilde fikri hak sahibinin münhasır hakkının sınırlandırılabilme koşullarını sayarak tespit etmiştir. Üye ülkeler milli mevzuatlarında AB 2001/29/EC sayılı ve 22.6.2001 tarihli "Bilgi Toplumunda Telif hakkı ve Bağlantılı Hakların Bazı Yanlarının Uyumlaştırılması Direktifi" m. 5'te yer alan sınırlamalar⁶³ kapsamında sınırlamalar getirmişlerdir.

61 WIPO Telif Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde ilke tekrar edilerek Bern Sözleşmesi'nin uygulandığı hallerde ve tüm haklar açısından dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır. Türkay Alıca/ Bülent Önder, "Engellilerin Yayınlanmış Eserlere Erişiminin Kolaylaştırılmasına Dair Marakeş Anlaşması ve Olası Etkileri", *FMR 2014/1*, s.41-81, s.61.

62 Bernt P. Hugenholtz, Martin R. F. Senffleben, Fair Use in Europe. In Search of Felexibility, Amsterdam 2011, <http://www.ivir.nl/publicaties/download/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>, (erişim tarihi 15.5.2017), s. 2.

63 T.C. AB Bakanlığı Çeviri EŞ güdüm Başkanlığı Tercümesi, <http://www.ab.gov.tr/46576.html>, (erişim tarihi 15.5.2017), Direktifin İstisnalar ve Sınırlamalar başlıklı 5. Maddesi uyarınca: 1.Teknolojik bir işlemin geçici veya tesadüfi [ve] ayrılmaz ve esash bir parçasını teşkil eden, tek amacı eserlerin veya diğer konuların:

(a) bir aracı vasıtasıyla üçüncü kişiler arasında ağ içinde iletimi veya

(b) yasal bir kullanım olan ve bağımsız bir ekonomik değeri olmayan geçici çoğaltımlar 2. maddede öngörülen çoğaltma hakkından muaf tutulur.

2. Üye devletler aşağıdaki durumlarda 2. maddede belirtilen çoğaltma hakkına istisnalar ve sınırlamalar getirebilirler:

(a) Sheet müzik (kitap hâline getirilmemiş basılı notalar) hariç olmak üzere kâğıt veya benzeri ortamlarda her türlü fotoğraflama tekniği veya benzeri etkiye sahip bazı diğer işlemler kullanılarak yapılan çoğaltmalar hakkında hak sahiplerinin adil bedel almaları koşuluyla;

(b) gerçek kişi tarafından herhangi bir ortamda kendi şahsi kullanımı için ve doğrudan ya da dolaylı ticari amacı bulunmayan çoğaltmalar hakkında, hak sahiplerinin eser veya ilgili konulara 6. maddede belirtilen teknolojik önlemleri uygulanıp uygulanmamasını dikkate alan adil bedel alması şartına bağlı olarak;

(c) doğrudan veya dolaylı ekonomik veya ticari menfaat gütmeyen halka açık kütüphaneler, eğitim kurumları veya müzeler ya da arşivler tarafından yapılan belirli çoğaltma filleri hakkında;

(d) yayın kuruluşları tarafından, kendi imkânlarıyla kendi yayımları için yapılan eserlerin geçici kayıtlarına ilişkin olarak; bu kayıtların müstesna belgesel nitelikleri sebebiyle resmi arşivlerde korunmasına izin verilebilir;

(e) hastane veya hapisane gibi ticari amaç gütmeyen sosyal kurumlar tarafından yapılan yayımların çoğaltımına ilişkin olarak, hak sahiplerinin adil bedel alması koşuluyla;

3. Üye devletler, aşağıda belirtilen durumlarda 2. ve 3. maddede öngörülen haklara istisnalar ve sınırlamalar getirebilirler:

(a) eser sahibinin adının belirtilmesi imkânsız hâle gelmedikçe, eser sahibinin adını da içeren

Hali hazırda üye ülke mahkemeleri fikri hukuk mevzuatı dışındaki ilkeler ile gereken esnekliği sağlamaya çalışmaktadır⁶⁴. Ancak özellikle internet üzerinden çevrimiçi bilgi sağlayan hizmetler söz konusu olduğunda istisnaların dar yorumlanması ve sistemin esneklik eksikliği sorun olmaktadır.

- kaynağın belirtilmesi şartıyla ve ticari olmayan amacın gerçekleştirilmesinin izin verdiği ölçüde yalnızca öğretim veya bilimsel araştırmalar için örnekleme amaçlı kullanım;
- (b) doğrudan sakatlıkla ilgili ve ticari olmayan nitelikte belirli bir sakatlığın gerektirdiği ölçüde engelli insanların yararına kullanım;
- (c) bu tür kullanımın açıkça saklı tutulmadığı durumlarda ve eser sahibinin adını da içeren kaynağın belirtilmesi şartıyla güncel ekonomik, politik veya dini konular hakkında yayımlanmış makalelerin veya yayımlanmış eserlerin veya benzer nitelikteki diğer konuların basın tarafından çoğaltılması, umuma iletimi ya da kamunun erişimine sunulması ya da bilgilendirme amacının meşrulaştırdığı ölçüde ve eser sahibinin adının belirtilmesi imkânsız hâle gelmedikçe, eser sahibinin adını da içermek kaydıyla güncel olayların bildirilmesi ile bağlantılı olarak eserlerin veya diğer konuların kullanımı,
- (d) kullanımları özel amacıyla istenen kapsamda ve adil uygulama ile uyumlu olan ve eser sahibinin adının belirtilmesi imkânsız hâle gelmedikçe, eser sahibinin adını da içeren kaynağın belirtilmesi şartıyla, kamuya yasal olarak sunulmuş eserler ya da diğer konularla ilgili eleştiri ve değerlendirme amaçlı alıntılar;
- (e) idari işlemlerin, yasama veya yargı işlemlerinin düzgün icrası veya rapor edilmesinin sağlanması veya kamu güvenliği amaçlarıyla kullanım;
- (f) eser sahibinin adının belirtilmesi imkânsız hâle gelmedikçe, eser sahibinin adını da içeren kaynağın belirtilmesi şartıyla, umumi konuşmalardan alıntılar ile siyasi konuşmaların kullanılması veya bilgilendirme amaçlı olarak benzeri eserlerin ve diğer konuların kullanımı;
- (g) bir kamu otoritesi tarafından düzenlenmiş dini veya resmi kutlamalar sırasında kullanma;
- (h) kamusal alanlarda daimi olarak yerleştirilmek üzere yapılmış mimari veya heykelsiz eserleri gibi eserlerin kullanımı;
- (i) bir eserin veya diğer konuların başka bir materyale rastlantsal olarak dâhil edilmesi;
- (j) sanatsal eserlerin satışının veya kamuya sergilenmesinin ilanı amacıyla, diğer her türlü ticari kullanım hariç tutularak, etkinliği tanıtmak için gerekli olduğu kadar kullanım;
- (k) karikatür, parodi veya taklit amaçlı kullanım;
- (l) cihazların teşhir edilmesi veya onarımıyla bağlantılı olarak kullanım;
- (m) bir sanatsal eserin, bir bina şeklinde ya da binanın çizimi ya da planlarında, binanın yeniden inşası amacıyla kullanım;
- (n) 2(c) paragrafında belirtilen kuruluşların binalarındaki tahsis edilmiş yerler aracılığıyla bu kuruluşların koleksiyonlarında yer alan satın alma veya lisans sözleşmelerine konu olmayan eser ve diğer konuların kişisel çalışma veya araştırma amacıyla bireylere iletimi veya bireylerin erişimine sunulması yoluyla kullanım;
- (o) bu Maddede yer alan diğer istisna ve sınırlamalara halel getirmeksizin yalnızca analog kullanım ile ilgili olması ve Topluluk içerisinde malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını etkilememesi koşuluyla hali hazırda ulusal yasalarda yer alan istisnalar veya sınırlamaların çok az önemli olduğu belirli diğer durumlarda kullanım.

4. Üye devletler, 2. ve 3. paragraflara göre çoğaltma hakkına bir istisna veya sınırlama getirdiklerinde, izin verilen çoğaltma filinin amacının meşrulaştırdığı ölçüde 4. maddede belirtilen yayma hakkına da, benzeri sınırlama veya istisnalar getirebilirler.

5. 1, 2, 3 ve 4. paragraflarda sağlanan istisnalar ve sınırlamalar, sadece bir eserden veya diğer konulardan normal yararlanmaya aykırı olmayan ve hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmaksızın zarar vermeyen belirli özel durumlarda uygulanır.

64 Google Thumbnails, BGH · Urteil vom 29. April 2010 · I ZR 69/08;

ABD dışında Singapur⁶⁵, Güney Kore⁶⁶, Tayvan⁶⁷ ve İsrail adil kullanım doktrinini benimserken, Çin'de de var olan mevzuatın bu çerçevede yorumlanması yargı kararları ile devam etmektedir.

Günümüzde her ne kadar ABD adil kullanım doktrininin düşünüldüğü kadar esneklik tanımadığı⁶⁸, AB mevzuatının ise daha esnek kuralların benimsenmesi bakımından imkân tanıdığı⁶⁹ yönünde çalışmalar olsa da gelişen teknolojilere ayak uydurabilmek için gerekli esnekliği sağladığı ve bu teknolojilerle bağlantılı yeni iş modellerine daha uygun bir yapı düşünülen ABD adil kullanım doktrinini⁷⁰ yeniden şekillenecek mevzuatlarda etkisinin artması kaçınılmaz olacaktır.

65 David Tan, "The Transformative Use Doktrine and Fair dealing in Singapore", *Singapore Academy of Law Journal* (2012) 24 SAclJ, sa. 832-866, s. 832, Singapur hukuku adil kullanım hakkı ve fikri hukuk bakımından ABD düzenlemelerini mehz almıştır.

66 Seagull Haiyan Song, "Reevaluating Fair Use In China—A Comparative Copyright Analysis of Chinese Fair Use Legislation, The U.S. Fair Use Doctrine, And The European Fair Dealing Model", *IDEA—The Intellectual Property Law Review*, Vol. 51. No. 3, sa. 453-489, s. 488.

67 Song, s.488.

68 Beebe, s.621 vd.

69 Hugenholtz, Senfleben, s. 13-28; Scientology v. XS4ALL, Hagure Temyiz Mahkemesi, 4 Eylül 2003, Yüksek Mahkeme 16 Aralık 2005 No. CO4/020HR/JMH/RM LjN AT2056, AMI 2006, s. 202 (naklen Guibault Lucie, Klooster Kevinon't, Hilthy Reto M., Nérison Sylvie(Ed.), *Balancing Copyright—A Survey of National Approaches*, New York, 2012, a. 715 dn. 70.)

70 Trevor Cook, "Exceptions and Limitations in European Union Copyright Law", *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 17, Mayıs 2012, sa. 243-245, s. 244; SAIF v. Google France Paris Temyiz Mahkemesi, 26 Ocak 2011, t [http://www.juriscom.net/ documents/caparis20110126.pdf](http://www.juriscom.net/documents/caparis20110126.pdf), (erişim tarihi 15.5.2017).

KAYNAKLAR

- Alica, Türkay / Önder, Bülent, “Engellilerin Yayınlanmış Eserlere Erişiminin Kolaylaştırılmasına Dair Marakeş Anlaşması ve Olası Etkileri”, *FMR*, 2014/1, sa. 41-81.
- Beebe, Barton, An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 156, No. 3, Ocak 2008, sa. 549-624.
- Brannan, Anna Claveria, “Fair Use Doctrine and the Digital Millenium Copyright Act: Does Fair Use exist on the Internet under the DMCA?”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 42, No. 1, 2001, sa. 247-276.
- Brown, Richard, From The University Presses-The Code of Best Practices in Fair Use for Academic and Research Libraries Against the Grain, Vol. 24: Iss. 4, Madde 35, 2012, sa.73-75.
- Cook, Trevor, “Exceptions and Limitations in European Union Copyright Law”, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 17, Mayıs 2012, sa. 243-245.
- Crews, Kenneth D., “Unpublished Manuscripts and the Right of Fair Use”: *Copyright Law and the Strategic Management of Information Resources*, Rare Books& Manuscripts Librarianship, Volume 5, No.2, 1990, sa. 61-70.
- Davis, Jr Anthony, “Fair Use: Articulating the Liberal Approach”, *Libraries and the Academy*, Vol. 12, No. 2, 2012, sa. 122-137.
- Eisenstein, Matthew A., “An Economic Analysis of the Fair Use Defense Lebovitz v. Paramount Pictures Corporation”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.148.
- Goldstein, Paul, Goldstein on Copyright, Vol. I, New York, 2017.
- Halpern, Sheldon W / Nard, Craig Allen / Port, Kenneeth L., Fundamentals of United States Intellectual Property Law, Cambridge, 2007.
- Harris, Lesley Ellen, Weighing the Four Fair Use Factors, *Information Outlook*, 2006 vol. 10, n.12, sa. 40-41.
- Hugenholtz, Bernt P. / Senftleben, Martin R. F., Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities, Amsterdam, 2011, <http://www.ivir.nl/publicaties/download/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>.
- Leval, Pierre N., “Toward a Fair Use Standard”, *Harvard Law Review*, Mart 1990, Westlaw 103 HVLR.
- Öncü, Özge, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Patterson, L. Ray, “Understanding Fair use”, *Law and Contemporary Problems*, Vol.55 No.2, Spring 1992, sa. 249-266.
- Postel, Holger, “The Fair Use Doctrine in the U. S. American Copyright Act And Similar Regulations In The German Law”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property* 2006, sa. 142-157.
- Reese, R. Anthony, “The Story of Folsom and Mersh: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Sources”, *Intellectual Property Stories* (ed. Ginsburg Jane C/ Dreyfuss Rachelle Couper), New York, 2006.
- Sag, Matthew, “Prehistory of Fair Use”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 76:4 2011, <http://ssrn.com/abstract=1663366>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- Samuelson, Pamela, Unbundling Fair Uses (“Unbundling”), UC Berkeley Recent Work, <http://escholarship.org/uc/item/55c5kp2>

- *Scientology v. XS4ALL*, Hagure Temyiz Mahkemesi, 4 Eylül 2003, Yüksek Mahkeme 16 Aralık 2005 No. Co4/020HR/JMH/RM LjN AT2056, AMI 2006, s. 202 (naklen Guibault Lucie, Klooster Kevinon't, Hilthy Reto M., Nérison Sylvie(Ed.), *Balancing Copyright-A Survey of National Approaches*, New York, 2012).
- Song, Seagull Haiyan, "Reevaluating Fair Use In China-A Comparative Copyright Analysis of Chinese Fair Use Legislation, The U.S. Fair Use Doctrine, And The European Fair Dealing Model", *IDEA—The Intellectual Property Law Review*, Vol. 51. No. 3, sa. 453-489.
- Tahir, Peggy, Four Factors of Fair Use – The Second Factor: The Nature of the Copyrighted Work, <https://blogs.library.ucsf.edu/inplainsight/2017/02/22/four-factors-of-fair-use-the-second-factor-the-nature-of-the-copyrighted-work/>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- Tan, David, "The Transformative Use Doktrine and Fair dealing in Singapore", *Singapore Academy of Law Journal* (2012) 24 SAclJ, sa. 832-866.
- *Thumbnails*, Google, BGH · Urteil vom 29. April 2010 · I ZR 69/08.
- *Elektronik Kaynaklar*
- 510 U.S.539 (1985), https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/471_US_539.htm (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994), <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Chicago Bd. of Educ. v. Substance Inc.*, 354 F. 3d 624, 629 (7th Cir. 2003) <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5119>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Folsom v. Marsh*, 9F. CAs. 3428c.c.d. mass.1841 (No. 4901), <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5238>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Gyles v. Wilcox*, 2 ATK 141 (1470), (Erişim Tarihi: 15.5.2017) (<http://www.common-iii.org/uk/cases/EngR/1740/78.pdf>), (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 551 (1985), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/539/case.html>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Infinity Broadcasting Corp. v. Kirkwood*, 63 F. Supp. 2d 420 (S.D.N.Y. 1999), <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/63/420/2456581/>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109 (2d Cir. 1998), <http://ncac.org/resource/leibovitz-v-paramount-pictures-corp>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9*, 108 F.3d 1119, 1122 (9th Cir. Cal. 1997), <https://www.ravellaw.com/opinions/5bc9f12de34b3681a7699106eaf945ae>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *New Era Publications Intern., ApS v. Henry Holt and Co., Inc.*, 873 F.2d 576 (1989), <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5173>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *New Era Publications Intern., ApS v. Henry Holt and Co., Inc.*, 873 F.2d 576 (1989), (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *Princeton University Press v. Michigan Document Services* 99 F.3d 1381 (6th Cir. 1996), https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/99_F3d_1381.htm, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- *SAIF v. Google France Paris Temyiz Mahkemesi*, 26 Ocak 2011, t <http://www.juris->

com.net/ documents/caparis20110126.pdf, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).

- Salinger v. Random House, Inc., 811 F.2d 90 (2nd Cir. 1987), https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/811_F2d_90.htm, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- The Samuelson Law, Technology & Public Policy Clinic, University of California, Berkeley, School of Law, An Emprical Analysis of Learning-Promoting Fair Use Case Law (“Samuelson Raporu”), Mayıs 2009, https://wiki.creativecommons.org/images/4/4b/Samuelson_fair_use_study_.pdf, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- Samuelson Raporu, s.10; Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994), <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).
- T.C. AB Bakanlığı Çeviri EŞ güdüm Başkanlığı Tercümesi, <http://www.ab.gov.tr/46576.html>, (Erişim Tarihi: 15.5.2017).

ÖZ

Günümüzde Amerikan Hukukunda telif hakkı sahibinin bu hakkının sınırlarını teşkil ettiği kabul edilen “adil kullanım doktrini” 1976 tarihli Telif Hakları Kanunu ile Amerikan hukukunda pozitif temele oturmuştur. Pozitif hukukun telif hakkını sınırlı şekilde tanıdığı dönemde ortaya çıkan adil kullanım kavramı, ihlal sayılmayacak halleri “adil” olma ile sınırlar ve ölçütler koyarken; pozitif hukuk ile telif hakkının genişlediği dönemde, bu ölçütler hakkın sınırlarını teşkil etmeye başlamıştır. Amerikan fikri haklar hukukuna dair önemli bir kuralı teşkil eden “adil kullanım” kavramı fikri haklara sınırlı sayıda ve şartlara bağlı olarak sınırlama getirilebileceğini öngören Avrupa Birliği mevzuatından ve dolayısıyla Türk hukukundan farklı bir doktrin olup, bu doktrinin gelişen teknolojilere ayak uydurabilmek amacıyla gereken esnekliği sağlayabileceği düşünülmektedir. Bu incelemede öncelikle “adil kullanım” doktrini kavramı, tarihçesi ve gelişimi (I), ardından bu doktrinin amacı (II) ve doktrin kapsamında fikri hak ihlallerinin ve adil kullanımın tespitinde kullanılan kriterler incelenecek (III), nihayet adil kullanım doktrinin AB hukuku ülkelerine muhtemel etkisi değerlendirilecektir.

Anahtar kelimeler: Adil kullanım, Adil kullanım kriterleri, Telif hakkı, Üç-adım testi, Fikir ve sanat eserleri.

