

ENGELLİLERİN YAYIMLANMIŞ
ESERLERE ERİŞİMİNİN
KOLAYLAŞTIRILMASINA
DAİR MARAKEŞ ANLAŞMASI
VE OLASI ETKİLERİ

Türkay ALICA*
Bülent ÖNDER**

* Ankara 3. Fikri ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi Hakimi.

** TRT Teftiş Kurulu Başmüfettişi.

MARRAKESH TREATY TO FACILITATE ACCESS TO PUBLISHED WORKS FOR DISABLED PERSONS AND IT'S POSSIBLE EFFECTS

ABSTRACT

Copyright aims to reward authors for their creativity and promote science, culture and the arts. In fact, the copyright systems all over the world seek to create a balance between the interests of right holders and the needs of the public. The exceptions and limitations on the exploitation of the copyrighted works serve for this purpose. The principles of non-discrimination, equal opportunity and access, full and effective participation of disabled in society were set out in the Universal Declaration of Human Rights and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Although there were exceptions and limitations both in various international copyright treaties and in national laws to facilitate access of disabled, they could not offer a remedy to end the “book famine” of visually impaired people so far. The Diplomatic Conference to adopt a Treaty on Limitations and Exceptions for Visually Impaired Persons and Persons with Print Disabilities was held in June 2013 in Marrakesh. The main objective of the Treaty is to facilitate access of visually impaired and print disabled persons to accessible formats and to reduce the book famine by drawing a legal framework.

The Marrakesh Treaty is the first international copyright treaty that targets directly to copyright limitations and exceptions of visually impaired persons. Besides, the Treaty is a major success for the international community as it will bring us one step closer to fulfill the goals of the Universal Declaration of Human Rights and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

This study aims to analyse the provisions of Marrakesh Treaty and the related article of the Law Number 5846 on Intellectual and Artistic Works comparatively.

Keywords: *Copyright, Exceptions for Disabled Persons, Marrakesh Treaty, Additional Article 11 of the Law Number 5846 on Intellectual and Artistic Works.*

GİRİŞ

Bu çalışmanın amacı, 18-27 Haziran 2013 tarihleri arasında Fas'ın Marakeş kentinde gerçekleştirilen Diplomatik Konferans'ta görüşülerek son hali verilen ve kent ile aynı adı taşıyan Anlaşmanın arka planını, amacını, ne gibi yenilikler getirdiğini, ulusal ve uluslararası düzeyde olası etkilerini değerlendirmektir. Anlaşmanın tam adı "*Kör, Görme Özürlü veya Diğer Matbuat Engellilerin Yayınlanmış Eserlere Erişiminin Kolaylaştırılmasına Dair Marakeş Anlaşmasıdır.*"^[1]

Anlaşma, kısaca matbuat (basılı materyal) engelli kişilerin kullanımına uygun formatta kopyaların üretilmesi, dağıtımı ve sınır-aşan değişimini kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Bu amaca ulaşmak için Anlaşma âkit devletlere iç hukuklarında, "*erişilebilir format*" üretimi ve bunların ulusal ve uluslararası düzeyde dağıtımına olanak veren istisna hükümleri kabul etme yükümlülüğü getirmektedir.

Bilindiği gibi, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 21 ila 25. maddelerinde eser sahibine eserden ekonomik olarak yararlanma konusunda mali haklar tanınmıştır. Buna göre, bir eserin işlenmesi, çoğaltılması, yayılması, temsili ve kamuya iletimine izin vermek ya da bunu yasaklamak hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Engelleri nedeniyle basılı materyalleri kullanamayan kişilerin yararlanmasına uygun kopyaların üretilmesi ve bunların dağıtılması da, eser sahibine tanınan bu haklar kapsamındadır. Bir başka ifadeyle, ilke olarak, eser sahibi izin vermedikçe engellilere özgü kopyaların üretilmesi, çoğaltılması, yayılması, kamuya iletimi eser sahibinin haklarına tecavüz oluşturur. Aynı şekilde bu tür nüshaların ihracı ya da ithali de eser sahibine tanınan haklar kapsamında olup aksine davranışlar hukuki ve cezai sorumluluk doğurur.

Ancak engellilere özgü nüsha üretimi çoğu zaman ticari getirisi yüksek bir faaliyet değildir. Bu nedenle, eser sahibinin izni dahilinde engellilere özgü nüsha üretiminde sorunlar ve yetersizlikler yaşanmaktadır. Bir kısım ülkeler bu sorunları dikkate alarak iç hukuklarında, engellilerin kullanımına uygun nüshaların üretimi ve ihtiyaç sahiplerine ulaştırılmasını kolaylaştıran özel hükümlere yer vermektedir. Bu tür düzenlemeler esasen, belirli koşullarda engellilere özgü nüshaların çoğaltım ve kullanımının eser sahibinin iznine bağlı olmaktan çıkartılmasından ibarettir. Bir başka deyişle, engellilere tanınan bu olanak, eser

[1] "*Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled*"

sahibine tanınan haklara istisnalar öngörülmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Ülkemizde de 5846 sayılı FSEK'e 03.03.2004 gün ve 5101 sayılı yasayla eklenen Ek 11. madde ile bu yönde bir düzenleme yapılmıştır^[2].

Dünyada ellinin üzerinde ülkede benzer istisna hükümleriyle engellilere özgü nüshaların çoğaltılması ve ihtiyaç sahiplerine ulaştırılması kolaylaştırılmış bulunmaktadır. Ne var ki, 130'un üzerinde WIPO üyesi ülkede engellilere özgü istisna hükmü yoktur. Esasen Dünya'daki engellilerin çoğunluğu da bu ülkelerde yaşamaktadır^[3]. Dahası mevcut istisna hükümleri çoğu zaman engellilere özgü kopyaların ihraç ve ithaline açıkça izin vermemektedir. Buna erişilebilir kopyalara olan talebin oransal olarak düşük, üretim maliyetinin yüksek olması da eklendiğinde, sorunun büyüklüğü ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten de, engelli istisnası sadece ekonomik boyutuyla değerlendirilebilecek bir sorun olmanın çok ötesinde, engellilerin eşit düzeyde fikir ve sanat eserlerine ulaşımı, toplumsal ve kültürel hayata katılımlarının sağlanmasıyla ilgilidir. İşte Marakeş Anlaşması bu sorunları üye ülkelere belirli koşullarda, eser sahibinin iznine gerek olmaksızın engellilere özgü kopyaların üretimi, dağıtımı, sınır-aşan değişimine olanak veren düzenlemelerin iç hukuklarına kazandırılması yükümlülüğü getirerek gidermeyi hedeflemektedir.

Anlaşma bir taraftan engelli istisnasına ilişkin asgari standartlar getirirken, diğer taraftan öngörülen üç adım testi ile istisnaya bir üst sınır çizmektedir. Böylece engellilere istisnai olanaklar sağlanmasındaki kamu yararı ile eser sahibinin hakları arasında hakkaniyete uygun bir denge kurulmaya çalışılmaktadır.

Marakeş Anlaşması engelli istisnasının asgari standartlarını ortaya koyması ve üye ülkelere bu konuda uluslararası düzeyde yükümlülük getirmesi bakımından bir ilk oluşturmaktadır. Bu yönüyle Anlaşmanın Türkiye tarafından imzalanması halinde iç hukuka etkileri önem taşımaktadır. Zira, FSEK'in ek 11. maddesinin Anlaşma hükümleriyle uyumlu olup olmadığı, uyumlu değilse yapılması gereken değişikliklerin tespitinde yarar olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle çalışmada öncelikle Anlaşmanın kabul süreci ve arka planı, sistematığı, içerdiği ilke ve hükümler ele alınacaktır. Daha sonra FSEK ek 11. maddede

[2] FSEK m.Ek 11'de düzenlenen engelli istisnasıyla ilgili geniş bilgi için bkz. Yavuz, Levent / Alica Türkey/ Merdivan, Fethi: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2013, C. II, s. 2910-2918; ayrıca bkz. Ateş, Mustafa: "Bir 'Engelli İstisnasını Yoksa 'İstisnai Bir Engel' mi?: FSEK Ek Madde 11 Üzerine Eleştirel Bir İnceleme", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), Yıl 9, Cilt 9, S. 2, s. 31. (Engelli İstisnası)

[3] Band Jonathan: "A User Guide to the Marrakesh Treaty", s. 2, <http://www.librarycopyrightalliance.org/bm-doc/user-guide-marrakesh-treaty-1013final.pdf> (14.02.2014)

düzenlenen engelli istisnası Anlaşma hükümleriyle karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Sonuç bölümünde ise Anlaşmanın olası etkileri ile öneriler konusunda genel bir değerlendirme yapılacaktır.

1. ANLAŞMA'NIN ARKA PLANI VE KABUL SÜRECİ:

Görme engellilere yönelik istisnalar için Diplomatik Konferans düzenleyebilmek, uzun yıllar süren hazırlık döneminden sonra mümkün olabilmektedir. Konunun, bir boyutuyla ayırimcılıkla mücadele, fırsat eşitliği, engellilerin toplumsal yaşama tam ve etkin katılımı gibi İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde yer alan ilkelerle; bir diğer boyutu ile de telif haklarında istisnalarla ilgili olması, sorunu daha karmaşık ve çözümü zor bir hale getirmektedir. Bu aynı zamanda, konuyla ilgili bir Diplomatik Konferans düzenleyebilmek için WIPO ve Unesco tarafından hazırlanan ilk çalışmanın^[4] üzerinden neden yaklaşık 30 yılı aşkın bir süre geçtiğini de açıklamaktadır.

Bu noktada, konunun önemini sağlıklı bir şekilde ortaya koyabilmek için görme engellilere ilişkin bazı istatistiklere değinmekte yarar görülmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) verilerine göre^[5], dünyada 300 milyona yakın görme özürü bulunmakta ve bunların yaklaşık %90'ı gelişmekte olan ülkelerde yaşamaktadır. Dünya Körler Birliği'nin (World Blind Union-WBU) verilerine göre^[6], gelişmiş ülkelerde yayınlanmış kitapların %7'si, gelişmekte olan ülkelerde ise %1'den az bir bölümü görme engellilerin erişebilecekleri formattadır.

2006 yılında Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Property Organisation-WIPO) tarafından yapılan bir ankete göre^[7], dünyada 60'tan az ülkenin mevzuatında görme engellilere yönelik istisna hükümleri bulunmaktadır. Diğer taraftan, fikir ve sanat eserlerine ilişkin korumanın ülkesel nitelik taşıması, ayrıca ulusal kanunlarda çoğu zaman görme engellilere özgü formatlardaki eserlerin sınır-aşan değişimi konusunda istisna bulunmaması, aynı eserlerin erişilebilir kopyasının farklı ülkelerdeki örgütler tarafından ortak kullanımını engellemektedir. Bu durum, kitapların görme engelliler tarafından erişilebilir formatlara dönüştürülmesi için mükerrer harcama yapılması sonucunu doğurmaktadır. Özetlenen bu koşullar, görme engellilerin, kullarımlarına uygun

[4] “*Report of the Working Group on Access by the Visually and Auditory Handicapped to Material Reproducing Works Protected by Copyright*”, Paris, October 25 to 27, 1982

[5] <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs282/en/> (12.10.2013)

[6] <http://www.worldblindunion.org/English/news/Pages/Press-Release-WIPO-Negotiations-Treaty-for-Blind-people.aspx> (20.11.2013)

[7] <http://www.wipo.int/pressroom/en/briefs/limitations.html> (18.12.2013)

formattaki eserlere erişimi, sosyal, kültürel ve çalışma yaşamına etkin katılımları konusunda önemli sorunlarla karşı karşıya kalmalarına neden olmaktadır.

Açıklanan bu koşulları dikkate alan WIPO Genel Kurulu, 17-18 Aralık 2012'de gerçekleştirilen olağanüstü oturumda, engelli istisnasını düzenleyen bir Anlaşmanın imzalanması için Fas Krallığı'nın ev sahipliğinde bir Diplomatik Konferans yapılmasını kararlaştırdı^[8]. Konferansın amacı, dünyanın her tarafındaki görme ve her türlü matbuat engellilerin telif eserlere erişimini kolaylaştıracak bir Anlaşmaya son hali verilerek imzaya açılması olarak belirlendi. Konferans Hükümetler, hükümetler arası örgütler ve sivil toplum örgütleri temsilcilerine ve diğerler bireysel davetilere açık olarak gerçekleştirildi. Konferansta son hali verilerek imzaya açılan Anlaşmanın yürürlüğe girmesi en az yirmi üye devlet tarafından onaylanması koşuluna bağlanmıştır. Bu güne kadar, ABD, Birleşik Krallık ve Türkiye'nin de aralarında bulunduğu yaklaşık altmış ülke tarafından imzalanan anlaşmanın yirmi ülkenin onayı ile yürürlüğe girmesi beklenmektedir^[9]. Türkiye Anlaşmayı 1 Kasım 2013'te imzalamış olup onay süreci devam etmektedir^[10].

2. ANLAŞMANIN AMAÇLARI

Eser sahibine tanınan hakların amacı, yaratıcılığı ödüllendirmek, bunun yanı sıra bilim, kültür ve sanatın gelişmesini teşvik etmektir. Fikir ve sanat eserleri hukuku, eser sahipleri ile kamunun menfaatleri arasında bir denge kurulmasını hedefler. Eserlere kolay erişim de kamunun menfaatleri arasındadır. Bu amaçla hukuk sistemleri eser sahiplerinin haklarına bir takım sınırlandırmalar getirme yoluna gitmişlerdir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Görme Engellilerin Haklarına İlişkin BM Konvansiyonu, ayırımcılığın reddedilmesi, fırsat eşitliği, bilim ve sanat ürünlerine erişimde eşitlik ve herkesin toplum yaşamına katılımına ilişkin temel ilkeleri düzenler. Fikir ve sanat eserleri mevzuatı engellilerin erişebilecekleri eserleri zenginleştirmek için ulusal düzeyde sınırlandırmalara izin vermesine rağmen, bu tür eserlerin sayısının yetersiz olduğu küresel düzeyde kabul edilen bir husustur.

[8] <http://www.wipo.int/dc2013/en/about.html> (01.02.2014)

[9] Bu çalışmanın baskıya verildiği 13.04.2014 tarihi itibarıyla Anlaşma 60 kadar devlet tarafından imzalanmış olmakla birlikte, en az 20 akid devletin onayı gerçekleşmediğinden henüz yürürlüğe girmemiştir.

[10] <http://www.telifhaklari.gov.tr/ana/sayfa.asp?id=503> (12.04.2014)

İşte Marakeş Anlaşması, uluslararası düzeyde yasal bir çerçeve yaratmak ve ulusal mevzuatı uyumlaştırmak suretiyle bu dengesizliği gidermek için hazırlanmıştır. Üye ülkeler Anlaşmayı onaylamak suretiyle, yayınlanmış eserlerin engellilere uygun formatlarda üretilmesi ve dağıtımına izin veren istisnaları kabul ve uygulamakla yükümlü olacaklardır. Bu bağlamda Anlaşma, uluslararası toplumun küreselleşmeye insani bir boyut katma çabası olarak da değerlendirilebilir. Bütün bu belirtilenlerin ışığında Anlaşma'nın temel amacı, engellilerin diğer bireylerle eşit düzeyde eserlere ulaşımını kolaylaştırmak için bu alandaki eksikliği gidermeye yönelik yasal çerçeve oluşturmak şeklinde belirtilebilir.

Belirlenen bu genel amaç çerçevesinde Anlaşma, engellilere yönelik istisna hükümleriyle ulaşılabilecek dört temel somut hedef kabul etmiştir. Bunlar, engelliler için yeterli sayı ve nitelikte “*erişilebilir format*” kopyalar üretilmesi; bu kopyaların iç piyasada dolaşımı; anılan kopyaların ithalatı ve son olarak bunların ihracatı konusunda istisna öngörülmesidir.

3. MARAKEŞ ANLAŞMASINI DİĞER ANLAŞMALARDAN FARKLI KILAN ÖZELLİKLER

Marakeş Anlaşmasını, fikri haklara ilişkin diğer anlaşmalardan farklı kılan temel özellik, Birleşmiş Milletler tarafından insan hakları alanında kabul edilen iki temel metne; İnsan Hakları Bildirgesi'ne ve Özürlülerin Haklarına İlişkin Sözleşme'ye doğrudan atıf yapan ilk anlaşma olmasıdır. Anlaşmada, her türlü ayırimcılığın reddedilmesi, fırsat eşitliği, özürlülerin toplum yaşamına tam ve etkin katılımlarının insan hakları arasında olduğunun altı çizilmiştir. “*Böylece görme özürlülerin sadece bilgiye ve bilime erişim hakkı garanti edilmemekte, dolaylı olarak yoksullukla mücadele ve insana yakışır yaşam koşullarının yaratılmasına da katkı sağlanmaktadır*”^[11].

İkinci olarak Marakeş Anlaşması, görme engellilerin eğitsel, kültürel ve araştırmaya yönelik gereksinimleri için yayınlanmış eserlere erişimleri adına, doğrudan sınırlamalar ve istisnalar getirmeye özgülenmiş fikri haklar alanındaki ilk anlaşmasıdır. Zira Bern Konvansiyonu, TRIPS Anlaşması ve WCT (World Copyright Treaty) gibi fikri haklara ilişkin önceki anlaşmalar, engellilere ilişkin zorunlu bir istisna öngörmediği gibi, üç adım testine uygun olarak istisnaları belirleme yetkisini genellikle üye devletlerin takdirine bırakmışlardır. Bunun sonucu olarak, ulusal düzeyde engellilere ilişkin sınırlama ve istisnalar farklı şekillerde yapılmıştır. Her bir üye ülkenin farklı yaklaşımlar göstermesini

[11] Bu ifade, Konferans'a Yemen Kültür Bakanlığı'nı temsilen katılan Jayet weld Abdin'a aittir. Bkz. <http://allafrica.com/stories/201307151799.html> (23.01.2014)

önlemek üzere bu kez Anlaşma, engelli istisnasına ilişkin uluslararası düzeyde asgari standartlar öngörmektedir. Böylece engelli istisnası konusunda belirli düzeyde bir uyumlaştırma yapılması beklenmektedir.

Engelli istisnasına ilişkin bu asgari standartlar yukarıda ele alınan Anlaşmanın dört temel hedefini de kapsamaktadır. Aşağıda Anlaşma'nın engelli istisnasına dair temel düzenlemeleri üzerinde durulurken bu standartlar ayrıca ele alınacaktır.

4. ANLAŞMANIN TEMEL YAPISI VE HÜKÜMLERİ

Anlaşma toplam 22 maddeden ibarettir. Birinci madde, diğer anlaşmalarla ilişkiyi, düzenlemiştir. Buna göre, Anlaşmanın hiçbir hükmü üye devletlerin diğer anlaşmalar ile birbirlerine karşı sahip oldukları yükümlülükleri ortadan kaldıracak veya hakları zayıflatacak şekilde yorumlanamaz.

Anlaşmanın engelli istisnasına ilişkin temel düzenlemesi 2-12. maddelerde hükme bağlanmıştır. Öncelikle Anlaşmanın 2 ve 3. maddelerinde üye ülkelerin engelli istisnasına ilişkin yükümlülüklerinin belirlenmesinde esas alınacak unsurların tanımı yapılmıştır. Tanımı yapılan dört temel kavram mevcuttur. Bunlar, sırasıyla “*eser*”, “*erişilebilir format kopya*”, “*yetkili kuruluş*” ve “*yararlanıcı kişi*” kavramlarıdır. Sözü geçen ilk üç kavram “*Tanımlar*” başlığını taşıyan 2. maddede açıklanmıştır. 3. madde de ise, engelli istisnasından yararlanacak kişileri belirleyen “*yararlanıcı kişi*” kavramını tanımlanmıştır.

Anlaşma ile üye devletlerin kabul etmesi öngörülen engelli istisnaları, tanımı verilen bu temel kavramlar üzerinden belirlenmiştir. Buna göre, 4-6. maddelerde üye devletlerin erişilebilir format kopyalarla ilgili olarak yararlanıcı kişiler lehine düzenleme yükümlülüğü altına girdikleri istisna ya da sınırlandırmalar belirlenmiştir. Bunlar esas itibarıyla erişilebilir format kopyaların üretilmesi, çoğaltılması, ihtiyaç sahiplerine dağıtılması, sınır-aşan değişimi konusunda öngörülecek olan istisnalardır.

Anlaşmanın 7. maddesinde, üye devletler iç hukuklarında etkin teknolojik önlemlere ilişkin düzenlemeler mevcut ise, bu düzenlemelerin engelli istisnasını etkisiz kılacak şekilde yorumlanamayacağı ve uygulanamayacağı garanti altına alınmıştır. 8. madde Anlaşma ile sağlanan istisnaların uygulanmasında yararlanıcıların özel hayatlarının korunmasını üye ülkelerin bir yükümlülüğü olarak belirler. Erişilebilir format kopyaların sınır ötesi paylaşımında işbirliği hususu 9. maddenin konusudur.

Uygulamaya yönelik düzenlemeler Anlaşmanın iki ayrı maddesinde öngörülmüştür. 10. madde Anlaşmanın uygulanmasında genel ilkeleri belirlerken, 11. madde engelli istisnasının üç adım testine uygun bulunmasını genel yükümlülük olarak kabul etmiştir. Bu konu fikri haklara ilişkin Bern, TRIPS ve WIPO Telif Hakları Anlaşmaları hükümleriyle bağlantı kurularak düzenlemiştir. Anlaşmanın 12. maddesi üye ülkelerin, kendi ihtiyaçlarına uygun diğer bir takım engelli istisnalarına ilişkin düzenleme yapabilmesine de olanak vermiştir.

Anlaşmanın 13-22. maddelerinde yönetsel konular hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda, bir kurul (meclis) oluşturulması ve âkit devletlerin birer delegeyle temsili, meclisin görev ve yetkileri tespit edilmiştir (md. 13). WIPO Uluslararası Büro, Anlaşmayla ilgili yönetsel görevleri üstlenecektir (md. 14). Yine bu bölümde, Anlaşmaya taraf olma koşulları (md. 15); Akid Devletlerin hak ve yükümlülükleri (md. 16); imzalanması (md.17); yürürlüğe girme koşulları (md. 18); üyeliğin başlangıç tarihi (md. 19); dili (md.21); feshi (md.20) ve son olarak tevdi makamına (md.22) ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

5. ANLAŞMANIN ENGELLİ İSTİSNASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

Yukarıda ifade edildiği üzere, Anlaşmanın engelli istisnasına ilişkin temel hükümleri 2-12 maddelerinde yer almaktadır. Anlaşmanın 4. maddesi âkit devletlere, telif hakları ile ilgili yasalarında, eserlerin yararlanıcılar için erişilebilir formattaki nüshalarının elverişliliğini kolaylaştırmak için, WIPO Telif Hakları Anlaşması ile sağlanan çoğaltma hakkı, yayma hakkı ve kamuya iletim hakkına yönelik sınırlama ve istisna sağlamak yükümlülüğü getirmektedir. Âkit devletler ayrıca isterlerse, söz konusu eserlerin temsil hakkına ilişkin de sınırlama ya da istisna tanıyabilirler.

Bunun yanı sıra, yararlanıcıların kullanımı için erişilebilir formattaki kopyaların sınır ötesi değişimi ve ithalatına izin vermek de üye ülkelere getirilen bir diğer yükümlülüktür. (m.5,6)

Ayrıca Anlaşma, eser sahiplerinin ve yayıncılarının haklarını da gözetmekte ve söz konusu nüshaların, görme engelliler dışındaki kişilere dağıtımını engellemektedir. Aynı şekilde yetkilendirilmiş kuruluşlar, erişilebilir formata dönüşürmeden önce iç pazarda kitaplara ticari olarak erişimin mümkün olup olmadığını kontrol etmek zorundadırlar. Böylece, hak sahipleri ve yararlanıcıların menfaatleri arasındaki dengenin korunması amaçlanmıştır.

Üçüncü olarak, erişilebilir formattaki kopyaların sınır ötesi değişimi Anlaşmanın öne çıkan özelliklerinden bir diğeridir. Anlaşmanın 5. maddesi ile yararlanıcılara, bir başka üye devlette, bir başka dilde yasal olarak yapılmış kopyayı talep etme hakkı verilmektedir. Örneğin, bir ülkedeki göçmenler ve ev sahibi ülkede ikametgâhı bulunmayanlar, ancak bu ülkenin dilini konuşmayanlar, ülkelerinden, kendi dillerinde yayınlanmış eserlerin kopyalarını talep edebileceklerdir. Bu ise, ya yetkilendirilmiş kuruluşlar arasında ya da doğrudan yararlanıcılar kanalıyla gerçekleşecektir. Yararlanıcının bulunduğu ülkede ticari olarak erişilebilir bir kopya olsa bile bu, bir başka ülkeden erişilebilir kopyanın edinilmesine engel oluşturmayacaktır. Bu bölümde önce tanımları yapılan temel kavramlar ele alınacak; daha sonra engelli istisnasına ilişkin hükümler daha yakından incelenecektir.

5.1 Anlaşma Kapsamında Eser Kavramı

Marakeş Anlaşmasının “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin (a) bendinde, Anlaşmada geçen eser terimiyle ne anlaşılması gerektiği belirlenmiştir. Bu tanım aynı zamanda engelli istisnasına tabi eserleri belirlemektedir. Buna göre, Anlaşmanın yorum ve uygulanması bakımından eser terimi, “*Yayımlanmış veya herhangi bir ortamda kamuya sunulmuş olması koşuluyla, metin, notasyon veya bunlarla ilişkili illüstrasyon formundaki, Bern Sözleşmesinin 2/1 hükmü anlamında, edebiyat ve sanat eserlerini*” ifade eder. Maddeye ilişkin dipnotta, Anlaşma bağlamında bu tanımın, işitsel kitaplar gibi, eserlerin işitsel formlarını da kapsadığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla eserin hangi tür bir taşıyıcıda olduğu, değil hangi formatta olduğu önem taşımaktadır.

Görüldüğü üzere, Anlaşmanın uygulanması bakımından eser tanımı, üç temel koşula bağlanmıştır. Bunlar, Bern Sözleşmesi anlamında bir edebiyat ve sanat eserinin mevcut olması; bu eserin metin, notasyon veya bunlarla ilişkili illüstrasyon formatında olması; son olarak eserin yayınlanmış veya herhangi bir ortamda kamuya sunulmuş olmasıdır.

Esasen Bern Sözleşmesine atıf yapılmasının nedeni açıktır. Zira “*eser*” niteliği taşımayan bir ürünün Anlaşma kapsamında sınırlamaya tabi tutulmasından da söz edilemez. Gerçekten de, Anlaşmayla öngörülen istisna, eser sahiplerine tanınan haklara yönelik bir sınırlamadan ibarettir.

Şu halde, Anlaşma anlamında sınırlandırmaya tabi tutulacak eser, her şeyden önce Bern Sözleşmesi’nin 2/1 hükmünde tanımlanan edebiyat ve sanat eseri niteliğinde olmalıdır. Anılan maddeye göre ise, “*Edebiyat ve Sanat Eserleri*” deyimi, “*İfade şekli ve tarzı ne olursa olsun, edebiyat, bilim ve sanat alanlarındaki bütün*

ürünleri, yani kitaplar, dergiler ve diğer yazılar; konferanslar, nutuklar, vaazlar ve benzer nitelikteki diğer eserler; dramatik eserler veya dramatik unsurlar içeren müzikal eserler; koreografik eserler ve pandomima gösterileri; sözlü veya sözsüz müzikal kompozisyonlar, sinema tekniğine benzer bir yöntemle ifade edilen sinematografik eserler; çizim, sulu ve yağlı boya resim, mimarlık, heykeltıraşlık, oymacılık ve taş basma eserler, fotoğraf tekniğine benzer bir yöntemle ifade edilen fotoğraf eserleri; uygulamalı sanat eserleri; coğrafya, topografya, mimari veya bilimsel alanlarla ilgili illüstrasyonlar, haritalar, planlar, krokiler gibi bütün ürünleri içerecektir.”

Bern Sözleşmesinde edebiyat ve sanat eserleri terimi, ifade biçim ve yöntemi ne olursa olsun edebiyat, bilim ve sanat alanına giren her tür ürünü kapsamaktadır. Maddede bu tanım verildikten sonra sayma yöntemiyle belirtilen eser türleri sınırlayıcı değil örnek niteliğindedir^[12]. Dolayısıyla aşağıda açıklanacak diğer iki koşulu da taşıması halinde, atıf yapılan Bern Sözleşmesi m. 2/1 hükmü kapsamında eser tanımına uygun bulunan tüm eser türleri Marakeş Anlaşmasının konusunu oluşturabilir.

Anlaşmada tanım için öngörülen ikinci koşul, eserin “yayımlanmış veya herhangi bir ortamda kamuya sunulmuş” olmasıdır. Bir başka ifadeyle Marakeş Anlaşması kapsamında bir eserin engelli istisnasına tabi kılınabilmesi için eserin yayımlanmış veya en azından kamuya arz edilmiş olması gerekir. Yayımlanma ifadesi Bern Sözleşmesinin 3/3 maddesinde, eserin niteliğine bağlı olarak, halkın makul talebini karşılamak amacını taşıması koşuluyla, eser sahibinin rızası ve her türlü üretim araçlarıyla çoğaltılmış kopyalarının yayılması anlamını taşır. Bu tanım FSEK m. 7/2 hükmüne de aktarılmıştır. Anılan hükme göre, “Bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayımlanmış sayılır.”

Eserin her hangi bir ortamda “kamuya sunulması” ise, yayımlanması da dahil olmak üzere, bir eserin her hangi bir şekilde aleniyete kavuşturulması anlamını taşır. FSEK m. 7/1’de aleniyet, eserin “hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilmesi” olarak tanımlanmıştır. Böylece eser, sahibinin şahsi gizlilik alanından çıkarak, kamusal bilgi alanına, fikir ve sanat dünyasına dahil edilmiş olur. Önemli olan eserin, hak sahibinin, şahsi çevresi dışında, kontrol altında tutamayacağı bir şekilde, halkın ulaşabileceği duruma getirilmesidir^[13].

Esasen bir eserin belirli sınırlandırmalara konu olabilmesi, çoğu zaman, eserin alenileşmesi ön koşuluna bağlıdır. Henüz alenileşmemiş eserler yönünden,

[12] Ateş, Mustafa: Fikri Hukukta Eser, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 46.

[13] Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 165.

alenileşmenin bir ön koşul olarak kabul edildiği sınırlandırmalar geçerli olmaz. İşte Marakeş Anlaşması'yla düzenlenen engelli istisnası yönünden de alenileşme ön koşulu, açıkça kabul edilmiş bulunmaktadır.

Marakeş Anlaşması kapsamında eser tanımının üçüncü unsuru, eserin “*metin, notasyon veya bunlarla ilişkili illüstrasyon formunda*” olmasıdır. Metin^[14] ve notasyon^[15] ifadelerinden kastedilen husus yeterince açıktır. Ancak ‘bunlarla ilişkili illüstrasyon’ ifadesi ile ne kastedildiği izaha muhtaç görünmektedir. İllüstrasyon sözcüğü, İngilizce’de, “*resim, çizim, imaj, açıklama, teknik çizim, örnek*” gibi anlamlara gelen^[16], dilimize de “*resimleme, tasvir; kitap içindeki bir yazıyı açıklayan veya süsleyen resim*” anlamı ile geçen^[17] ve kullanımı yaygınlaşan bir sözcüktür. Dolayısıyla ‘ilişkili illüstrasyon’, metin ve müzik notası içeren tekste yer alan çizim veya resim gibi görsel anlatımların tümünü içerir. Ancak maddeye ilişkin dipnotta, üzerinde anlaşmaya varılan yoruma göre, maddede yapılan tanımın, bu eserlerin sesli kitaplar gibi sesli formlarını da kapsadığı, belirtilmiştir. Şu halde, ‘metin, notasyon ve ilişkili illüstrasyon’ formundaki eserler ile bunların sesli form ya da versiyonları, Anlaşma kapsamında eser tanımını içinde yer alır.

Anlaşma anlamında eser tanımının bu son unsuru, engelli istisnasının uygulanma alanını, eser türleri yönünden değil ancak, eserlerin bulunduğu form açısından önemli bir sınırlandırmaya tabi tutmaktadır. Gerçekten de, sinema eserleri gibi, metin, notasyon ve ilişkili illüstrasyon tanımına girmeyen formlardaki eserler istisnanın uygulama kapsamı dışında bırakılmıştır^[18]. Meğer ki, bu tür eserler, metin ya da notasyonla ilgili bir illüstrasyon formuna bürünmüş olsun.

Bu koşul esasen, istisnanın gerçekte kayıtlı olduğu taşıyıcıya bakılmaksızın, ilim ve edebiyat eserlerine indirgenmesi anlamını taşımaktadır. Bu yönüyle Anlaşma, sinema eserlerinin görme veya algılama zorluğu bulunanlar için formunun değiştirilmesine olanak tanımaz. Bu düzenleme biçimi kuşkusuz ki eleştiriye açıktır. Gerçekten de, gelişen teknoloji, tam ya da kısmi görme veya algılama engelliler için, akan görüntünün formunun değiştirilmesi, sesli olarak tasviri gibi, bir takım ilavelerle, sinema filmlerinin de erişilebilir formata

[14] Metin sözcüğü için TDK Sözlüğü’nde verilen tanım şu şekildedir: “*Bir yazıyı biçim, anlatım ve noktalama özellikleriyle oluşturan kelimelerin bütünü, tekst*” <http://www.tdk.gov.tr/index...> (04.02.2014)

[15] Notasyon sözcüğü Fransızca’dan dilimize geçmiş olup, “*(müzikte) notalama*” anlamına gelmektedir. <http://www.tdk.gov.tr/index...> (04.02.2014)

[16] <http://www.merriam-webster.com/dictionary/illustration> (09.02.2014)

[17] Bkz. Türkçede Batı Kökenli Kelimeler Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bati&view=hati&kategori=1&bakdetay2&sozid=BTS (22.01.2014)

[18] Band, age. s. 4.

dönüştürülmesine imkan verebilir. Böyle bir dönüştürme kuşkusuz görme veya algılama engellilerin sinema eserlerine ulaşımına olanak sağlayabilir. Zira Anlaşmadan yararlanacak olanlar, aşağıda daha yakından inceleneceği üzere, sadece körler değil, görme duyusunu tam veya yeterli şekilde kullanamayan ya da gördüğünü algılamakta güçlük çeken kişilerdir.

5.2 Erişilebilir Format Kopya Kavramı

Anlaşmanın 2/1-(b) bendinde “*erişilebilir format kopya (bundan sonra format kopya olarak anılacaktır) / accessible format copy*” tanımına yer verilmiştir. Buna göre, erişilebilir format kopya, yararlanıcı kimselere bir esere erişim imkanı sağlayan ve eserin alternatif tarz veya formdaki kopyasını ifade eder. Sözü geçen alternatif kopya ibaresi, görme veya matbuat engelli kimselere, esere, böyle bir engeli olmayan kişiler gibi rahat ve eşdeğer bir erişim imkanı veren kopyaları da kapsar. Dolayısıyla bir nüshanın, format kopya kapsamında değerlendirilebilmesi için tek kıstas, bir yararlanıcının esere böyle bir engeli olmayan diğer kimseler gibi rahat erişiminin önündeki her türlü engeli kısmen veya tamamen kaldırma özelliğinin bulunmasıdır.

Format kopyalar, sadece yararlanıcı kimseler tarafından kullanılabilir. Ayrıca bu kopyalarda, yararlanıcı kimselerin esere erişimi için gerekli olan alternatif formatın ihtiyaç gösterdiği değişiklik dikkate alınmak suretiyle, orijinal eserin bütünlüğüne riayet edilmesi zorunludur. Engelli istisnasının eser sahibinin haklarına getirdiği sınırlandırmalar mali ve manevi haklar yönünden aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

5.3 Yetkili Kuruluşlar

Marakeş Anlaşmasında yetkili kuruluşlara özel bir önem verilmiştir (bkz. m. 2, 4, 5 ve 9). Anlaşmanın 2/1-(c) hükmünde, yetkili kuruluşlar, “devlet tarafından, yararlanıcı kişilere, eğitim, öğretim, uyarlamalı okuma (adaptive reading)^[19] veya bilgi erişimi sağlama konusunda yetkilendirilmiş veya tanınmış, kâr amacı gütmeyen kuruluşlar” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım, devlet kurumları yanı sıra, aynı hizmetleri yararlanıcılara sağlamayı öncelikli ya da kurumsal

[19] Dilimize ‘uyarlamalı okuma’ olarak çevrilebilecek olan İngilizcede ‘adaptive reading’ olarak ifade edilen terim, beynin dil ile ilgili bölümündeki sorunlardan kaynaklanan, disleksi gibi genellikle okuma ve yazma güçlüğü olarak ortaya çıkan öğrenme sorunlarının aşılması için geliştirilen yöntem veya sistemlerin adıdır. Tzouveli, Paraskevi / Schmidt, Andreas / Schneider, Michael / Symvonis, Antonis / Kollias, Stefanos: “*Adaptive Reading Assistance for the Inclusion of Learners with Dyslexia: The AGENT-DYSL approach*”, http://publications.andreas.schmidt.name/ICALT_08_tzouveli_schmidt_agentdysl.pdf. (09.02.2014)

yükümlülük olarak belirlemiş, kâr amacı gütmeyen kuruluşları da kapsar. Ancak maddeye eklenen dipnotta yer alan, üzerinde uzlaşılan yoruma göre, “*devletçe tanınmış kuruluş*” terimi, kar amacı olmayan, yararlanıcılara eğitim, öğretim, uyarlamalı okuma veya bilgiye erişim sağlamak üzere devletten mali destek alan kuruluşları da kapsayacak şekilde anlaşılabilir. Örneğin, anılan işlevleri yerine getirmeleri koşuluyla, akademik kuruluşlar, üniversitelere bağlı araştırma enstitüleri, kütüphaneler, dernek veya vakıflar yetkili kuruluşlar olarak belirlenebilir.

Anlaşma, bu kuruluşların istisna kapsamındaki faaliyetlerinde uyması gereken yükümlülüklerin genel çerçevesini de çizmiştir. Buna göre, yetkili kuruluşlar özellikle aşağıdaki hususlarda kendi uygulamalarını belirlemek ve bunları takip etmekle yükümlüdürler:

- Hizmet verdikleri kişilerin yararlanıcı kişiler olmalarını temin etmek;
- Erişilebilir formattaki kopyaların dağıtımını, yararlanıcı kişiler ve yetkilendirilmiş kuruluşlar ile sınırlandırmak;
- İzinsiz kopyaların çoğaltılması, dağıtımı ve arzını engellemek;
- Anlaşmanın 8. maddesine uygun şekilde, yararlanıcıların özel hayatlarına saygılı olunmak suretiyle, eserlere ilişkin işlemler ve bunların kayıtları ile ilgili gerekli özeni göstermek.

Görüldüğü gibi, Anlaşma yetkili kuruluşların tanımını 2/1-c madde ve bendinde verdikten sonra, aynı maddenin ikinci fıkrasında, bu kuruluşların faaliyetleri sırasında uyması gereken ilkeleri belirlemiştir. Bu kuruluşların kullanabilecekleri yetkiler ise Anlaşmanın 4, 5, 6 ve 9. maddelerinde düzenlenmiştir.

5.4 Anlaşmanın Yararlanıcıları

Anlaşmanın 3. maddesi, öngörülen istisnalar ve kolaylıklardan kimlerin yararlanacağını düzenlemektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, erişilebilir format kopyalar sadece bu Anlaşmada tanımlanan yararlanıcı kişiler tarafından kullanılabilir. Kullanıcıların yararlanıcı tanımına uygun kimseler olmasını temin etmek ise yetkilendirilmiş kuruluşların yükümlülükleri arasındadır. Buna göre yararlanıcı kişiler, diğer engellerine bakılmaksızın başlıca üç kategoriden oluşur:

- (a) Körler.

(b) Görsel bir özürlü veya algı ya da okuma engeli olması nedeniyle, basılı eserleri böyle bir özürlü veya engeli olmayan kişilere oranla büyük ölçüde aynı düzeyde okuyamayan kişiler. Ancak bu kişilerin yararlanıcı tanımına dahil olması, anılan özür veya engellerinin böyle bir özür ya da engeli olmayanlara göre, önemli ölçüde eşit görme fonksiyonu kazandıracak düzeyde iyileştirilemeyecek olması koşuluna tabidir. Maddeye ilişkin dipnotta yer verilen ve üzerinde uzlaşılan yoruma göre, “*iyileştirilemeyecek olma*” ibaresi, tüm olası tıbbi tanı ve tedavilerin uygulanmasını gerektirmez.

Ne var ki, dipnota eklenen yorumun da Anlaşma ile öngörülen “*iyileştirilemeyecek olma*” kriterini yeterince açıkladığını kabul etmek mümkün görünmemektedir. Gerçekten de, kısmi görme, algılama ya da okuma engeli olanların bu engellerinin iyileştirilemeyecek olması kriteri, yetkilendirilmiş kuruluşların istisna kapsamındaki hizmetlerinden yararlanabilmeleri için, pratikte bu yönde ilave bir karar alınması zorunluluğunu doğuracak niteliktedir. Şüphesiz bu kriterin öngörülmesinin nedeni, normal tedavi yöntemleri veya ilave cihaz yada araçlarla görme, algılama veya okuma engeli tamamen giderilebilecek kimselerin istisna kapsamında yararlanıcı kimse sayılmasının önüne geçilmesidir. Bir diğer ifadeyle, bu kriterle, yararlanıcı kişi tanımının, istisnanın amacını aşan şekilde genişletilmesi önlenmek istenmiştir.

(c) Fiziksel engelinden ötürü bir kitabı tutamayan, sayfalarını çeviremeyen ya da okumak için kabul edilebilir düzeyde gözlerini hareket ettiremeyen ve odaklanamayan kimseler.

Şu halde Anlaşma sadece körleri değil, kısmen de olsa her türlü görme, algılama, okuma, odaklanma sorunu yaşayan kişileri yararlanıcı kavramına dahil etmiştir. Görüldüğü üzere, yararlanıcı kişiler tanımında tercih edilen dil, eser ve erişilebilir format kopyada tercih edilenlerle uyumludur. Gerçekten de, öngörülen istisna, metin, notasyon veya bunlarla ilgili illüstrasyon formundaki eserlerle, bunların sesli biçimlerini, herhangi bir engeli dolayısıyla kullanamayanlara özgülenmiştir.

Ancak altı çizilmesi gereken husus, Anlaşma'nın yararlanıcı kimseler kavramını belirlerken, tam veya kısmi görme engeli olanları temel almakla beraber, bunlara fiziksel veya zihinsel nedenlerle, metin haline gelmiş eserler veya bunların işitsel versiyonlarından yararlanamayan diğer engellileri de dahil etmiş olduğudur. Dolayısıyla yararlanıcı sayılabilmek için engelin hangi duyu organıyla ilgili olduğu değil, basılı bir metin veya bunların sesli nüshalarından yararlanmayı imkansız kılan veya zorlaştıran ve iyileştirilemeyen bir engelin varlığı yeterli bulunmaktadır.

5.5 Format Kopyalara İlişkin Sınırlandırmalar

Anlaşmanın 4. maddesinde, âkit devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde yer vermekle yükümlü oldukları sınırlamalar belirtilmiştir. Buna göre, âkit devletler yasal düzenlemelerinde, yararlanıcıların eserleri format kopya halinde elde edip kullanabilmelerini kolaylaştırmak üzere, çoğaltma, yayma ve kamuya iletim haklarına ilişkin sınırlamalara yer vereceklerdir. Anlaşma, burada sözü edilen kamuya iletim (sunma) hakkının, WIPO Telif Hakları Sözleşmesinde eser sahiplerine sağlanan eserin kamunun erişimine sunulması hakkı olarak anlaşılması gerektiğine vurgu yapmıştır. Sınırlamalar eserde, erişilebilir alternatif formatın gerekli kıldığı değişikliklerin yapılmasını da kapsamalıdır. Anlaşmayla eser sahibinin haklarına getirilen sınırlamaların mali ve manevi haklar yönünden ayrı ayrı incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

5.5.1 Mali Haklara İlişkin Sınırlandırmalar

Yukarıda belirtildiği üzere Anlaşma, âkit devletlerin eser sahibinin çoğaltma, yayma ve WIPO Telif Hakları Sözleşmesi anlamında kamuya iletim haklarına yönelik istisnalar öngörmesini zorunlu kılarken, temsil hakkı yönünden bu hususu âkid devletlerin seçimine bırakmıştır.

Eser sahiplerinin istisna kapsamında çoğaltma hakkına getirilen sınırlama, şüphesiz eserin piyasada mevcut nüshalarının birebir aynısının çoğaltılması niteliğinde değildir^[20]. Niteliğine uygun olarak, istisna kapsamında eser sahibinin izni alınmadan yapılabilecek çoğaltma, eserin, yararlanıcı kişilerin erişimine elverişli alternatif kopyalarının çoğaltılmasıdır.

Dağıtım hakkına getirilen sınırlandırma ise, istisna kapsamında çoğaltılmış alternatif kopyaların, yararlanıcıların kullanımına sunulabilmesi için dağıtılması, ödünç verilmesi haklarını kapsar. Esasen FSEK m. 23'te düzenlenen yayma hakkı, bu anlamda, Anlaşmada kullanılan “*dağıtım*” teriminden daha geniş bir anlama sahip olup, “*eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak, veya diğer yollarla dağıtmak*” hak ve yetkilerini de içerir^[21]. Dolayısıyla Anlaşmada tercih edilen “*dağıtmak*” terimi erişilebilir format kopyaların kiralanmasına cevaz vermez. Zira kiraya vermede her zaman bir ticari çıkar mevcuttur. Oysa erişilebilir format kopyalar sadece yararlanıcı kişiler tarafından kullanılabilir. Bu nedenle sınırlandırma, eser sahibinin kiralama, satma hakları ile değil, bedelsiz dağıtım (bağış) ve ödünç verme (suretiyle yayma) haklarıyla ilgilidir.

[20] Çoğaltma hakkı ile ilgili geniş bilgi için bkz. Yavuz / Alica / Merdivan, age, s. 1028 vd.

[21] Yayma hakkı ile ilgili geniş bilgi için bkz. Yavuz / Alica / Merdivan, age, s. 948 vd.

İstisna kapsamında yer verilmesi zorunlu diğer mali hak ise, eserin kamuya iletimi hakkıdır. Bilindiği gibi, kamuya iletim hakkı, atıf yapılan WIPO Telif Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenmiştir^[22]. Buna göre, eser sahipleri, eserlerinin, telli veya telsiz araçlarla her türlü kamuya iletimine izin verme konusunda inhisari haktan yararlanacaktır. Bu kamuya iletim, bireylerin tercih ettikleri yer ve zamanda erişimini sağlayacak biçimde eserin kamuya sunulması yetkisini de kapsar. Kuşkusuz, Anlaşma uyarınca öngörülecek sınırlandırmalar, yararlanıcıların erişimine elverişli alternatif formata özgülenecektir.

Yukarıda belirtilen mali haklar dışında, âkit devletler, yararlanıcıların eserlere ulaşım ve kullanımını sağlamak üzere, temsil hakkına da sınırlandırma getirebilirler. Bu sınırlandırma, Anlaşmadaki tanıma uyan bir eserin, yararlanıcılara yönelik olarak, okunmak, oynanmak, söylenmek, seslendirilmek, gösterilmek suretiyle kamuya sunulmasıdır^[23].

5.5.2 Manevi Haklara İlişkin Sınırlandırmalar

Manevi haklar^[24] yönünden ise, Anlaşma, 2/1-c ve 4/1-a madde ve bentlerinde, eserin bütünlüğünün korunması hakkına yönelik bir düzenlemeye yer vermiş; ancak diğer manevi haklara değinmemiştir. Buna göre, ulusal hukukta öngörülecek sınırlandırmalar, eserin alternatif formatta erişilebilir hale getirilmesi için gereken değişikliklere olanak sağlayacaktır. Görüldüğü üzere, engelli istisnasından yararlanılması sırasında, eserde teknik olarak yapılması zorunlu değişiklikler dışında eserin bütünlüğü korunmalıdır. Böylece Anlaşma eser sahibinin manevi haklarından olan eserin bütünlüğünün korunması hakkına yapılabilecek müdahaleyi de bir kritere bağlamıştır. Zira, istisna engellilere yönelik erişilebilir kopyanın elde edilebilmesi için zorunlu bulunduğu oranda eserde değişiklikler yapılmasına imkan vermektedir.

[22] Anlaşma'nın 8. maddesi metni şu şekildedir: “*Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.*” (Agreed statements concerning Article 8: It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention. It is further understood that nothing in Article 8 precludes a Contracting Party from applying Article 11bis(2))

[23] Temsil hakkı ile ilgili geniş bilgi için bkz. Yavuz / Alica / Merdivan, age, s. 1028 vd.

[24] Eser sahibine tanınan manevi haklar ile ilgili geniş bilgi için bkz. Yavuz / Alica / Merdivan, age, s. 261 vd.

Anlaşmada eser sahiplerine tanınan, “kamuya arz”, “adın belirtilmesi”, “eserin aslına erişim” hakları bakımından bir düzenlemeye açıkça yer verilmemiştir. Ancak, yukarıda vurgulandığı üzere, Anlaşma kapsamında istisnaya tabi bir eserden söz edilebilmesi için, eserin yayınlanması veya en azından kamuya arz edilmiş olması zorunludur. Dolayısıyla eserin ilk kez kamuya arzı ile ilgili olarak, eser sahibinin haklarına bir sınırlama getirilmesi söz konusu değildir. Ancak yayınlanmış veya kamuya arz edilmiş bir eserin, erişilebilir format kopyalar şeklinde çoğaltılmasından sonra yayılması veya ödünç verilmesi, esasen eserin sonraki kamuya arz biçimine bir sınırlandırma niteliğini taşır. Zira eserin kamuya arz tarzını belirlemek de, eser sahibine tanınan kamuya arz yetkisinin kapsamındadır.

Eser sahibinin adının belirtilmesi hakkı yönünden ise Anlaşma bir düzenleme içermemektedir. Esasen bu yaklaşım işin niteliğine de uygundur. Zira, mutad uygulamaya göre, erişilebilir format kopyalar üzerinde de eser sahibinin adının bulunması gerekir.

5.5.3 Anlaşmayla Öngörülebiyecek “Model Sınırlandırma” Hükümlerinin Koşulları

Anlaşmanın 4. maddesinin 2. fıkrası, âkid devletlerin iç hukuklarında yapacakları düzenlemeyle öngörülmesi mümkün bulunan istisna hükümlerine model olmak üzere, bu hükümlerin asgari koşullarını belirlemiş bulunmaktadır. Buna göre, engelli istisnası ile ilgili Anlaşmada kabul edilen yükümlüğün yerine getirilebilmesi bakımından, üye devletler iç hukuklarında, yukarıda incelenen haklarla ilgili olarak yetkili kuruluşlar ve yararlanıcılar yönünden belirli kriterlere uymalıdır. Ulusal mevzuatta yer alacak istisna hükümlerinin standartları olarak da kabul edilebiyecek olan bu kriterler yetkili kuruluşlar ve yararlanıcı kişiler bakımından ayrı ayrı belirlenmiştir.

Buna göre, ulusal mevzuatta öngörülecek olan istisna hükümleri:

(a) Yetkili kuruluşlara, hak sahibinin onayını almaksızın, bir eserin format kopyasını üretmek, bir başka yetkili kuruluştan temin etmek ve bunları ödünç vermek (bedelsiz kullandırmak) suretiyle veya telli-telsiz araçlarla elektronik iletim dahil yararlanıcı kişilere her türlü araçlarla sağlamak ve bu amaçlara ulaşmak için her türlü girişimde bulunmak konusunda izin verecektir.

Ancak yetkili kuruluşun bu faaliyetlerde bulunabilmesi aşağıdaki dört koşulun karşılanmış olmasına bağlıdır:

1-Anılan faaliyetlerde bulunmak isteyen yetkilendirilmiş kuruluş, ilgili esere veya bir nüshasına yasal olarak erişmelidir.

2-Format kopyaya dönüştürülen eser, bilginin erişilebilir formatta izlenebilmesi için gerekli olan tüm önlemleri içerebilir; ancak eserde yararlanıcı kişiye erişilebilir kılınması bakımından zorunlu olanlar dışında bir değişiklik yapılamaz.

3-Format kopyalar yalnızca yararlanıcı kişiler tarafından kullanılmak üzere tedarik edilebilir.

4-Üstlenilen bu faaliyetler çıkar esasına dayanamaz.

(b) Yararlanıcı kişi, eser veya bir kopyasını yasal olarak elde etmesi koşuluyla, bizzat veya özel bakım hizmeti verenler de dahil olmak üzere onun adına hareket eden bir kimse, yararlanıcının kişisel kullanımı için esere ait bir format kopya yapabileceği gibi diğer bir şekilde üretmesi veya kullanmasına da yardımcı olabilir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, iç hukuk düzenlemesi olarak önerilen bu istisna hükümleri model ya da örnek niteliğindedir. Bu nedenle, Anlaşmanın 4/(3) madde ve fıkrası, bu Anlaşma'nın uygulanmasına dair genel ilkeleri belirleyen 10. madde ve istisnalara ilişkin temel kriterler olan üç adım testine yer veren 11/(4) madde ve fıkrasına uygun bulunmak koşuluyla, âkid devletlerin yükümlülüklerini iç hukuklarında öngörecekları diğer sınırlamalarla da yerine getirebileceklerini belirtmektedir.

Anlaşmanın 4. maddesi âkid devletlere, engelli istisnasını, yararlanıcıların, format kopyaları piyasadan makul şartlarda ve ticari olarak elde edemedikleri eserlere hasretmelerine de imkan vermektedir. Ancak bunun için âkid devletin, bu imkandan yararlanacağını, Anlaşmanın imzalanması, kabulü ya da katılım anında veya sonraki bir zamanda açıklaması ve bunu WIPO'ya bildirmesi gerekir.

Âkid devletlerin tercihine bırakılan bir diğer husus ise sınırlamaların makul bedele tabi kılınmasıdır. Gerçekten de, Anlaşma'nın 4/(5) madde ve fıkrası, bunun, ulusal hukukun belirleyeceği bir konu olduğunu hüküm altına almaktadır. Dolayısıyla, istisna kapsamında format kopyası üretilip yararlanıcıların kullanımına sunulan eserler için belirli bir bedel ödenmesi, âkid devletlerin telif hakları yasalarında yer alabilecektir. Bu durumda ödenecek bedelin miktarı ve ödeme şekli gibi detaylar da ulusal mevzuatta düzenlenecektir.

5.5.4 Erişilebilir Formatların Sınır-Aşan Değişimine İlişkin Sınırlandırmalar

Anlaşmada format kopyaların sınır-ötesi değişimine yönelik düzenlemelere özel bir önem verilmiştir. Anlaşma'nın 5/(1) madde ve fıkrasına göre âkid taraflar, istisna kapsamında veya hukuka uygun şekilde elde edilmiş olan erişilebilir format kopyaların, yetkili kuruluşlar tarafından bir diğer âkid taraftaki yararlanıcı kişiler veya yetkili kuruluşlara dağıtımını veya kullanımına sunulmasını sağlayacaklardır.

Anlaşma mali ve manevi haklarda olduğu gibi, sınır-ötesi değişimlere ilişkin sınırlamalar yönünden de âkid tarafların yükümlülüklerini karşılayacak bir model düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre âkid taraflar, ulusal hukuklarında yapacakları düzenlemeler ile yetkili kuruluşlara, hak sahibinin onayına gerek olmadan, format kopyaları, sadece yararlanıcı kişilerin kullanımı için bir diğer âkid devletteki yetkili kuruluşa dağıtması veya kullanımına sunulması için izin vereceklerdir.

İkinci olarak âkid taraflar yetkili kuruluşlara, hak sahibinin onayına gerek olmadan ve 2. maddeye uygun şekilde, format kopyaları, bir diğer âkid devletteki yararlanıcı kişilere dağıtması veya kullanımına sunulması için izin vereceklerdir.

Ancak yetkili kuruluşlara sınır-ötesi yetkiler tanıyan istisnaya ilişkin bu düzenleme, aynı zamanda menşe ülkesindeki yetkili kuruluşun, format kopyanın dağıtım veya kullanıma sunumundan önce, diğer âkid tarafta yararlanıcı kişiler dışında kimseler tarafından kullanılabileceğini bilmemeleri veya bilmemeleri için makul nedenler bulunması koşuluna bağlı olacaktır. Böylece Anlaşma, menşe ülkesindeki yetkili kuruluşlara, format kopyaların amacı dışında kullanılmasını denetleme ve değerlendirme görevi vermektedir.

Aynı şekilde bu istisna kapsamında bir format kopyayı elde etmiş olan ve Bern Sözleşmesi'nin 9. maddesinde öngörülen yükümlülüğü bulunmayan bir âkid devlet de, kendi yetkisi dahilinde ve yasal sistem ve uygulamaları ile uyumlu şekilde, bu format kopyanın sadece yararlanıcı kişiler için çoğaltılması, dağıtılması ve sağlanmasını temin edecektir.

Anlaşmanın 5. maddesinde, bu maddede yapılan düzenlemenin hangi eylemlerin eser sahibinin dağıtım ve kamuya iletim hakkına ihlal oluşturacağını belirlenmesinde bir etkisi olmayacağını hüküm altına almıştır. Aynı şekilde, bu Anlaşmadaki hiçbir düzenleme hakkın tükenmesi konusuyla ilişkilendirilmeyecektir. Gerçekten de, sınır-ötesi kullanıma ilişkin istisna, özellikle âkid devlette ulusal veya bölgesel tükenme ilkesinin kabul edilmiş olması halinde

önem taşır. Böylece, maddeye uygun bir istisna düzenlemesinin, ilgili eser üzerindeki sınırlandırılan haklar yönünden genel anlamda bir tükenme sonucu yaratmayacağı özellikle vurgulanmak istenmiştir.

5.5.5 Format Kopyaların İthaline İlişkin Sınırlandırmalar

Anlaşma, format kopyaların sınır-ötesi kullanımını temin etmek için, bunların ihracı yanında ithaline de izin verilmesini öngörmektedir. Bu kapsamda Anlaşmanın 6. maddesi uyarınca, ulusal mevzuatı yararlanıcı kişiye, onun adına hareket edenlere veya yetkili kuruluşlara, bir eserin format kopyasını yapmaya izni verdiği ölçüde, bu âkid devlet ayrıca hak sahibinin izni olmadan format kopyaların yararlanıcı kimseler yararına ithaline de (dış alımına da) izin verecektir.

Esasen bu düzenleme, yurt dışında üretilmiş format kopyaların eser sahibinin iznine gerek olamadan, yararlanıcı kişilerin kullanabilmesi için yurt içine getirilebilmesine olanak vermektedir. Bu anlamda konu, yayma hakkının tükenmesi ilkesini ilgilendirmektedir^[25]. Gerecekten de ulusal mevzuatımızda bu konuyu düzenleyen FSEK m. 23/2 1 ve 2. cümleler uyarınca, “*Eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurt içine getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Yurt dışında çoğaltılmış nüshalar her ne surette olursa olsun eser sahibinin ve/veya eser sahibinin iznini haiz yayma hakkı sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez.*”

Görüldüğü üzere, FSEK 23. maddede olduğu gibi, yayma (dağıtım) hakkının tükenmesi konusunda, ulusal tükenme ilkesini benimseyen ülkeler bakımından, format kopyaların ülke sınırları içinde çoğaltılması ve dağıtımı konusunda eser sahibinin anılan haklarına getirilen bir engelli istisnası, yurt dışında üretilen ve dağıtılan bu tür kopyaların, engellilerin kullanımı için ülkeye ithali ve dağıtımını kapsamaz. Bu sonuç bölgesel tükenmenin benimsenmesi halinde de bölge sınırları itibariyle geçerli olur. Dolayısıyla, ülkesel ve bölgesel tükenme ilkesini benimseyen âkid devletlerin, istisna kapsamında yurt dışında üretilen format kopyaların, yararlanıcı kimselerin kullanımı için ithaline de izin vermesi, kopyaların karşılıklı sınır-aşan kullanımı bakımından bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

5.6 Marakeş Anlaşması ve Üç Adım Testi

Anlaşmanın “*Sınırlandırma ve İstisnalara İlişkin Genel Yükümlülükler*” başlığını taşıyan 11. maddesi, âkid devletlerin, Anlaşmanın uygulanması kapsamında

[25] Yayma hakkının tükenmesi ilgili geniş bilgi için bkz. Yavuz / Alica / Merdivan, s. 964 vd.

alacakları önlemlerin Bern, TRIPS ve WIPO Telif Hakları Sözleşmeleri ile üstlendikleri yükümlülüklerine uygun bulunması gerektiğini belirtmekte ve bu kapsamda, anılan Sözleşmelerin üç adım testini düzenleyen sırasıyla 9/2, 13 ve 10/1,2 maddeleri hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Esasen üç adım testi, ilk defa Bern Sözleşmesi'nin 9/2 madde ve fıkrası ile çoğaltma hakkının sınırlandırılması için kabul edilmiş, daha sonra TRIPS 13. madde ile tüm sınırlandırma ve istisnaları kapsayan bir ilkeye dönüşmüş, WIPO Telif Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde ilke tekrar edilmiş, ayrıca Bern Sözleşmesi'nin uygulandığı hallerde ve tüm haklar açısından dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır.

Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalarda uyulması gereken bu test birlikte gerçekleşmesi gereken şu üç adımdan oluşur:

1) Sınırlandırma belirli ve özel durumlara hasredilmelidir. İstisnaların belirli ve özel durumlara ilişkin bulunması koşulu, eser sahibinin haklarına sınırlandırma getiren bir istisnanın yasal olarak açık, kapsamı öngörülebilir olması anlamını taşır. Bu kriter yeterli oranda yasal belirliliği garanti eder. Ancak istisnanın uygulanacağı somut durumların kesin olarak ve önceden belirlenmesini gerektirmez. Önemli olan sınırlandırmanın kapsamının bilinmesi ve belirli hallerde özgülmesidir. Bu aynı zamanda istisnanın nitelik ve miktar yönünden de dar yorumlanmasını gerekli kılar.

2) Sınırlandırma eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemelidir. Testin ikinci adımı istisnanın “*eserin normal kullanımı ile çelişmemesini*” gerektirir. Buna göre, istisnaya dayalı kullanım, eser sahibinin eseri üzerindeki haklarından “*normalde, genelde, tipik, ya da geleneksel olarak*” yararlanma biçimine müdahale boyutuna ulaşmamalıdır. Bir başka ifade ile eserden doğan “*hakkın özüne, onun ekonomik olarak değerlendirilmesine*” ilişkin kullanımlar eser sahibine bırakılmalıdır. Dolayısıyla normal kullanım bir eser için “*normal pazara*” karşılık gelir. Esasen istisnanın kapsamı ile eser sahibinin normal kullanımı arasında yakın bir ilişki vardır. Zira istisnanın genişletilmesi eserin normal pazar payını daraltırken; “*normal kullanım*” kavramının geniş yorumlanması izin verilen istisnaya dayalı kullanımı daraltır.

3) Son olarak, sınırlandırma eser sahibinin eserinden normal şekilde yararlanmasına aykırı düşmemelidir. Bu üçüncü adım, sınırlandırmanın eser sahibinin meşru menfaatlerine makul olmayan bir zarar verip vermediğinin test edilmesidir. “*Meşru menfaat*” ten anlaşılması gereken, hukuken uygulanabilir, ekonomik veya ekonomik olmayan her türlü yararadır. Meşru çıkarılara verilen zarar, elde edilmesi beklenen yararın azalması veya eksilmesi, manevi mevcudiyetin ihlal edilmesi veya saldırıya uğramasıdır. “*Makul olmayan*” ifadesi ile kastedilen ise

“*orantılılıktır*”. Bir başka anlatımla, istisnaların değerlendirilmesinde, istisnanın kabul ediliş nedeni ile uyumlu miktar veya boyutun aşılması gerekir.

Şu halde âkit devletler, Anlaşma kapsamında üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirirken, bu üç adım testini geçebilecek şekilde yasal düzenleme yapmak ve uygulamak zorundadırlar. Anılan test sadece yasal düzenlemenin değil uygulamanın da koşullarını belirler. Böylece eser sahibinin haklarının engelli istisnası gereği sınırlandırılmasında, yasal düzenleme ve pratiğe yönelik bir üst sınır belirlenmiş bulunmaktadır.

5.7 Teknolojik Önlemlere İlişkin Yükümlülükler

Âkit devletler, teknolojik korumaya ilişkin önlemlerin dolanılmasını yasaklamak amacıyla yasal düzenlemeler yaparken, yararlanıcıların Anlaşma ile sağlanan sınırlamalardan yararlanmalarına engel oluşturmamasını gözetmek durumundadırlar. Bunun anlamı, yetkilendirilmiş kuruluşların erişilebilir format kopya yapmaları amacıyla âkit devletlerin, bu yasağa bir istisna getirecek mekanizmayı uygulamaya sokmak zorunda olmalarıdır. Bu bağlamda, örneğin eser sahiplerine, dijital kilidi açmak için yetkilendirilmiş kuruluşa gerekli şifreyi verme yükümlülüğü getirilebilir. Bununla birlikte yetkilendirilmiş kuruluşlar da, erişilebilir format kopyalara yararlanıcılar dışındakilerin erişimini engellemek için ayrıca teknolojik bir önleme başvurabilirler.

5.8 Mahremiyete Riayet

Anlaşmanın 8. maddesi, Anlaşma ile sağlanan sınırlamaların uygulanmasında âkit devletlere, yararlanıcıların mahremiyetini korumak için gerekli özeni gösterme yükümlülüğü getirmektedir. Bu korumanın, diğer yararlanıcılara yasal düzenlemeler ile sağlanan korumadan daha aşağı olamayacağı garanti altına alınmakta, böylece yararlanıcılar lehine korumanın asgari düzeyi belirlenmiş olmaktadır. Ayrıca, Anlaşmanın 2. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, yararlanıcıların mahremiyetinin korunması anlamında yetkilendirilmiş kuruluşlara özel bir özen yükümlülüğü getirilmiş olmaktadır.

5.9 Anlaşmanın Diğer Sınırlandırma ve İstisnalara Etkisi

Anlaşmanın 12(1) maddesi uyarınca âkit taraflar Anlaşmanın yararlanıcıları lehine, uluslararası hak ve yükümlülüklerine uygun olarak ve ekonomik durumları ile sosyal ve kültürel gereksinimlerini göz önünde bulundurarak ulusal yasalarında, Anlaşmada öngörülenlere ilave sınırlamalar da getirebilirler.

Öte yandan Anlaşmanın 12(2) maddesi, Anlaşmanın, ulusal yasalarla engelliler için sağlanan diğer sınırlamalara hanel getirmeyeceğini öngörmektedir.

6. ANLAŞMA İLE WIPO'YA YÜKLENEN YÖNETSEL GÖREVLER

Anlaşmanın 9 ve 14. maddeleri WIPO'ya (Uluslararası Büro'ya) yönetsel işlevler yüklemektedir. Buna göre Uluslararası Büro, erişilebilir formattaki eserlerin sınır ötesi değişimini kolaylaştırmak amacıyla yetkilendirilmiş kuruluşların birbirlerini tanımaları için gerekli bilgileri paylaşmakla yükümlüdür. Ayrıca Anlaşmanın 13. maddesi, Anlaşmanın korunması ve geliştirilmesi ile görevli, her âkit devletin bir delege ile temsil edileceği bir “*Meclis*” oluşturulmasını öngörmüştür.

7. TÜRKİYE'DE ENGELLİ İSTİSNASI VE ANLAŞMANIN OLASI ETKİLERİ

7.1 Genel Olarak

Ülkemizde engelli istisnası olarak anılan FSEK ek madde 11 hükmü Kanuna 03.03.2004 tarih ve 5101 sayılı yasa ile eklenmiştir. Anılan düzenleme, iç hukukumuzda eser sahibinin bazı haklarına engelliler yararına getirilen bir sınırlandırma niteliğini taşımaktadır. Ancak istisnanın “*engellilerin korunması ve toplum hayatına uyum sağlamaları*” amacını da barındırdığı açıktır. Bu yönüyle de istisna kamu yararı düşüncesiyle öngörülen istisnalara yaklaşmaktadır. Esasen özü itibarıyla her sınırlandırma özel amacı yanında bir kamu yararı düşüncesini de barındırır. Şu halde Marakeş Anlaşmasının kabulünden önce, engellilere özgü bir sınırlandırma hukukumuzda mevcuttur. Bu düzenleme hukuki niteliği itibarıyla, engellilere özgü kişisel kullanım ve ödünç istisnası niteliğindedir^[26].

Bu çalışmada, FSEK ek 11. maddedeki engelli istisnası, Marekeş Anlaşması ile kıyaslanması ve Anlaşmanın ulusal mevzuata olası etkilerinin incelenmesi amacıyla sınırlı olarak ele alınacaktır. Ancak bundan önce ülkemizdeki engellilerin durumu ile ilgili verilere göz atmakta yarar bulunmaktadır.

[26] Yavuz / Alica / Merdivan, s. 2910; Ateş, (Engelli İstisnası), s. 31.

7.2 Türkiye’de Engellilerin Durumu

TÜİK 2011 istatistiklerine^[27] göre, ülkemizde engel türüne göre bir ayırım yapılmaksızın, tüm engellilerin genel nüfusa oranı %12.6 düzeyindedir. Bu oran 31.12.2013 tarihli TÜİK verileriyle birlikte dikkate alındığında, 2013 yıl sonu itibariyle ülkemizde yaklaşık 9 milyon 660 bin engelli bireyin olduğu sonucuna ulaşılır.

Öte yandan, 2002 yılı itibariyle engelliler arasındaki okuma yazma bilmeyenlerin oranı yaklaşık %36,33’tür^[28]. 2010 yılında yayınlanan, TÜİK ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı işbirliğiyle kayıtlı özürülüler dikkate alınarak yapılan “*Özürülülerin Sorun ve Beklentileri Araştırması*” verilerine göre ise bu oran %41’dir^[29]. Oysa genel nüfusun %13’ü okuma yazma bilmemektedir^[30]. Yine okuma yazma bilen engellilerin %41 gibi büyük bir oranı ilkökula devam etmiş veya mezun olabilmıştır^[31]. Bu rakamlar ülkemizde engellilerin sanat ve kültür ürünlerine erişimi bir yana, ciddi bir eğitim sorunuyla karşı karşıya olduğunu göstermektedir.

Diğer taraftan, TÜİK “*Özürülülerin Sorun ve Beklentileri Araştırması*” 2010 verilerine göre^[32], engelli veya aile fertlerinden biri söz konusu engelle ilgili bir derneğe üye olanların oranı, görme engellilerde %8.4; işitme engellilerde %7.6; dil ve konuşma engellilerde %5.9; zihinsel ve ruhsal engellilerde ise %3.1 düzeyindedir^[33]. Görüldüğü üzere, ülkemizde engellilerin örgütlenme düzeyi de oldukça düşük bulunmaktadır. Dolayısıyla format kopya üretim ve paylaşımında yetkili kuruluşların ulaşabileceği ihtiyaç sahibi engellilerin sayısı da oldukça sınırlı kalacaktır. Tüm bu verilere, 2010 itibariyle ülkemizde kayıtlı engellilerin, sadece %14’ünün çalıştığı,^[34] genel nüfusun dörtte biri, engelli nüfusun ise dörtte ikisinin açlık sınırının altında yaşadığı bilgisi^[35] de eklendiğinde, engelli istisnasının önemi daha açık bir şekilde anlaşılır.

[27] TÜİK Nüfus ve Konut Araştırması, 2011, <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=15843> (14.02.2014)

[28] http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1017 (24.02.2014)

[29] TÜİK, “*Özürülülerin Sorun ve Beklentileri Araştırması*”, 2010, TÜİK, “*Özürülülerin Sorun ve Beklentileri Araştırması*”, 2010, s. 3, http://www.tuik.gov.tr/Kitap.do?metod=KitapDetay&KT_ID=1&KITAP_ID=244 (20.02.2014)

[30] Öztürk, Mustafa: Türkiye’de Engelli Gerçeği, MÜSİAD Cep Kitapları No: 30, İstanbul 2011, s. 23.

[31] Öztürk, age. s. 23

[32] TÜİK, “*Özürülülerin Sorun ve Beklentileri Araştırması*”, 2010, s. 22.

[33] TÜİK, “*Özürülülerin Sorun ve Beklentileri Araştırması*”, 2010, s. 22.

[34] TÜİK, “*Özürülülerin Sorun ve Beklentileri Araştırması*”, 2010, s. 10.

[35] Öztürk, age. s. 24.

Yine 2010 yılında kayıtlı engellilerden, % 29,2'si zihinsel, % 25,6'sı süregelen hastalığı olan, % 8,8'i ortopedik, % 8,4'ü görme, % 5,9'u işitme, % 3,9'u ruhsal ve duygusal, % 0,2'si dil ve konuşma engelliler, % 18'i ise birden fazla engelle sahip olanlardan oluşmaktadır^[36]. Tüm bu verilerden hareketle, Marakeş Anlaşmasının sağlayacağı olanaktan ülkemizde en fazla bir milyon engellinin yararlanabileceği söylenebilir. Görme engellilerin erişimine uygun basılı eserlere (format kopyaya) ilişkin sağlıklı bir veri ise bulunmamaktadır.

7.3 FSEK'te Engelli İstisnası ve Anlaşma Hükümleriyle Karşılaştırılması

7.3.1 Genel Olarak Sınırlandırma Kavramı ve Engelli İstisnası

FSEK eser sahibinin haklarına yönelik sınırlandırmalar için “*tahditler*” terimini tercih etmiştir. Ancak tahditler yerine kimi zaman sınırlandırmalar veya istisnalar ifadesi de kullanılmaktadır. Esasen fikir ve sanat eserlerine ilişkin uluslararası sözleşmelerin yorumu ve tercih edilen terminoloji açısından “*sınırlandırmalar*” ile kastedilen belirli fikri ürünlerin koruma dışında bırakılmasıdır. “*İstisna*” ise kanunen koruma kapsamındaki bir fikri ürünün üçüncü kişiler tarafından belirli şekillerdeki kullanımlarının koruma kapsamı dışında tutulmasıdır^[37].

FSEK ek madde 11'de yer alan engelli istisnası da niteliği itibariyle eser sahibinin haklarına getirilmiş bir sınırlandırmadır. Ne var ki, mahiyetine uygun olarak “*tahditler*” başlığı altında 30-40. maddeler arasında değil, ek madde olarak düzenlenmiştir.

Anılan maddeye göre, “*Ders kitapları dahil, alenileşmiş veya yayımlanmış yazılı ilim ve edebiyat eserlerinin engelliler için üretilmiş bir nüshası yoksa hiçbir ticarî amaç güdülmeksizin bir engellinin kullanımı için kendisi veya üçüncü bir kişi tek nüsha olarak ya da engellilere yönelik hizmet veren eğitim kurumu, vakıf veya dernek gibi kuruluşlar tarafından ihtiyaç kadar kaset, CD, braille alfabesi ve benzeri formatlarda çoğaltılması veya ödünç verilmesi bu Kanunda öngörülen izinler alınmadan gerçekleştirilebilir. Bu nüshalar hiçbir şekilde satılamaz, ticarete konu edilemez ve amacı dışında kullanılamaz ve kullandırılmaz. Ayrıca bu nüshalar üzerinde hak sahipleri ile ilgili bilgilerin bulundurulması ve çoğaltım amacının belirtilmesi zorunludur.*”

[36] TÜİK, “Özürlülerin Sorun ve Beklentileri Araştırması”, 2010, s. 2.

[37] Sınırlandırmalar konusunda geniş bilgi için bkz. Yavuz / Alica / Merdivan, s. 1215 vd.

7.3.2 Engelli İstisnasının Unsurları ve Anlaşma Hükümleriyle Kıyaslanması

Yukarıda ifade edildiği üzere, Kanununun ek 11. maddesinde yapılan düzenleme hukuki niteliği itibarıyla engellilere özgü kişisel kullanım istisnasıdır. Bu niteliğine uygun olarak kanun koyucu engelliler istisnasının uygulanabilmesini belirli koşullara bağlamıştır.

FSEK engelli istisnasından yararlanılabilmesi için bir ön koşul getirmiştir. O da eserin engellilerin kullanımını için üretilmiş bir nüshasının olmamasıdır. Bununla kastedilen eserin istisnadan yararlanmak isteyen engellilerin kullanımına uygun yasal nüshalarının üretilip piyasaya sunulmamış olmasıdır. Piyasaya sunulmuş engellilere özgü nüshalar varsa istisna kapsamında çoğaltma ve ödünç verme yapılamaz.

Hatırlanacağı üzere, Marakeş Anlaşması 4. maddesinde, sınırlandırmanın uygulanmasını, format kopyanın makul şartlarda ve ticari yollardan temin edilememesi koşuluna bağlamak bakımından âkid devletleri serbest bırakmıştır. Bu yönüyle FSEK ek 11. maddedeki engelli istisnasında öngörülen bu ön koşulun esasen Anlaşma ile âkid devletlere bırakılan bir uygulama olduğu belirtilmelidir. Ne var ki, bu uygulamanın Anlaşmada tabi tutulduğu koşul “*piyasadan makul şartlarda ve ticari olarak elde edilememe*” olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla ek 11. maddedeki ön koşul, “*makul şartlarda*” elde edilebilme kriterine yer vermediğinden, istisnanın yararlanıcılar lehine uygulanmasını zorlaştıran, daha dar kapsamlı bir düzenleme içermektedir. Bu nedenle Anlaşmanın imzalanması halinde FSEK ek 11. maddede bu farklılığı ortadan kaldıracak bir yasa değişikliğine gidilmesi gerekecektir. Diğer taraftan bu ön koşulun Yasa’da muhafazasına devam olunacaksa, Anlaşmaya katılım anında veya sonraki bir zamanda bundan yararlanılacağına açıklanması ve WIPO’ya bildirmesi gerektiği de unutulmamalıdır.

Anlaşmayla uyumlu hale getirilmesi durumunda, hukuken bir sorun yaratmakla beraber, anılan ön koşulun muhafazasının da gözden geçirilmesinde yarar olduğu düşünülmektedir. Zira yukarıda Türkiye’deki engellilere ilişkin veriler incelenirken vurgulandığı üzere, ülkemizdeki engellilerin sosyal, ekonomik, eğitsel şartları böyle bir ön koşulun kaldırılmasını zorunlu kılmaktadır. Yine “*makul şartlarda ve ticari yollardan temin edilememesi*” koşulunun varlığının pratikte denetimi ve uygulanmasında da önemli sorunlar yaşanacaktır. “*Makul ticari şartların*” ne olduğu sorusunun cevaplanmasının tamamen subjektif bir kriter olması, piyasaya sunulan nüshanın engellinin erişimine imkan verecek nitelikte bulunup bulunmadığı gibi teknik konular bu sakıncaların ilk akla

gelenleridir. Dolayısıyla Anlaşmaya katılım sürecinde FSEK ek m.11’de yapılacak değişiklikte anılan ön koşulun tümüyle kaldırılması isabetli olacaktır.

7.3.3 İstisnanın Eser ve Form Bakımından Kapsamı

Yasa koyucu her şeyden önce FSEK ek m. 11’deki istisnayı belirli tür ve nitelikteki eserlere hasretmiştir. Eser türü açısından sınırlama ilim edebiyat eseri olma koşuludur. Nitelik açısından ise alenileşmiş veya yayımlanmış olma ile yazılı olma koşulları öngörülmüştür.

Gerçekten de, madde istisnanın kapsamını ‘ders kitapları dahil, yazılı ilim ve edebiyat eserleri’ olarak belirlemiştir. Dolayısıyla engellilerin istisnadan yararlanabilecekleri eserler, FSEK 2. maddede düzenlenen ilim ve edebiyat eseri niteliğinde olup da bunlardan sadece yazı ile ifade olunanlardan ibarettir.

Görüldüğü üzere, istisnanın “*ilim edebiyat eserlerine*” özgülmesi Marakeş Anlaşmasına göre daha dar bir düzenleme biçimidir. “*Yazılı*” ibaresi ise Anlaşmada yer alan “*metin / tekst*” ibaresine karşılık gelmektedir. Ne var ki, ek 11’deki engelli istisnası, “*notasyon*” ve “*metin ve notasyonla ilgili illüstrasyon*” ibarelerine veya eşdeğer bir tanıma yer vermemiştir.

Yazılı olma, düşüncenin belli işaretlerle tespit edilmesini sağlayan bir sistem içinde, yani alfabe ile oluşturulması anlamına gelir. Alfabe veya sistemi oluşturan harf, rakam ya da işaretin türü önemli değildir. İlim edebiyat eserinin Türkçe veya bir başka dilde olması da istisnanın uygulanması bakımından fark yaratmaz. Yine işaret sistemi harf, rakam ya da şekillerden oluşabilir. Yazı ya da işaretlerin yazıldığı materyal veya ortamın da bir önemi yoktur. Örneğin, ilim ve edebiyat eseri, kitap, dergi gibi kağıt; bilgisayar, CD, VCD gibi sayısal ortamda kayıtlı olabilir.

Şu halde, yazı ile ifade olunmayan ilim ve edebiyat eserleri ile diğer eser türleri tamamen kapsam dışında bırakılmıştır. Bu yönüyle de FSEK ek m. 11, Anlaşmaya uyumlu değildir. Zira hatırlanacağı üzere, Anlaşma eser tanımında “*metin, notasyon veya ilgili illüstrasyon*” formunda olmak koşuluyla Bern Sözleşmesi anlamında eser kavramına atıf yapmış, dipnottaki üzerinde uzlaşılan yoruma göre de, bunların sesli kitaplar gibi, işitsel versiyonları istisna kapsamına dahil edilmiştir. Esasen FSEK ek m. 11’deki eser türleri yönünden benimsenen bu son derece sınırlayıcı sayma yöntemi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir^[38]. Bu nedenle, Anlaşmaya uyum amacıyla yapılacak Yasa değişikliğinde bu eleştiriyi ortadan kaldıracak bir düzenleme yapılmalıdır.

[38] Ateş, (Engelli İstisnası) s. 37.

Diğer taraftan FSEK ek 11. madde metninin sadece görme engellilerin ihtiyaçları esas alınarak kaleme alındığı izlenimi hakimdir. Oysa, yazılı ilim edebiyat eseri kategorisine dahil olan eserlerin ve bunların işitsel versiyonlarının sadece görme engelliler değil, zihinsel, ruhsal, bedensel veya işitme engellilere yönelik erişilebilir format kopyası yapılabileceği gibi, Marakeş Anlaşmasında engel türüne ilişkin bir sınırlamadan özellikle kaçınıldığı görülmektedir.

Nitelik yönünden FSEK ek m. 11'de öngörülen bir diğer koşul, yazılı ilim edebiyat eserinin “*alenileşmiş veya yayınlanmış olmasıdır.*” Yasa koyucu alenileşme veya yayımlanmış olmaktan her hangi birini yeterli bulmuştur. Bu nedenle her iki terim arasında ‘veya’ bağlacı kullanılmıştır. Bu koşul Marakeş Anlaşmasında öngörülen düzenlemede de mevcut olup, uyum sorunu yoktur. Alenileşme ve yayımlanma kavramları üzerinde daha önce durulduğundan burada tekrardan kaçınılacaktır.

7.3.4 İstisnanın Sınırlandırılan Haklar Yönünden Kapsamı

Engelli istisnasının, eser sahibinin hangi haklarını sınırlandırdığının belirlenmesi de önem taşır. Bilindiği üzere, sınırlandırmalar esas itibariyle eser veya hak sahiplerinin mali hakları ile ilgilidir. Maddede mali haklara yönelik sınırlamalar, (yazılı ilim edebiyat) eserin “*CD, brail alfabeti ve benzeri formatlarda çoğaltılması veya ödünç verilmesi*” şeklinde ifade olunmuştur. Oysa Marakeş Anlaşması, mali haklardan (erişilebilir format kopya olarak) çoğaltma; dağıtım veya ödünç verme suretiyle yayma ve kamuya iletim hakları yönünden istisna tanınmasını zorunlu tutmuştur. Temsil hakkı yönünden yapılacak sınırlandırma ise âkid Devletlerin tercihine bırakılmıştır.

Şu halde gerek FSEK ek m. 11; gerekse Marakeş Anlaşmasındaki engelli istisnasının eser üzerindeki çoğaltma hakkını sınırlandırdığında şüphe yoktur. Çoğaltma hakkı ve kapsamını düzenleyen FSEK 22. maddeden hareketle çoğaltma, “*bir eserin aslı veya kopyalarından herhangi bir şekil veya yöntemle, kısmen veya geçici de olsa ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da her türlü araca kayıt edilmesidir*” şeklinde tanımlanabilir.

FSEK Ek 11. madde çoğaltma hakkına getirilen sınırlandırmayı, engellilerin kullanması amacıyla yönelik “*CD, brail alfabeti ve benzeri formatlarda çoğaltılması*” şeklinde ifade etmiştir. Dolayısıyla burada kastedilen form (biçim, şekil, tarz) değişikliği, eserin birebir aynı formatta kopyasının farklı bir materyal üzerinde çoğaltılması değildir. Zira aynı formatta bire bir kopya, aynı duyu organına hitap edeceğinden engelli tarafından algılanabilir hale dönüşmeyecektir. Örneğin kitabın kağıt baskı iken fotokopi yöntemi ile çoğaltılması veya sayısal

ortama aktarılıp CD formatında çoğaltılması görme engelliler veya okumu yazması olmayan işitme engelliler yönünden algılanabilir hale gelmesini sağlamaz.

Dolayısıyla FSEK ek m. 11’de kastedilen, yazılı ilim ve edebiyat eserinin engelin niteliğine göre algılanabilir hale getirilmesidir. Madde bu amaca uygun format değişikliğine olanak vermektedir. Örneğin bir edebi eserin, görme engelliler tarafından algılanabilecek şekilde braille alfabesiyle yazılması veya okunarak bir CD’ye kaydedilmesi istisna kapsamında çoğaltmalardır. Anlaşma ise format değişikliğini açıkça vurgulayarak, çoğaltma hakkına getirilecek sınırlandırmayı, “*erişilebilir format kopya yapmak*” olarak belirtmiştir.

WIPO Telif Hakları Sözleşmesi anlamında kamuya iletim hakkının FSEK ek m. 11’de açıkça yer almaması, Anlaşmayla ortaya çıkan bir uyumsuzluk olduğu kadar, engellilerin evlerinden dışarı çıkma ve ulaşım zorlukları dikkate alındığında, bu aynı zamanda önemli bir eksiklik. Bununla birlikte, ek m. 11’deki bu eksiklik doktrinde, “*engelliler için oluşturulmuş format kopyaların, engellilere hizmet veren kuruluşlar tarafından, internet üzerinden sadece üyeleri ile sınırlı kullanıma sunulmasının da istisna kapsamında değerlendirilebileceği*” şeklinde geniş yorumlanarak kapatılmaya çalışılmıştır^[39]. Kanaatimizce istisnaların geniş yorumlanmaması gereği de dikkate alınarak, FSEK ek 11. maddeye kamuya iletim hakkının da dahil edilmesi, Marakeş Anlaşmasına uyum yönünden de bir zorunluluktur.

FSEK ek m. 11 eser sahibinin işleme ve temsil haklarının sınırlandırılmasından söz etmemiştir. Dolayısıyla FSEK uyarınca, kamuya iletimde olduğu gibi, temsil ve işleme mali hakları da istisna kapsamında sınırlandırılmaz. Yukarıda ifade edildiği üzere, Marakeş Anlaşması temsil hakkının sınırlandırılmasını Akid taraflara bırakmıştır. Ancak işleme hakkı Anlaşmanın asgari standartları içinde sınırlandırılması gereken haklar arasında değildir.

Bununla birlikte temsil hakkının istisna kapsamına alınması engelli istisnasından umulan yararın elde edilmesi bakımından bir gerekliliktir. Gerçekten de, bir ilim ve edebiyat eserinin engellilere yönelik sosyal ve kültürel faaliyetlerde okunması, oynanması, umumi mahallerde temsili, engellilerin sosyal ve kültürel hayata katılımının ayrılmaz bir parçasıdır. Dolayısıyla, erişilebilir format kopya üretimi ve paylaşımından bağımsız olarak, eserlerin engellilerin yararlanması için veya engelliler tarafından temsili istisna kapsamına alınmalıdır.

Ancak bir eserin temsili ile temsil suretiyle erişilebilir format kopya üretilmesi konuları birbirinden farklı şeylerdir. Bir eserin okunarak temsili suretiyle ses

[39] Ateş, (Engelli İstisnası) s. 44; Yavuz / Alica / Merdivan, age, s. 2915.

formatında CD'ye, kasete kayıt edilmesi, bir engellinin erişimi için zorunlu olduğu sürece istisna kapsamında format kopya üretimidir. FSEK 24. maddede düzenlenen temsil ise, bir eserin kişisel çevre dışında ve 'umumi mahallerde' seslendirilmesi, okunması, çalınıp söylenmesi, oynanmasıdır. Zira bir eserin kişisel çevre içinde okunması suretiyle kaset CD ortamına kaydı ve zaman zaman dinlenilmesi, esasen eser sahibinin iznini gerektirmeyen bir bireysel kullanımdır. Ancak bu kayıt engellilere hizmet veren kuruluşlar tarafından kamuya ödünç verildiğinde yukarıda ifade edildiği üzere, yayma hakkını düzenleyen FSEK 23. m. kapsamında bir kullanım söz konusu olur.

İşleme hakkı yönünden ise gerek FSEK Ek m. 11; gerekse Anlaşma bir sınırlama öngörmez. Gerçekten de, işleme eser, *"diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsullerini"* ifade eder (FSEK m. 1/B-c). Bir edebiyat eserinin salt braille alfabesine aktarılması, erişilebilir format kopya üretilmesi olup, çoğaltma hakkı kapsamındadır. Ancak eserin dili de (örneğin İngilizce iken Türkçe'ye çevrilmek suretiyle) değiştiriliyorsa burada FSEK 21. maddedeki işleme hakkı ile ilgili bir kullanım söz konusudur. Ancak bireysel kullanım amacıyla tek bir nüsha çevri yapmak veya yaptırmak bundan ekonomik olarak faydalanılmadığı sürece eser sahibinin işleme hakkını ihlal eden bir eylem değildir. Dolayısıyla esasen böyle bir işlem için istisna hükmüne ihtiyaç yoktur.

Öte yandan, format kopyaların sınır-aşan değişimi ve ithali konusunda Marakeş Anlaşması önemli istisna hükümleri kabul etmiştir. Böylece bir dildeki format kopyanın menşe ülke dışındaki yararlanıcılara da ulaştırılması ve erişilebilir format kopya üretmek konusunda mükerrer emek, zaman ve para harcanmasının önüne geçilmek istenmiştir. Anlaşmaya katılım halinde, FSEK Ek m. 11'de erişilebilir format kopyaların sınır-aşan değişimi ve ithali yönünde değişiklik yapılması kaçınılmaz bulunmaktadır. Ülkemizdeki engellilerin ulusal ve uluslararası düzeyde eserlere erişimi ve sosyal hayata katılmalarına imkan verecek böyle bir değişiklik özel öneme sahiptir.

FSEK Ek m. 11 uyarınca çoğaltmayı engelliler kendileri veya üçüncü bir kişi onlar için yapabilir. Ancak istisnanın imkan verdiği çoğaltma tek bir nüsha ile sınırlıdır. Engelli için yapılacak tek nüsha çoğaltmanın (örneğin bir kitabın okunarak CD'ye kaydının) üçüncü kişiye bu hizmeti karşılığı bir ücret ödenmesi suretiyle yaptırılması da mümkündür. Zira ticaret yasağı bu işlem sonrası elde edilen nüsha için geçerlidir. Bu açılardan Marakeş Anlaşması ile büyük bir fark yoktur. Gerçekten de, yukarıda açıklandığı üzere, Anlaşma'nın 4. maddesinde yararlanıcı kişilerin, bizzat veya özel bakım hizmeti verenler de dahil olmak üzere onun adına hareket eden bir kimsenin, yararlanıcının kişisel kullanımı

için bir adet format kopya yapabilecekleri gibi, diğer bir şekilde üretmesi veya kullanmasına yardımcı olabilirler.

Marakeş Anlaşmasında bu konuda farklılık arzeden husus, bu işlemlerin yapılabilmesinin açıkça, “*eser veya bir kopyasının yasal olarak elde edilmesi*” koşuluna bağlanmış olmasıdır. Anlaşmayla FSEK Ek 11. madde arasındaki bu farklılık, erişilebilir format kopya olarak üretilip çoğaltılacak eserin muhakkak yasal bir nüshasının elde edilmesi zorunluluğunda kendisini göstermektedir. Esasen, bu sonuca FSEK Ek 11. madde yönünden de, üç adım testiyle ulaşılabilir. Zira, yasal olmayan bir nüshanın temin edilmesi suretiyle format kopya üretilmesi, eser sahibinin eserinden normal yararlanmasına makul olmayan bir sınırlandırma anlamını taşır ve üç adım testini geçemez. Çünkü format kopya üretimi, eserin tamamı veya nadir hallerde önemli bir kısmının kişisel kullanım istisnasını da aşacak oranda çoğaltılması anlamını taşır. Dolayısıyla yasal yollardan elde edilmiş bir nüshanın kullanılması, eser sahibinin haklarına yapılan müdahaleyi hafifleten adil bir yaklaşım olur. Bununla birlikte, FSEK Ek 11’de yapılacak düzenlemeyle, Anlaşmaya bu konuda da uyum sağlanmasında yarar vardır.

İkinci olarak FSEK Ek m. 11 ile engellilere hizmet veren kuruluşların ihtiyaç kadar (erişilebilir) format kopya çoğaltma ve bunların yararlanıcılara ödünç verilmesi şeklindeki kullanımlarına izin verilmiştir. Bu kuruluşlar vakıf, dernek, eğitim kurumu gibi kamu veya özel sektör kuruluşları olabilir. Ancak bunların istisnadan yararlanabilmesi için engellilere hizmet vermesi zorunludur. Anlaşma, FSEK Ek m. 11’den farklı olarak, yetkili kuruluşların bu hizmetleri çıkar elde etmeksizin vermesi gerekliliğine vurgu yapmıştır. Ek 11. maddede ise, “*ticari amaç güdülmemesi*” vurgusu, istisna kapsamında elde edilecek format kopyalara hasredilmiştir.

Öte yandan FSEK Ek 11’de engellilere hizmet veren (yetkili) kuruluşların çoğaltabileceği ve ödünç verilebileceği nüsha miktarı “*ihtiyaç kadar*” ifadesi ile belirlenmiştir. Bununla kastedilen şüphesiz kuruluşun hizmet verdiği ve genellikle üyesi olan engellilere vermek veya ödünç vermek için yetecek nüsha sayısıdır. Kuruluşlar engelliye nüshayı ödünç verebilecekleri gibi, karşılıksız da verebilirler. Zira madde metninden kuruluşların sadece ödünç verebilecekleri şeklinde dar bir yoruma ulaşılması mümkün değildir. Kuruluşların, çoğalttıkları nüshaları, doğrudan ya da dolaylı ticari getiri elde edecek şekilde engellilere (üyeleri olsalar dahi) satmaları mümkün değildir.

Marakeş Anlaşması ise, 4. maddesinde yetkilendirilmiş kuruluşların, üretip çoğaltabilecekleri format kopya miktarı yönünden bir kritere yer vermemiştir. Bununla birlikte Anlaşma özellikle bu kopyaların amacı dışında kullanılmaması gereği ile bunun kontrolü için yetkili kuruluşlarca yerine getirilmesi gereken

yükümlülükler üzerinde özellikle durmuştur. Yine Anlaşmaya göre, yetkili kuruluşlar sadece bir eserin erişilebilir format kopyasını üretmek ve ödünç vermek değil, bu kopyaları gerekirse bir başka yetkili kuruluştan temin etmek, telli-telsiz araçlarla elektronik iletim dahil yararlanıcı kişilere her türlü araçlarla sağlamak yetkilerine de sahiptirler. Dolayısıyla FSEK Ek 11. maddenin kapsamı, yetkilendirilmiş kuruluşlara bu yetkilerin de verilmesini sağlayacak şekilde genişletilmelidir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, FSEK Ek m. 11 ve Anlaşma ile öngörülen engelli istisnası, özellikle mali haklara yönelik sınırlandırmalar özelliğini taşımaktadır. Nitekim, Ek m. 11, istisna kapsamında çoğaltılmış nüshalar üzerinde hak sahiplerinin adının belirtilmesi zorunluluğuna işaret ederek, bu hakka yönelik bir sınırlandırma olmadığını vurgulamıştır. Marakeş Anlaşması ise, adın belirtilmesi hakkından açıkça söz etmez. Dolayısıyla adın belirtilmesi hakkına bir sınırlandırma öngörülmediği kuşkusuzdur. Öte yandan Marakeş Anlaşmasının aksine, FSEK Ek m. 11, eserin bütünlüğünün korunması bakımından bir düzenlemeye yer vermemiştir. Ancak, engellilerin kullanımına (erişimine) uygun format kopya elde edilmesi için zorunlu olduğu ölçüde, bu hakkın da sınırlandırılabilirliği muhakkaktır. Bu sonuca FSEK'te engelli istisnasının düzenleniş biçiminden ve niteliğinden ulaşılırken, Marakeş Anlaşması bunu şüpheye yer bırakmayacak biçimde hükme bağlamıştır. Kuşkusuz istisna hükmünün açık, anlaşılır ve sınırları belirlenebilir şekilde düzenlenmesi gerekir. Bu nedenle FSEK Ek m. 11'de Anlaşmaya uygun bir değişiklik yapılması yararlı olacaktır.

7.3.5 İstisnanın Amaç Yönünden Kapsamı

FSEK engelli istisnasını amaç bakımından iki koşula tabi tutmuştur. Bunlar istisna kapsamındaki kullanımların bir engellinin ihtiyacına özgülmesi ve ikinci olarak ticari amaç güdülmemesidir.

Gerçekten de, istisnadan ancak bir engellinin ihtiyacının karşılanması için yararlanılabilir. Hatırlanacağı üzere, bu ilke Marakeş Anlaşmasında da kabul edilmiştir. Bununla birlikte, istisna kapsamındaki format kopya üretim ve çoğaltma işlemini bizzat engellinin gerçekleştirilmesi zorunlu değildir.

“*Engelli*” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğine dair FSEK ek 11. maddede bir açıklık yoktur. Genel olarak “*engeli olan*” anlamına gelen bu ibarenin Kanun'da “*özürlü*” karşılığı kullanıldığı kuşkusuzdur. Özürlü ibaresi ise 01.07.2005 tarih ve 5378 sayılı Özürlüler Kanunu'nda tanımlanan biçimiyle “*bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmiş olan kişiyi*” ifade eder. Özürlülük derecesinin (ölçütünün) ağır veya hafif olmasının bir önemi

yoktur. Ancak en azından istisnanın amacına uygun kullanımını gerektirecek ölçüde bir engel bulunması gerekir. Marakeş Anlaşması ise istisnanın düzenlenmesinde, “engelli” değil “yararlanıcı” kavramını esas almıştır. Yararlanıcıların hangi engellilerden oluştuğunu belirleyerek bu konuya açıklık getirmiştir.

FSEK, istisnanın amacı dışında kullanılmasının önüne geçmek için çoğaltma veya ödünç vermenin doğrudan veya dolaylı hiçbir ticari amaç güdülmeksizin yapılması gerektiğinin altını çizmiştir. Kişisel kullanım amacı ile ticari amaç güdülmemesi birbirini tamamlayan koşullardır. Öyle ki istisna kapsamında çoğaltılan nüshaların, sonradan amacı dışında kullanılması da önlemek istemştir. Bu nedenle maddenin son cümlesinde açıkça, bu nüshaların hiçbir şekilde satılamayacağı, ticarete konu edilemeyeceği ve amacı dışında kullanılamayacağı hüküm altına almıştır. Yukarıda incelendiği üzere, Marakeş Anlaşması da, paralel bir düzenlemeyi benimsemiştir. Buna göre, erişilebilir format kopyalar sadece yararlanıcı kimseler tarafından kullanılabilir ve istisna kapsamında izin verilen faaliyetler ticari temele dayanamaz.

7.3.6 İstisnanın Şekli Koşulları

FSEK ek m. 11, istisna kapsamındaki kopyaların içermesi gereken bilgiler yönünden de, bir takım koşullar öngörmüştür. Buna göre, engellilerin kullanımını için üretilen nüshalar üzerinde hak sahipleri ile ilgili bilgilerin ve çoğaltım amacının belirtilmesi zorunludur. Bilgilerine yer verilmesi zorunlu hak sahipleri bakımından madde metni yeterince açık değildir. Zira mali ve manevi haklar bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Kanaatimizce burada ilim edebiyat eserleri için geçerli mutad uygulama esas alınmalıdır. Bir başka ifadeyle, eserin orijinal nüshası üzerinde yer alan hak sahiplerine ait bilgiler, mümkün olduğu ve çoğaltma tekniği elverdiği ölçüde, engellilere özgülenen nüshaya aslına sadık kalınarak aktarılmalıdır.

Engelli nüshasında bulunması gereken bir diğer bilgi, çoğaltma amacıdır. Buna göre, engelli nüshasının “*istisna kapsamında kişisel kullanım amacıyla çoğaltıldığı, satılamayacağı, ticarete konu edilemeyeceği, amacı dışında kullanılamayacağı ve kullandırılmayacağı*” belirten bir açıklamaya yer verilmesi yeterli olur.

Marakeş Anlaşması engelli istisnası konusunda asgari standartları öngören bir uluslararası sözleşmedir. Dolayısıyla format kopyaların içermesi gereken bilgi ve uyarılar konusunda ayrıntıya girmesi beklenemez. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere, eser sahibinin adının belirtilmesi hakkı yönünden bir sınırlama yoktur. Dolayısıyla mutad şekilde eserin ve eser sahibinin adına format kopya üzerinde yer verilmesi gerekir. Format kopya üzerinde “*çoğaltım amacının belirtilmesi*”

zorunluluğu da, esasen bunların amacı dışında kullanılamayacağına ilişkin düzenlemenin, iç hukuka yansayan bir görünümüdür.

7.4 Anlaşmanın Olası Etkileri

7.4.1 Genel Olarak

Yukarıda ifade edildiği üzere, Türkiye’de görme engellilerin sayısı yaklaşık 750.000; diğer engellilerde dikkate alındığında ise, engelli istisnasından yararlanabilecek toplam nüfus yaklaşık bir milyon olarak tahmin edilmektedir. Ancak ülkemizde engelliler ve engellilerin erişimine uygun format sayısına ilişkin verilerin sağlıklı olmadığı vurgulanmalıdır. Bireysel format üretiminin tespitindeki güçlük bir yana bırakılacak olursa, ülkemizdeki erişilebilir formata çevrilmiş eser sayısının son derece sınırlı olduğunu tahmin etmek güç değildir.

Bu bağlamda Anlaşma’nın kabulünün, toplumsal olarak kamuoyunun ilgisini engellilere çekeceği ve onların kültürel etkinliklere katılımı ve erişilebilir format temini konusunda ortaya çıkan sorunlara ilişkin farkındalığın artmasını sağlayacağı kuşkusuzdur. İkinci olarak Anlaşmanın erişilebilir format üretiminde yetkili kuruluşların önemini ve rolünü artıracığı, bu çerçevede engellilerin örgütlenmesi, ekonomik ve toplumsal hayata katılımını kolaylaştıracağı değerlendirilmektedir.

Gerçekten de, Anlaşmanın kabulü ile format kopya üretiminde yetkili kuruluşların sorumluluk ve yetkileri ile istisnadan yararlanacak kişilerin nitelikleri daha açık ve net bir şekilde belirlenecek, bu faaliyetlere bir standart getirilmiş olacaktır. Diğer taraftan bu açıklık ve standartlar, istisnanın kötüye kullanılmasını önleyeceği gibi, eser sahiplerinin eserleri üzerindeki haklarının istisna bahanesiyle etkisizleştirilmesini önleyecek bir mekanizma eksikliğini de gidermiş olacaktır.

Öte yandan, Anlaşmanın engellilere yönelik format kopyaların sınır-aşan dolaşımı önündeki engelleri kaldırması, yararlanıcıların küreselleşen dünya ile entegre olmalarına önemli bir katkıda bulunacaktır. Böylece engelliler ihtiyaç duydukları erişilebilir eser kopyalarını sadece yurt içinde değil, yurt dışındaki yetkili kuruluşlardan da temin edebileceklerdir. Bu imkan aynı zamanda engellilerin yurt dışındaki Türkçe format kopyalara erişimi bakımından da önem taşımaktadır. Aynı olumlu etki kuşkusuz yurt dışında yaşayan ve Türkçe konuşan Türk vatandaşları yanında, diğer topluluk ve bireyler için de geçerli olacaktır. Dolayısıyla erişilebilir formattaki eserlerin sayısı ve çeşitliliğindeki artış, görme engellilerin kendilerini geliştirmeleri yanında dünya kültürü ile iletişime geçmelerine de hizmet edecektir. Engellilere sunulan bu olanaklar onların toplumsal, kültürel ve iş yaşamına katılmaları anlamında önemli ve

olumlu bir etki yapacaktır. Gerçekten de, format kopya dolaşımında mevcut hukuki sınırlamaların kaldırılması görme engellilere, iç zenginliklerini paylaşma ve yeni eserler yaratma konusunda, sadece ülke içinde değil tüm dünyada yeni olanaklar sağlayacak, yeni fırsatlar sunacaktır. Hiç kuşkusuz bu, sadece görme engellilerin değil kamunun yararına olacaktır.

Şu halde, Anlaşma, engellilerin yararlanabileceği eser tür ve sayıları anlamında kapsamı genişletecek; ayrıca Türkçe konuşulan ülkeler ve Türk diasporasına erişilebilir formatların ithal ve oradan da ihracına imkan sağlayacaktır. Bu fırsat, maliyetlerin düşürülmesi ve kaynakların etkin kullanımı adına yeni iş modellerine de yol açabilecektir. Kuşkusuz bu olumlu etkiler Anlaşmanın ülkemiz tarafından onaylanması ve yürürlüğe girmesi sonrası iç hukukun da uygulanması ile sağlanabilecektir.

7.4.2 Anlaşmanın Olası Hukuki Etkileri

Yukarıda ifade edildiği üzere, FSEK Ek 11. maddede yapılan düzenleme, hukuki niteliği itibariyle engellilere özgü kişisel kullanım istisnası olmakla birlikte, Anlaşma ile önemli farklılıklar içermektedir. Genel olarak bakıldığında, Anlaşma ile öngörülen istisnaların kapsamı FSEK Ek m.11'den daha geniştir. Dolayısıyla ülkemiz tarafından imzalanan Anlaşmanın onaylanıp yürürlüğe girmesi halinde en önemli hukuki etkisi, FSEK'te uyumlaştırma amaçlı bir değişiklik gereksiniminin doğacak olmasıdır.

Her şeyden önce, yukarıda incelendiği üzere, FSEK uyarınca engelli istisnasından yararlanılabilmesi için, bir eserin engellilerin kullanımı için üretilmiş bir nüshasının olmaması gerekir. Bununla birlikte Marakeş Anlaşması, sınırlandırmanın uygulanmasını, format kopyanın makul şartlarda ve ticari yollardan temin edilememesi koşuluna bağlamak bakımından âkid devletleri serbest bırakmıştır. Ne var ki, böyle bir ön koşulun kabulü halinde, Anlaşmada öngörülen kıstas, "*piyasadan makul şartlarda ve ticari olarak elde edilememe*" olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla Ek 11. maddedeki ön koşul, "*makul şartlarda*" elde edilebilme kriterine yer vermediğinden, istisnadan yararlanmayı zorlaştıran, daha dar kapsamlı bu düzenleme Anlaşmayla uyumlu hale getirilmelidir.

Dahası Anlaşmayla üye ülkelere sağlanan seçim hakkı kullanılarak anılan ön koşulun tamamen kaldırılmasında yarar bulunmaktadır. Zira yukarıda açıklandığı üzere, ülkemizdeki engellilerin sosyal, ekonomik, eğitsel şartları böyle bir ön koşulun kaldırılmasını zorunlu kılmaktadır. Yine "*makul şartlarda ve ticari yollardan temin edilememesi*" koşulu engellilerin ihtiyaç duyacağı erişilebilir formatın niteliğindeki farklılıklar da gözetildiğinde, denetim ve uygulanmasında

önemli sorunlar yaşanacaktır. Dolayısıyla engellilerin erişebileceği kopyaların kaliteli ve farklı formatlarda üretimi, yetkili kuruluşlar ve hak sahipleri adına format kopya üretimi yapmak isteyen yatırımcılar arasındaki rekabete açık tutulmalıdır. Bir başka ifadeyle kanaatimizce Anlaşmaya katılım sürecinde FSEK ek m.11’de yapılacak değişiklikte anılan ön koşulun tümüyle kaldırılması isabetli olacaktır.

Öte yandan Türk Yasa koyucu, FSEK Ek m. 11’deki istisnayı belirli tür ve nitelikteki eserlere, “*ilim edebiyat eserlerine*” hasretmiştir. Zira madde istisnanın kapsamını “*ders kitapları dahil, yazılı ilim ve edebiyat eserleri*” olarak belirlemiştir. Oysa bu düzenleme biçimi Marakeş Anlaşmasına göre daha dar kapsamlıdır. Gerçekten de, Ek m.11’deki engelli istisnası, “*notasyon*” ve “*metin ve notasyonla ilgili illüstrasyon*” ibarelerine veya eşdeğer bir tanıma yer vermediği gibi, Anlaşmada “*yazılı*” olma şartı da yoktur. Bu yönüyle de FSEK Ek m. 11, Anlaşmayla uyumlu değildir. Bu nedenle, Anlaşmaya uyum amacıyla yapılacak Yasa değişikliğinde bu konu üzerinde durulmaya ihtiyaç bulunmaktadır.

Yine Marakeş Anlaşması, mali haklardan (erişilebilir format kopya olarak çoğaltma; dağıtım veya ödünç verme suretiyle yayma ve kamuya iletim hakları yönünden âkid devletlerin iç hukuklarında istisna tanımalarını zorunlu kılmıştır. FSEK ek m.11, çoğaltma hakkına getirilen sınırlandırmayı, engellilerin kullanması amacına yönelik “*CD, brail alfabeti ve benzeri formatlarda çoğaltılması veya ödünç verilmesi*” şeklinde ifade etmiştir. WIPO Telif Hakları Sözleşmesi anlamında kamuya iletim hakkının FSEK Ek m. 11’de yer almaması, Anlaşmayla ortaya çıkan açık bir uyumsuzluktur. Dolayısıyla ek 11. maddede, kamuya iletim hakkının da dahil edilmesi yönünde değişikliğe gidilmesi, Marakeş Anlaşmasına uyum için bir zorunluluktur.

Öte yandan, yukarıda ifade edildiği üzere, Marakeş Anlaşması temsil hakkının sınırlandırılmasını âkid taraflara bırakmıştır. Ancak işleme hakkı Anlaşmanın asgari standartları içinde sınırlandırılması gereken haklar arasında değildir. Bununla birlikte temsil hakkının istisna kapsamına alınması engelli istisnasından umulan yararın elde edilmesi bakımından bir gerekliliktir. Dolayısıyla, Anlaşmaya uyum amacıyla yapılacak değişiklikte, eserlerin engellilerin yararlanması için veya engelliler tarafından temsili de istisna kapsamına alınmalıdır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, format kopyaların sınır-aşan değişimi konusunda Marakeş Anlaşmasında öngörülen hükümler, getirilen en önemli yeniliktir. Bu nedenle FSEK ek m. 11’de erişilebilir format kopyaların sınır-aşan değişimi yönünde değişiklik yapılması gerekmektedir.

Marakeş Anlaşmasında yer alan bir diğer farklılık, erişilebilir format kopya üretimi yapılabilmesinin açıkça, “*eser veya bir kopyasının yasal olarak elde edilmesi*” koşuluna bağlanmasıdır. Bir başka ifadeyle erişilebilir format kopya olarak üretilip çoğaltılacak eserin muhakkak yasal bir nüshasının elde edilmesi zorunludur. Esasen, bu sonuca FSEK ek 11. madde yönünden de, üç adım testiyle ulaşılabileceği yukarıda belirtilmişti. Bununla birlikte, maddede yapılacak düzenlemeyle, Anlaşmaya bu konuda da uyum sağlanmasında yarar vardır.

FSEK Ek m.11’de engellilere hizmet veren (yetkili) kuruluşların çoğaltabileceği ve ödünç verilebileceği nüsha miktarı “*ihtiyaç kadar*” ifadesi ile belirlenmiştir. Marakeş Anlaşması ise, 4. maddesinde yetkilendirilmiş kuruluşların, üretilen çoğaltabilecekleri format kopya miktarı yönünden bir kritere yer vermemiştir. Ancak Anlaşma özellikle bu kopyaların amacı dışında kullanılmaması ve kontrolü için yetkili kuruluşlarca yerine getirilmesi gereken yükümlülükleri belirlemiştir. Dolayısıyla maddenin kapsamı, yetkilendirilmiş kuruluşlara bu yetkilerin de verilmesini sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmelidir.

Yine yukarıda ifade edildiği üzere, Marakeş Anlaşmasının aksine, FSEK ek m. 11, eserin bütünlüğünün korunması bakımından bir düzenlemeye yer vermemiştir. Ancak, engellilerin kullanımına (erişimine) uygun format kopya elde edilmesi için zorunlu olduğu ölçüde, bu hakkın da sınırlandırılabilirliği muhakkaktır. Bu sonuca FSEK’te engelli istisnasının düzenleniş biçiminden ve niteliğinden ulaşılrken, Marakeş Anlaşması bunu şüpheye yer bırakmayacak biçimde hükme bağlamıştır. Bu nedenle de FSEK’te Anlaşmaya uygun bir değişiklik yapılmalıdır.

Son olarak “*engelli*” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğine dair FSEK ek m.11’de bir açıklık yoktur. Marakeş Anlaşması ise istisnanın düzenlenmesinde, “*engelli*” değil “*yararlanıcı*” kavramını esas almıştır. Yararlanıcıların hangi engellilerden oluştuğunu belirleyerek bu konuya açıklık getirmiştir. Dolayısıyla FSEK’te Anlaşmaya uyum amacıyla yapılacak değişiklikte, “*yararlanıcı*” kavramına ve tanımına yer verilmesi gerekecektir.

Şu halde, FSEK ek m. 11 ile Anlaşmanın karşılaştırmalı incelenmesinden çıkan sonuç, iç hukukun onay öncesi Anlaşmaya uyumlaştırılmasının zorunlu olduğudur. Bu uyumlaştırmanın, en geç Anlaşma’nın onaylanıp yürürlüğe girmesi ile paralel olarak tamamlanmasında yarar vardır. Aksi halde Anayasa’nın 90/son hükmünün dikkate alınması gibi dolaylı bir yol gündeme gelebilecektir.

Gerçekten de, Anayasa’nın 90/son madde ve fıkrası hükmüne göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*”

(Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.) Yine maddenin son cümlesi iç hukuk düzenlemeleriyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmaların çelişkili hükümler taşıması halinde yapılacak uygulamayı düzenlemektedir. Buna göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

Engelli istisnasının temel hak ve özgürlüklerle ilişkili bir düzenleme olduğu kuşkusuzdur. Zira, Anayasa'nın “*Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler*” başlığını taşıyan 61. maddesinin ikinci fıkrası, “*Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır*” hükmünü amir olduğu gibi; “*Bilim ve sanat hürriyeti*” başlığını taşıyan m. 27/I'de “*Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir*” düzenlemesine yer vermiştir. Dolayısıyla engellilerin bilim ve sanatı öğrenmesi, bu konudaki fikirlerini açıklaması, yayması, bu alanlarda araştırma yapmasını temin etmek üzere kabul edilen bir istisnanın bir yandan, eser sahibinin haklarına sınırlama öngörürken; diğer yandan engelliler için, eserlere belirli koşullarla ulaşma hakkı tanıdığı unutulmamalıdır. Bu nedenle Anlaşmanın FSEK Ek m. 11'e göre engellilere daha geniş şekilde eserlerin format kopyalarına erişim hakkı tanıyan ve doğrudan uygulanma olanağı bulunan hükümlerinin öncelikle uygulanacağı kabul edilmelidir.

SONUÇ

Marakeş Anlaşması, görme engellilerin rehabilitasyonu, sosyal ve ekonomik hayata katılımlarının sağlanması amacıyla atılmış tarihi bir adımdır. Anlaşma, engellilere insanlığın ortak hazinesi olan kültürel, sanatsal ve bilimsel eserlere küresel çapta erişim olanağı sunmaktadır. Bu aynı zamanda, eser sahibine tanınan mali ve manevi hakların özünü ihlal etmemek koşuluyla, engellilere tanınan bir temel haktır. Böylece eser sahibinin hakları gözetilmekle beraber, engellilerin de engelli olmayan bireylerle eşit şekilde eğitimden, kültürel ve sanatsal etkinliklerden yararlanmaları, bilimsel araştırmalara ve sosyal hayata daha etkin bir şekilde katılmaları sağlanmış olacaktır.

Anlaşma yürürlüğe girdiğinde, yararlanıcıların erişebilecekleri formattaki kitap ve materyal sayısında önemli bir artış olacağı beklenmektedir. Anlaşma bu yönüyle, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Özürlülerin Haklarına İlişkin BM Anlaşmasının amaçlarının yerine getirilmesine de hizmet edecektir. Anlaşma, temelde görme ve matbuat engellilerin uygun formattaki eserlere erişimini kolaylaştırmaya yönelik sınırlamalar içeren ve sadece tek bir istisnaya hasredilmiş, ilk anlaşma olma özelliğini taşımaktadır.

Öte yandan Anlaşmayla, yetkilendirilmiş kuruluşlara yüklenen rol yenilikçi bir adımdır. Bu kuruluşlara, hak sahiplerinin iznini almaksızın uygun formattaki eserlerin sınır-ötesi değişimi için verilen iznin ise bir başka örneği yoktur. Görme engellilerin %90'ının gelişmekte olan ülkelerde yaşamasına karşılık, bu ülkelerde eserlerin %1'den az bir bölümünün görme engellilerin erişebilecekleri formatta olduğu dikkate alındığında, Anlaşma ile getirilen sınır-ötesi değişim olanağının, kaynakları kıt olan bu ülkelerdeki yararlanıcıların eserlere erişim kolaylığını artıracığı kuşkusuzdur. Ayrıca sınır-ötesi değişim olanağı ile Anlaşma, bir eserin format kopyasının bir kez herhangi bir üye ülkede üretilmesi halinde, aynı eserin, aynı dilde bir başka üye ülkede yeniden ve gereksiz yere ikinci kez üretilmesini önleyerek, zaman ve emek tasarrufu sağlayacak, finansal kaynakların daha etkin bir şekilde kullanımına olanak verecektir.

Bu nedenle Marakeş Anlaşması, uluslararası fikir ve sanat eserleri hukuku alanında bir dönüm noktası olmakla birlikte, sadece bir ilk adımdır. Gerçekten de, Anlaşmanın kapsamının, diğer eser türlerini ve bağlantılı hak konularını da içerecek şekilde genişletilmesi, bunun yanı sıra, kapsam dışında kalan

engellilerin de benzer sınırlandırmalar ve istisnalardan yararlandırılması için yeni çalışmalara ihtiyaç bulunmaktadır.

Diğer taraftan, Anlaşmanın uygulanmasında bazı zorluklarla karşılaşılması mümkündür. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde ve bu arada ülkemizde, finansal kaynakların sınırlı olması gibi nedenlerle Anlaşmanın gereklerinin yerine getirilmesini sağlayacak yeterlikte yetkili kuruluş bulunmasında zorluklar yaşanabilir. Bu noktada WIPO'ya önemli görevler düşmektedir. Aynı durum, format kopyaların sınır-ötesi değişimi sürecinin finansmanı ve gerçekleştirilmesi için de geçerlidir. Erişilebilir formattaki eserleri ithal etmek durumunda kalacak olan, ekonomik açıdan zayıf ülkeler ile bu eserleri ihraç edecek olan, görece ekonomik yönden güçlü ülkeler arasında bir denge mekanizması kurulmasına ihtiyaç duyulabilir. Dolayısıyla başta Türkçe olmak üzere, sık kullanımı bulunan dillerde yazılmış eserlerin engellilerin erişimine uygun formatta üretimi, sınır-ötesi dolaşımı, ihraç ve ithali konusunda faaliyette bulunacak yetkili kuruluşların ve yararlanıcıların tespiti ve desteklenmesi konusunda gecikmeksizin çalışmaların başlatılmasında yarar bulunduğu gözlenmektedir.

Uzun yıllar süren çabalar sonucunda uluslararası toplumun fikir ve sanat eserleri hukuku alanında böyle bir anlaşmayı kabul etmesi, düzenleme ile engellilere sağlanan olanaklar kadar, benzer anlaşmalara ilham kaynağı olması açısından da övgüye değerdir. Bundan sonraki adım, ülkemiz başta olmak üzere, yeterli sayıda ülkenin Anlaşmayı onaylaması ve Anlaşmanın bir an önce yürürlüğe girmesi, daha da önemlisi hayata geçirilmesi olmalıdır.

Ancak Anlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce, FSEK ek m. 11'de mevcut engelli istisnasına ilişkin düzenlemenin, Anlaşmaya uyumlaştırılmasının zorunlu olduğu gözlenmektedir. Gerçekten de, yukarıda incelendiği üzere, anılan iç hukuk düzenlemesi, Anlaşmaya kıyasla, engellilere daha dar imkanlar sağlamaktadır. Dolayısıyla bu uyumlaştırmanın, en geç Anlaşma'nın onaylanıp yürürlüğe girmesi ile paralel olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi halde Anayasa'nın m. 90/son hükmünün dikkate alınması gibi dolaylı bir yol gündeme gelebilecektir. Bu nedenle birçok yönden eleştiri alan ve yetersizliği konusunda görüş birliği bulunan, FSEK ek m. 11'deki engelli istisnasının, Marakeş Anlaşmasına uyumlaştırılması çalışmalarının bir an önce başlatılması gerekir. Yapılacak yasal düzenlemeyle eş zamanlı olarak, Anlaşmanın en kısa zamanda onaylanarak uygulamaya aktarılması, engellilerin kültürel, sanatsal ve bilimsel eserlere erişimi, sosyal ve ekonomik hayata katılımlarının en temel teminatı olacaktır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE MAKALELER:

Ateş, Mustafa: Fikri Hukukta Eser, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 46.

Ateş, Mustafa: “Bir ‘Engelli İstisnası’ mı Yoksa ‘İstisnai Bir Engel’ mi?: FSEK Ek Madde 11 Üzerine Eleştirel Bir İnceleme”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), Yıl 9, Cilt 9, S. 2, s. 31.

Band Jonathan: “A User Guide to the Marrakesh Treaty”, s. 2, <http://www.librarycopyrightalliance.org/bm-doc/user-guide-marrakesh-treaty-1013final.pdf>

“Report of the Working Group on Access by the Visually and Auditory Handicapped to Material Reproducing Works Protected by Copyright”, Paris, October 25 to 27, 1982

Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Öztürk, Mustafa: Türkiye’de Engelli Gerçeği, MÜSİAD Cep Kitapları No: 30, İstanbul 2011, s. 23.

Tzouveli, Paraskevi / Schmidt, Andreas / Schneider, Michael / Symvonis, Antonis / Kollias, Stefanos: “Adaptive Reading Assistance for the Inclusion of Learners with Dyslexia: The AGENT-DYSL approach”,

http://publications.andreas.schmidt.name/ICALT_08_tsouveli_schmidt_agentdysl.pdf. (09.02.2014)

Yavuz, Levent / Alica Türkey/ Merdivan, Fethi: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2013

İnternet Siteleri:

<http://allafrica.com/stories/201307151799.html>

<http://www.merriam-webster.com/dictionary/illustration>

<http://www.tdk.gov.tr/index...>

<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=15843>

http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1017

http://www.tuik.gov.tr/Kitap.do?metod=KitapDetay&KT_ID=1&KITAP_ID=244

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs282/en/>

<http://www.worldblindunion.org/English/news/Pages/Press-Release-WIPO-Negotiations-Treaty-for-Blind-people.aspx>

<http://www.wipo.int/pressroom/en/briefs/limitations.html>

<http://www.wipo.int/dc2013/en/about.html>

<http://www.telifhaklari.gov.tr/ana/sayfa.asp?id=503>

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bati&view=bati&kategori1=bakdetay2&sozid=BTS

