

TC.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**FİKRÎ HAKLARIN İHLALİNDEN
KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVASI**

DOKTORA TEZİ

CANAN KÜÇÜKALİ
2502090144

TEZ DANIŞMANI:
PROF. DR. HALİL AKKANAT

İSTANBUL 2017



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : CANAN KÜÇÜKALİ Numarası : 2502090144
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF.DR.HALİL AKKANAT
Tez Savunma Tarihi : 19.07..2017 Saati : 15:00
Tez Başlığı : FİKRİ HAKLARIN İHLALİNDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVASI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ/ OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.HALİL AKKANAT		Kabul
2- PROF.DR.ARSLAN KAYA		Kabul
3- PROF.DR.MUZAFFER ŞEKER		Kabul
4- PROF.DR.GÜL OKUTAN		
5- DOÇ.DR.BİLGEHAN ÇETİNER		

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR.ZEKERİYA KURŞAT		Red
2- DOÇ.DR.HANİFE ÖZTÜRK AKKARTAL		Kabul

ÖZ

FİKRÎ HAKLARIN İHLALİNDEN KAYNAKLANAN

TAZMİNAT DAVASI

CANAN KÜÇÜKALİ

Bu çalışmanın amacı, fikri hak sahibinin koruma altına alınan haklarına ilişkin ihlallerin önlenmesi ve giderilmesi amacıyla kanunun düzenlediği özel hukuktaki tazminat taleplerine ilişkin dava çeşitlerinin incelenmesidir.

Kanunun düzenlemesi, Yargıtay'ın konuya ilişkin uygulamaları bu tez çalışmasının odağındaki konulardandır. Ayrıca konunun mukayeseli hukuk bakımından değerlendirilmesi ile AB ülkelerindeki uygulamalar ve fikri hukuka ilişkin AB direktifleri de incelenmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde, fikri hakka ilişkin genel kavramlar ve tazminat davaları dışında açılacak hukuk davaları, ikinci bölümünde ise, tazminat davası olmayan ancak tazminat benzeri davalar ile tazminat davaları mukayeseli olarak incelenmiştir. Çalışmanın üçüncü bölümünde çalışmamızın asıl konusunu oluşturan Kanun'un 70 inci maddesindeki maddi ve manevi tazminat davaları ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Bölümler içinde yargılama usulü konuları incelenmiş, Yargıtay'ın konuya ilişkin değişik zamanlardaki farklı uygulamaları da inceleme konusu yapılmıştır.

Başka ülkelerin kanunlarından aynen iktisap ettiğimiz kanun maddelerinin uygulanmasında, eser sahibi lehine yorum ilkesinde abartılı bir şekilde uygulama yapılmaktadır. Çalışmamızda bu tür yanlış uygulamalara da eleştirel bir gözle bakılmıştır. Konunun kökeninde haksız fiil yatmakta, bazen de tarafların arasındaki sözleşmeye rağmen haksız fiil gerçekleşmektedir. Bu davalarda borçlar hukuku kapsamında haksız fiillere ilişkin hükümler, vekaletsiz iş görmeye dayalı kazanç iadesine ilişkin TBK'daki düzenlemeler ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanun Tasarısı da çalışmamızın kapsamında olacaktır.

Anahtar Kelimeler: FSEK, Manevi ve Mali Hak İhlali, Zarar, Tazminat, Manevi ve Mali Hak İhlallerindeki Yaptırımlar

ABSTRACT
ACTION FOR COMPENSATION AGAINST THE
INFRINGEMENTS OF MORAL AND ECONOMIC RIGHTS

CANAN KÜÇÜKALİ

The purpose of this study is to examine the types of lawsuits regarding claims on compensation according to Private Law for the purpose of the prevention of violations of the rights of the rightholder.

The focus of this thesis is law regulations and the applications of the Supreme Court. Alongside these, the subject is evaluated in terms of comparative law and intellectual property law practices in the EU and EU directives regarding intellectual law.

In the first part of the study, general concepts related to intellectual rights, and the actions that can be brought in lawsuit within the scope of the FSEK are examined in general. In the second part of the study, Lawsuits which are not compensation lawsuits in Article 68 and 70/3 of the Law (FSEK) are examined comparatively with compensation lawsuits. In the third part of the study, the cases in Article 70 of the Law (FSEK) are examined under separate subtitles. In the sections, the issue of judgement of procedure as well as the various applications of the Supreme Court at different times are examined. Misleading practices in the application of laws which have been acquired from other countries are critically examined. Among these are the article of 'the principles of application in favor of the author or creator' which is often implemented in an exaggerated way. Our study also looks at these misleading applications with a critical view.

At the root of the issue lies the issue of 'tort, with intervening tort at times taking place in spite of the contract. The regulations on the torts under the law of obligations in these cases and the provisions related to the refund of the earnings from "negotiorum gestio" (acting without authority) in the TBK and in the coming draft of Law are also within the scope of this study.

Keywords: FSEK, infringement of moral and economic rights, damages compensation, remedies in case of infringements of moral and economic rights.

ÖNSÖZ

Bu çalışma özel hukuk alanında bir Doktora tezi olarak hazırlanmıştır. Çalışmada Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen tazminat davaları ele alınmıştır. Bu kapsamda, eser sahibinin malî ve manevî haklarının ihlali nedeniyle açılan tazminat davaları sınırlı olarak incelenirken Kanun'da düzenlenen diğer davalar da genel olarak ele alınmıştır.

Çalışmada ayrı bir bölüm olarak tazminat davaları diğer dava çeşitleri ile karşılaştırılarak incelenmiş son bölümde ise ispata yönelik karineler ve usulî kurallar incelenmiştir.

Çalışmanın tamamlanmasına kadar geçen süreçte, danışmanlığımı kabul eden, destek ve katkılarını esirgemeyen saygıdeğer hocam Sn. Prof. Dr. Halil Akkanat'a en içten şükranlarımı sunarım. Yine çalışma süresince her türlü desteği esirgemeyen, değerli hocam Sn. Prof. Dr. Arslan Kaya'ya teşekkürü bir borç bilirim.

Her zaman görüş ve desteklerine gönül rahatlığı ile başvurabildiğim Sn. Prof. Dr. Muzaffer Şeker ve Sn. Doç. Dr. Azra Arkan Serim'e de şükranlarımı ifade etmek isterim.

Çalışmam süresince sabır göstererek her zaman sevgi ve desteklerini esirgemeyen eşim ve kızlarıma sonsuz sevgi ve şükranlarımı sunarım. 20.06.2017

Canan Küçükali

İstanbul

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	III
ABSTRACT	IV
ÖNSÖZ.....	V
KISALTMALAR LİSTESİ	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDA DÜZENLENEN DAVALAR

A.GENEL OLARAK	6
B.ESER SAHİPLİĞİNİN TESPİTİ DAVASI.....	11
C.TECAVÜZÜN REF'İ (DURDURMA) DAVASI	17
1.Manevi Hak İhlallerinde Açılan Ref Davası.....	18
2. Mali Hak İhlallerinde Açılan Ref Davası.....	23
a.Mali Hak İhlalinde Açılacak Üç Katı Bedel Talepli Dava.....	25
b.Çoğaltılmış nüshaların satışı çıkarılmamış olması durumu.....	25
c.Çoğaltılmış nüshaların satışı çıkarılmış olması durumu.....	27
D.TECAVÜZÜN MEN'İ (ÖNLEME) DAVASI	29
E.TECAVÜZÜN TESPİTİ DAVASI.....	31
F. ELDE EDİLEN KÂRIN İADESİ DAVASI	31
G. HAKSIZ REKABET DAVASI	34
H.KİŞİLİK HAKLARINA DAYALI DAVA VE TALEPLER	40
İ.KANUNDA DÜZENLENEN DİĞER DAVALAR	44

İKİNCİ BÖLÜM

TAZMİNAT DAVASI İLE DİĞER DAVALARIN MUKAYESESİ

A.GENEL OLARAK	45
B.ELDE EDİLEN KÂRIN İADESİ DAVASI İLE TAZMİNAT DAVASININ MUKAYESESİ	45
1.Genel Olarak	45
2. Elde Edilen Kârın İadesi Talebinin Dayanağı Olarak Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme	46
3.Elde Edilen Kârın İadesi Talebinin Şartları	49
a.Eser sahibinin hakkının ihlâl edilmiş olması.....	49
b.İhlal sonucu bir kâr elde edilmiş olması	50
c. Zarar ve kusurun gerekmediği.....	50
d.Bedel Davası ile Elde Edilen Kârın İadesinin Birlikte Talep Edilmesi Hali	53
4.Sınaî Haklarla Karşılaştırma	55
5.Elde Edilen Kârın İadesi Davasında Zamanaşımı.....	57

C. MALİ HAKLARIN İHLALİ NEDENİYLE AÇILACAK BEDEL DAVASI İLE TAZMİNAT DAVASININ MUKAYESESİ	59
1.Genel Olarak	59
2.Üç Katı Bedel Talebinin Hukuki Niteliği	60
a.Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda yer alan benzer durum	79
b. Sınai haklara ilişkin düzenleme	81
c. FSEK tasarısındaki durum.....	82
3.Bedel Davası Açılabilmesinin Şartları	83
a. Malî hakkın ihlali	84
b. İhlalin koruma süresi içinde gerçekleşmesi	85
c. Bedelin talep edilmiş olması şartı	89
d. Zarar ve kusurun varlığının gerekmediği	89
e. Taraflar arasında sözleşme bulunmasının talebe engel olmadığı	91
f. Sözleşmelere ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi	94
g. Bağlantılı hak sahipleri hakkında da uygulanabileceği.....	96
4.Hakimin Bedeli Takdir Yetkisi	97
5. Mukayeseli Hukuk Uygulamaları	105
6.Rayıç Bedel Miktarının Belirlenmesi.....	111
7.Bedelin Üç Katına Hükmedilmesinin Sonuçları	124
8. Üç Kat Bedel, Faiz ve İcra İnkâr Tazminatı Talepleri	132

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA DÜZENLENEN TAZMİNAT DAVALARI

A. GENEL OLARAK	137
B.FİKRİ HAK İHLALLERİNE İLİŞKİN TAZMİNAT DAVASININ ÖZELLİKLERİ	138
1. Bir Eserin Varlığı	138
a.İlim ve edebiyat eserleri	144
b. Musiki eserleri.....	149
c. Sinema Eserleri.....	149
d. Güzel sanat eserleri	151
e. Eserin üzerindeki mali ve manevi hakların özellikleri	152
(1).Malî hakların özellikleri	152
i. Sınırlı sayı	153
ii. Bağımsızlık	154
iii. Mirasa konu olabilme	155
iv. Devir ve hukukî işlemlere konu olabilme	155
v. Basamak sistemi.....	159
(2).Manevî hakların özellikleri.....	159
i.Sınırlı sayı	160

ii. Mirasa konu olmama.....	162
iii. Hak sahibi tarafından kullanılma.....	162
iv. Manevi Haklarda Koruma Süresi Sorunu	171
2. Hukuka Aykırılık: İhlalin Bir Haksız Fiil Oluşturması	172
a. Manevî hak ihlali.....	175
b. Malî hak ihlali	178
c. Yetkisiz hak devrinin ihlal oluşturduğu ve iyiniyetin korunmayacağı.....	183
d. Hakkın tükenmesi.....	188
e. Eserin alenileşmesinin şart olmaması.....	192
f. Hukuka uygunluk sebepleri	194
(1). Kamu düzeni düşüncesi ile sınırlamalar.....	197
(2). Genel menfaate ilişkin sınırlamalar	198
(3). Özel menfaate ilişkin kısıtlamalar	203
(4). Hükümete tanınan yetkiler nedeniyle yapılan sınırlamalar	207
g. Genel işlem şartları ile bu sınırlamaların kaldırılıp kaldırılamayacağı....	209
3. Zararın Varlığı.....	210
4. Tazminat Davasında Kusurun Gerekliliği.....	217
5. İliyet Rabıtası (Nedensellik Bağı).....	224
C. MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVASINDA TARAFLAR.....	225
1. Davacı	225
a. Eser sahipleri	225
(1). Ortak eser sahipleri.....	226
(2). Elbirliği eser sahipliği	228
(3). Eser sahibinin ölümü halinde hakların kullanılması sorunu	230
b. Bağlantılı hak sahipleri	238
(1). İcracı sanatçılar.....	239
(2). Fonogram yapımcıları	240
(3). Film yapımcıları	241
(4). Radyo –Televizyon kuruluşları	242
c. Lisans sahipleri.....	243
d. Meslek birlikleri	248
(1) Meslek Birliklerinin Hukuki Statüsü.....	253
(2) Meslek Birliklerinin Hak Takibinde Tek Yetkili Olması Hususu.....	254
2. Davalı	256
a. Genel olarak	256
b. Hak ihlali durumunda adam çalıştıranın sorumluluğu	258
c. Yayımcılar	260
d. Kablolü ve Uydu Yayın Yapan Kuruluşlar	264
e. Film Yapımcılarının 1995 Yılı Öncesi ve Sonrası Yapımlara İlişkin Hak Sahipliği Sorunu.....	270
D. TAZMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİ	273

1. Genel Olarak	273
2. Manevi Hakların İhlali Halinde Açılacak Manevi Tazminat Davası.....	279
3. Manevi Hak Manevi Zarar ve Manevi Tazminat Kavramları.....	282
4. Tüzel Kişilerin Manevi Tazminat Davası Açabilmeleri	283
a. Manevi haklarda koruma süresinin bulunup bulunmadığı hususu.....	289
b. Manevi hak ihlali ile kişilik haklarının ihlali arasındaki ilişki.....	290
c. Manevi hak ihlalinde maddi tazminat davasının açılıp açılmayacağı hususu	294
5. Malî Hakların İhlali Halinde Açılacak Maddi Tazminat Davası	297
a. Taleple bağılılık.....	302
b. Geçici ödeme.....	302
6. Tazminatın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu	303
7. Tazminatın İndirilmesi	305
E. FARKLI TALEPLERLE BİRLİKTE AÇILAN MADDİ TAZMİNAT DAVASI	308
1. Tazminat Davasının Ref veya Elde Edilen Kâra İlişkin Dava ile Birlikte Açılması Hali	308
2. Bedel Davası ile Tazminat davasının Birlikte Açılması Hali	309
3. Eser Sahipliğinin Tespiti ve Tazminat davasının Birlikte Açılması Hali	311
F. TAZMİNAT DAVASINDA ZAMANAŞIMI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE. 312	
1. Zamanaşımı Süresi	312
2. Hak Düşürücü Süre	316
G. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	318
1. Görevli Mahkeme.....	318
2. Yetkili Mahkeme.....	324
3. Dava Harçları	327
H. İSPAT KONUSU	329
1. İspata Yönelik Karineler	341
a. Eseri meydana getiren kimsenin eser sahipliği ilkesi.....	341
b. FSEK 11 ve 12. maddeleri	345
c. Tüzel kişilerin mali hak sahipliği (FSEK m. 18).....	348
d. FSEK m. 57/f. 2 deki güzel sanat eserlerinde çoğaltmaya ilişkin karine	350
e. FSEK 76/2'deki haksız kullanım karinesi.....	351
2. Farklı Hak İhlallerinde Derdestlik İtirazı	356
3. Uygulanacak Faizin Niteliği	356
4. Bilirkişi İncelemesi	359
5. Yargılama Esnasında Başvurulacak Diğer Önlemler.....	371
6. Kanunlar İhtilafı	379
SONUÇ	382
KAYNAKÇA	389
ÖZGEÇMİŞ	416

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD.	:	Ankara Barosu Dergisi
AD.	:	Adalet Dergisi
a.g.e.	:	Adı Geçen Eser
a.g.m.	:	Adı geçen makale
a.g.t.	:	Adı Geçen Tez
AHFD.	:	Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM.	:	Bölge Adliye Mahkemeleri
BGB.	:	Bürgerliches Gesetzbuch
B.K.	:	818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu
B.M.	:	Birleşmiş Milletler
BasK.	:	Basın Kanunu
BATİDER.	:	Banka ve Ticaret Dergisi
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
CD	:	Ceza Dairesi
CMK.	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
D.	:	Daire
dpn.	:	Dipnot
DPT.	:	Devlet Planlama Teşkilatı
E.	:	Esas
End.Tas.KHK	:	554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname
f.	:	fıkra
FSEK.	:	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FSHM.	:	Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi
GRUR	:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HD.	:	Hukuk Dairesi
HGK.	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK.	:	6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HMUK.	:	Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IPR	:	Internationales Privatrecht
İBD.	:	İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	:	İsviçre Borçlar Kanunu
K.	:	Karar
KHK.	:	Kanun Hükmünde Kararname
Mülga MarkaKHK.	:	556 Sayılı Markalar Hakkında Kanun Hükmündeki Kararname
m.	:	Madde
MESAM.	:	Musiki Eser Sahipleri Meslek Birliği
MHAD.	:	Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi
MÖHUK.	:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.
Mülga TTK.	:	6762 sayılı Ticaret Kanunu
OLB.	:	Ortak Lisanslama Birliği
OKK.	:	Ortaklık Konseyi Kararı
Prg.	:	Paragraf
RG.	:	Resmi Gazete
RKHK.	:	4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun
RTÜK.	:	Radyo Televizyon Üst Kurulu
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
SMK.	:	6769 Sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu
SVEK.	:	Mülga 3257 sayılı Sinema Video Eserleri Kanunu
T.B.K.	:	Türk Borçlar Kanunu
TBMM.	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCMB.	:	Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
T.D.	:	Ticaret Dairesi
TV.	:	Televizyon

TMK.	:	Türk Medenî Kanunu
TRIPs	:	Trade Related Aspect of Intellectual Property.
TTK.	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
URG	:	Avusturya Telif Hakları Kanunu
UrhG	:	Alman ya da İsviçre Telif Hakları Kanunu
v.b.	:	Ve benzeri
v.d.	:	Ve devamı
WCT.	:	WIPO Copyright Treaty
WIPO	:	World Intellectual Property Organisation
Y.	:	Yıl
YKD.	:	Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Fikrî ve sınaî ürünler, düşünce, duygu, yetenek ve emeğin birleşmesi sonucu meydana getirilen; edebî, teknik, güzel sanatlar, bilim ve ticaret alanlarındaki ürünlerdir.

Telif sözcüğü, 1850 yılında Encümen-i Danış Nizamnamesinde ilk kez kullanılmış ve eser sahibinin eserden yararlanma konusunda maddî bir hakka sahip olacağı o tarihlerde kabul edilmiştir¹.

Özel hukuk alanındaki temel kanunların 2000’li yıllarda yürürlüğe girmesine karşılık bu alandaki mevzuatımız çok daha öncesinde, 1990’lı yıllarda yapılarak günün şartlarına uygun hale getirilmesine rağmen AB mevzuatı, doktrin ve Yargıtay uygulamaları gözetilerek Kanun’un yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Marka, patent, tasarım ve coğrafi işaretler gibi sınai haklara ilişkin Kanun Hükmünde Kararnamelerde olduğu gibi Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yapılan düzenlemeler ve sonrasında yapılan kapsamlı değişiklikler de, hak sahibi ile hakkı ihlal eden arasındaki menfaat dengesinin kurulmasını hedeflemiş; fakat istenilen sonuç için yapılan değişiklikler ile kanunun sistematığı bozulmuştur. Sınai mülkiyete ilişkin Kanun düzenlemesi bu yıl yürürlüğe girmişse de fikir ve sanat eserlerine ilişkin halihazırda meclis komisyonunda bekleyen bir Kanun Tasarısı bulunmaktadır.

Kanunda yapılan hukukî düzenlemelerle, eser sahibi korunmaya çalışılmıştır. Basit bir kitap korsanlığı yapılması durumunda hükmedilecek tazminat makul olmasına karşılık, koruma altına alınan bazı eserlere ilişkin hükmedilecek tazminatlar büyük meblağlara ulaşabilmektedir. Bu tür eserlere ilişkin hak ihlallerinde, kanun koyucunun istemediği şekilde zarar verenin ağır mağduriyetine sebep olan ve eser sahibinin orantısız zenginleşmesine neden olacak kararlar verilmektedir. Başka ülkelerin kanunlarından aynen iktisap ettiğimiz maddelerin uygulanmasında, eser sahibi lehine yorum ilkesinin abartılı bir şekilde uygulandığı görülmektedir. Çalışmamızda bu tür yanlış uygulamalara da eleştirel bir gözle bakılacaktır.

¹ Tekin MEMİŞ, Temel NAL, Cahit SULUK, **Telif Hukukunda Yayın Sözleşmeleri Örnekleri**, İTO, Basım Yayın Meslek Birliği Münih Barosu İstanbul Barosu Yayın no: 2009-25 İstanbul, 2009, s. 14.

Çalışmamızda, fikir ve sanat eserlerine ilişkin tazminat davalarının incelenmesinden önce eser, eser sahipliği, eser sahipliğinden doğan haklar, fikrî hak, fikrî hak ihlali gibi kavramlar, genel olarak incelenecek, sonrasında hak ihlali durumlarında açılacak davalar genel hatlarıyla değerlendirilecektir. Yargıtay tarafından tazminat davası gibi değerlendirilen diğer davalar da mukayeseli olarak inceleme konusu yapılacaktır.

A.Konunun Genel Olarak Takdimi

Bu çalışmanın amacı, ülkemizde ilgi odağı haline gelen fikrî haklara ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenmesine yönelik yargıya taşınan ve gün geçtikçe artan davalar ve bu davalardan özellikle tazminat davasının incelenmesidir. Bu çalışmada, aynı zamanda tazminat davası olmadığı halde tazminat davalarına ilişkin hükümlerin uygulanması ile hesaplanan ve özel bir madde olan FSEK 68 hükmündeki üç katı bedel davasının bu dava ile mukayesesi, yine tazminat davası olmamasına rağmen, tazminata ilişkin kanun maddesi kapsamında düzenlenen FSEK 70/f. 3 hükmündeki gerçek olmayan vekaletsiz iş görme niteliğindeki elde edilen kâra ilişkin davalar incelenecektir. Konuya ilişkin yerli ve yabancı literatür taranarak konunun derinlemesine araştırılmasıdır.

Hak sahiplerinin bilinçlenmesi ve kanun tarafından bu kimselere tanınan imkanların çoğalması sonucu hakların kullanımının artması bu alana olan ilgiyi arttırmaktadır. Fikrî hakların sahibi olan eser sahibinin haklarının hukukî niteliği, kapsamı, sınırları ve bu hakların ihlal edilmesi durumunda eser sahibinin başvurabileceği tazminat taleplerine ilişkin dava yolları hukuk sistemimiz içerisinde genel olarak incelenmiştir. Bunun yanında kanunlarımızda yapılan çok hızlı ve köklü değişikliklerin de incelenerek ilgili kanunların konumuz olan FSEK'in çalışmamız ile ilgili bölümleri ile uyumu, Yargıtay'ın konuya ilişkin geçmiş dönemlerdeki uygulaması ve zamanla değişen görüşlerinin incelenmesi de bu tez çalışmasının odağındaki konulardandır. Konunun mukayeseli hukuk bakımından değerlendirilmesinde ülkemiz için ayrı bir önemi olan, AB ülkelerindeki uygulamalar ve fikri hukuka ilişkin AB direktifleri de incelenmiştir.

B. Konunun Sınırlandırılması ve Çalışma Planı

Bu tez çalışmasında, fikrî haklarda eser sahibinin koruma altına alınan haklarına yönelik ihlallerin önlenmesi ve giderilmesi amacıyla kanunun düzenlediği özel hukuktaki tazminat taleplerine ilişkin dava çeşitleri yer alacaktır. Çalışma, giriş ve sonuç dışında üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen tazminat davaları dışındaki özel hukuk dava türlerine genel olarak değinilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, tazminat davası ile diğer dava haklarının karşılaştırılması yapılmıştır. Doktrinde bir özel hukuk cezası olarak adlandırılan ve tartışmalı olan FSEK m. 68 hükmü ile 70 hükmündeki tazminat davasının mukayese edilmesi ve buna ilişkin sorunlar ile yine FSEK m. 70/f. 3 hükmüne göre açılabilen tazminat niteliğinde olmamasına rağmen tazminat davalarına ilişkin maddede düzenlenen elde edilen menfaate ilişkin olarak doktrinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak nitelendirilen dava ve bu davaların mahiyeti, unsurları, kârın hesaplanmasında gözönüne alınacak kriterler başlıklar halinde değerlendirilmiştir. Bu davaların konusu, tarafları, zamanaşımı süresi bölümler içerisinde incelenmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde çalışmamızın asıl konusunu oluşturan tazminat davalarından FSEK m. 70/f. 1 hükmünde yer alan manevî hak ihlallerine ilişkin açılabilen manevî tazminat davası ve m. 70/f. 2 hükmüne dayalı olarak açılan maddî tazminat davası ele alınmıştır.

Çalışmanın içinde açılan davalarda yetkili ve görevli mahkeme, yargılama usulü konuları, ispata ilişkin kurallar bölümler içerisinde değerlendirilmiş, konulara ilişkin, yeri geldikçe uluslararası düzenlemelere, yol gösterici mahiyetteki AB direktiflerine değinilmiş, Yargıtay'ın konuya ilişkin değişik zamanlardaki farklı uygulamaları da inceleme konusu yapılmıştır. Ayrıca geçtiğimiz yıllarda yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu kapsamında getirilen yenilikler ve değişiklikler kapsamlı bir şekilde incelenerek değerlendirme konusu yapılmıştır. Kanunların yeni yürürlüğe girmesi nedeniyle kanunun yorumlanmasındaki farklılıklar ve mahkemelerde yaşanan farklı ve hatalı uygulamalar da mercek altına alınmıştır.

Konumuz fikrî haklar alanındaki tazminat davaları olduğundan, kökeninde haksız fiilin yatması, bazen de aradaki sözleşmeye rağmen haksız fiilin gerçekleştirilmesine dayalı meydana gelen ilişki nedeniyle bu davalarda borçlar hukuku kapsamında haksız fiillere ilişkin ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı kazanç iadesine ilişkin TBK'daki düzenlemeler de çalışma kapsamında ele alınacaktır. Çalışma kapsamının genişliği nedeniyle bağlantılı haklar ve buna ilişkin davalar incelenmemiş, davalar malî ve manevî hakların ihlaline dayalı olmasının yanı sıra kişilik haklarının ihlaline ilişkin manevî tazminat şeklinde de açılabilmekte ise de konunun genişliği nedeniyle bu konu ve yine TTK kapsamındaki haksız rekabet konusu çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır.

I. BÖLÜM:

FİKRİ VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDA DÜZENLENEN DAVALAR A.GENEL OLARAK

Fikrî h6akkın konusu olan eser; sahibinin hususiyetlerini taşıyan, insan duyuları ile algılanabilen ve kanunun belirlediği eser türleri veya bunların bir alt türünün kapsamında olan fikri üründür². Bu ürünler, maddî eşya üzerinde, fakat ondan ayrı olarak onu meydana getiren veya başka bir kimse tarafından tekrarlanabilen, fikri bir emek ve çabanın sonucu oluşmaktadır³.

Fikrî haklar, fikrî ve sınaî hakları içine alan geniş bir alanı kapsayan anlamı dışında⁴, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)⁵ kapsamında sayılan eserlere

² Nuşin AYİTER, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, Ankara 1981,Sevinç Matbaası, s. 38; Ahmet M. KILIÇOĞLU, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, (Fikrî Haklar)** Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2013, Turhan Kitabevi, s. 119; Akın BEŞİROĞLU, **Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar**, Beta 2004 Genişletilmiş 3.Bası, s. 88;İsviçre Fikri Haklar Yasası - Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte- (URG) m. 2'de de eser kavramı “*edebi eserler ve sanat eserleri*” şeklinde tercüme edilebilen “*geistige Schöpfung der Literatur und Kunst*” ifadesini kullanarak nelerin eser olarak kabul edilebileceğini belirtirken, İsviçre doktrininde bu kavram çok geniş bir şekilde algılanmaktadır. Dennis Barrelet/Willi Egloff, Das neue Urheberrecht, 2. Auf., Bern 2000, s. 12, (Başak BAK, “ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “Yayın Sözleşmesine” İlişkin Getirdiği Yenilikler ve Bu Düzenlemelere Yönelik Eleştiriler”, s. 16’dan naklen, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1195.>)

³ E. Ernst HIRSCH, **Fikrî ve Sınaî Haklar**, Ar Basımevi, Ankara 1948, s.1.

⁴ Geniş anlamı ile patentler, markalar, endüstriyel tasarım ve modeller vb. sınai haklar üzerindeki haklar olarak ifade edilmektedir. Bkz. Bilge ÖZTAN, **Medenî Hukuk’un Temel Kavramları**, 36. Bası, 2012 Turhan Kitabevi, s. 62; Mustafa DURAL, Suat SARI, **Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, C.I, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 151; Terim İngilizce “*intellectual property*”, Almanca “Immaterial-güterrecht/Gewerblicher rechtsschutz/Geistiges Eigentum” ve Fransızca olarak “*propriete intellectuelle*” şeklinde isimlendirilir. Ünal TEKİNALP, **Fikrî Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2012, s. 1; Sami KARAHAN, Cahit SULUK, Tahir SARAÇ, Temel NAL, **Fikrî Mülkiyet Hukukunun Esasları**, 3. Genişletilmiş Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 1.

⁵ Ernst HIRSCH tarafından hazırlanan Kanun, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu adıyla 13.12.1951 tarih ve 7931 sayılı RG.’ de yayımlanmış ve 01 Ocak 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun eser sahiplerince meydana getirilen eserlerle, eserle bağlantılı hak sahiplerinin ürünleri üzerindeki malî ve manevî haklarını belirlemek, korumak, eser ve esere bağlı olarak ortaya çıkan ürünlerden yararlanma şartlarını düzenlemek ve ihlal halinde yaptırımları tespit etmek amacıyla çıkartılmıştır.

ilişkin manevî ve malî hakları belirten dar anlamı ile de kullanılmaktadır. Eserde aranan hususiyet eser sahibinin kişiliği ile eseri arasındaki ilişkiden doğmaktadır⁶.

Fikir ve sanat hukuku anlamında eser vasfı bulunan hukukî varlık ve değerler üzerinde maddî ve fikri olmak üzere iki ayrı hak vardır⁷. Soyut olan fikri ürün, eşya olmadığından zilyetliği koruyan davalarla korunamaz. Mülkiyet sözcüğü ise fikrî ürün üzerindeki mutlak hakkın özel inhisari niteliğinden dolayı kullanılmaktadır⁸.

Fikrî ürünün korunması için ise eserin tasarrufa elverişli olması ve sahibinin düşünce alanından çıkarak üçüncü kişilerce algılanabilir hale gelmiş olması gerekir⁹.

1952 yılında yürürlüğe giren 5846 sayılı FSEK¹⁰, çeşitli yıllarda¹¹ AB hukukuna uyum sağlamayı amaçlayan 1/95 sayılı OKK 54 üncü maddesinde öngörülen

⁶ Yalçın TOSUN, **Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar**, I. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2016, s. 5; Yargıtay, TV’de tartışma programına katılan davacının açıklama ve görüşlerinin ilim ve edebiyat eseri olarak korunabilmesi için gereken “hususiyet” unsurunun açıklamalardaki bütünlük, anlatım tarzı, program ile uyumlu bir biçimde ve akıcı bir şekilde ifade edilmesi gibi sahibine özgü ve orijinallik içeren hususların varlığı halinde bulunacağını belirtmektedir; “...“hususiyet” sıradan olmamayı ve belli bir düzeyi bulunmak kaydıyla yaratıcılığı gerekli kılar. Dolayısıyla, mahkemenin açıklanan bu yorumundan yola çıkılarak, eserle ilgili özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren bir uyumsuzluğun hakimnin hukukî bilgisi ile çözümlenebileceği sonucuna da varılamaz. O halde, yukarıda açıklanan hususlar itibariyle ilim ve edebiyat eserleri konusunda uzman bir bilirkişiden görüş alınmak suretiyle uyumsuzluğa FSEK. hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağını belirlenmesi, şayet eser vasfında değil ise; bu taktirde davacının bir TV programında açıkladığı görüşlerinin davalılarca izinsiz olarak bir kitapta yayımlanması nedeniyle ortaya çıkan hukukî durumun genel hükümler çerçevesinde tartışılarak hasıl olacak duruma göre bir karar verilmesi gerekirken...” 11. HD. T. 13.03.2007, E. 2006/934, K. 2007/4555, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 30.09.2012.

⁷ Mustafa ATEŞ, “İstisna (Eser) Sözleşmesi Kapsamında Meydana Getirilen Eser Üzerindeki Fikrî Haklar”, BATİDER, Y. 2012, C. XXVIII, S. 1, s. 50; Arzu Genç ARIDEMİR, **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakkı**, İstanbul Kasım 2003, s. 7; TEKİNALP, a.g.e., s. 7; BEŞİROĞLU, s. 1170-1172.

⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 5, 6; Şafak EREL, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Bası, Ankara, 2009, s. 4 vd.; DURAL, SARI, a.g.e., s. 151; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 79, 80; M. Kemal OĞUZMAN, Nami BARLAS, **Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**, 22. Bası Vedat Kitapçılık İstanbul 2016, s. 159.

⁹ Yargıtay’ın bir kararında da doçentlik tezinde kullanılan izinsiz çekilmiş arkeolojik kazılara ait fotoğrafların, tezin henüz yayınlanmamış olması nedeniyle davacı tarafından yaratılmış eser olmadığı ve korunamayacağı belirtilmiştir. 4. HD. T. 01. 07. 1977, E. 1976/5913, K.1977/7617, YKD. C.IV, S. 12/1978, s. 1959 vd., (KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 43’den naklen).

¹⁰ RG. 13.12.1951. İlk olarak ülkemizde fikri hukuka ilişkin ilk düzenleme matbaalar konusunda 1857 yılında çıkartılan Nizamnamedir. Aynı yıl içinde çıkartılan “*Telif Nizamnamesi*” sonrası 1910 tarihinde “*Hakkı Telif Kanunu*” yürürlüğe girmiştir. Hakkı Telif Kanunu, eser sahibine mali ve manevi hak ayırımı yapmadan, malvarlığı hakkı mahiyetinde, devredilebilir telif hakkı tanımaktaydı. Cahit SULUK, Ali ORHAN, **Uygulamalı Fikrî Mülkiyet Hukuku, C. II**,

değişikliklere uğramıştır. FSEK kapsamında korunan eserler, Kanun'un m. 1/B b. (a) da sınırlı sayılı (numerus clausus) olarak dört ana grupta sayılmaktadır. Sayılan bu fikir ürünleri, sahibinin hususiyetini taşıyan; ilim ve edebiyat eserleri, müzik ve film yapımları, mimari yapılar, sinema, tiyatro, bilgisayar programları, veri tabanları¹² olup bu ürünler özgün ve farklı özellik taşımaları halinde korunurlar¹³. Ancak bu gruplar içinde sınırlı sayı prensibi yoktur¹⁴. Bern Anlaşmasının eseri tarif eden 2nci maddesi 1inci bendindeki sayılanlar sonrasındaki “*gibi*” ibaresi bu saymanın alt türlerinin sınırlı olmadığını gösterir¹⁵.

Eser sahibinin hakkına ilişkin doktrinde farklı teoriler bulunmaktadır. Bunlar fikrî mülkiyet teorisi¹⁶, kişisel haklar teorisi¹⁷, maddî olmayan mallar üzerindeki haklar¹⁸,

Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri, Arıkan Basım Yayın 2005, s. 81; Ernst E HIRSCH, **Fikri ve Sınai Haklar**, Ankara 1948, s. 182; Gül OKUTAN NILSSON, “**Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu**” Uğur Alacakaptan’a Armağan, **Bilgi Yayınları C.2. İstanbul 2008**, s. 496-497.

¹¹ 2936 sayılı Kanun, RG. 03.11.1983, S. 18120, 01.11.1983 T., 4110 sayılı Kanun RG. 12.06.1995, S. 22311, 07.06.1995 T., 4630 sayılı Kanun, RG. 03.03.2001, (Mükerrer), S. 24335, 21. 02. 2001 T. 5101 sayılı Kanun, RG. 12.03.2004, S. 25400, 03.03.2004 T. Bu değişiklik ile daha çok korsanlığın önlenmesi ve FSEK kapsamındaki ürünlerin kullanımı ile ilgili üretici ve kullanıcılar arasındaki sorunların giderilmesi amaçlanmıştır. 2005 yılında 5217 sayılı Kanun, 2007 yılında 5718 sayılı Kanun Değişiklikleri, 5728 sayılı Kanun, RG. 08. 02 .2008 T., S. 26781, Yapılan bu değişiklik ile Ek m 4/f. 4’ün kaldırılması ve Kanun’un 141. maddesiyle değiştirilen m. 76/f. 2’de getirilen karine örnek gösterilebilir. Son olarak da 2012 yılında 6279 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmıştır.

¹² FSEK Tasarısında 1/B maddesine (m) bendi ile tanım olarak “Veri tabanı”, 96/9/AT sayılı Veri Tabanlarının Yasal Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifine uyumlu olarak eklenmiştir. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

¹³ TEKİNALP, a.g.e., s. 103-104; Fırat ÖZTAN, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Yayınevi, Ankara 2008, s. 82; KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 119; Mustafa AKSU, “**Bilgisayar Programlarının Eser Niteliği ve Bunların Temelinde Yatan Fikir ve İlkelerin Korunması Sorunu**”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1255, 1258; Mustafa AKSU, **Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması**, Beta İstanbul 2006, s. 69-76; ATEŞ, a.g.m., s. 48.

¹⁴ Arslan KAYA, “**Reklamın ve Reklam Ajanslarının Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri**” Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 466.

¹⁵ AYİTER, a.g.e., s. 39; Arslan KAYA, “**Reklamın ve Reklam Ajanslarının Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri**” Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 466. - 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Tasarısında 1/A maddesinin sonuna eklenen fıkra ile Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi, WIPO Telif Hakları Anlaşması (WCT) ile Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS) düzenlemelerine uygun şekilde eser niteliğine haiz olmayan bazı unsurlar örnekleme yoluyla sayılarak, “*Fikirler, yöntemler, matematiksel kavramlar, günlük haberler ve olaylar*” gibi eser niteliğini haiz olmayan unsurların Kanun kapsamında korunmayacakları hüküm altına alınmıştır. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

¹⁶ 1789 Fransız devrimi ile tabii hukuk okulunca savunulan *mülkiyet* teorisine göre, eserler üzerinde de mülkiyet hakkı vardır. Eser sahibinin yalnız malî hakkı olduğunu savunur. Aynı

tek cephe (monist), iki cephe (düalist) teorisi¹⁹, birlik (bütünlük) teorisi²⁰, gibi teorilerdir²¹.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun üçüncü bölümünde, fikrî haklar başlığı altında 14 ve 17 nci maddeler arasında dört kategori halinde sayılan manevî haklar, FSEK 20 ve 25inci maddeler arasında düzenlenen malî haklar, FSEK 70inci madde hükümleri ile korunur. Bu haklar, eser sahibi ve diğer hak sahiplerine²² diğer koruma yöntemleri dışında maddî ve manevî tazminat davası açma hakkı verir. Bu haklar dışında pay ve takip hakkı, cayma hakkı ve vazgeçme hakkı da eser sahibinin diğer hakları olarak belirtilir²³.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu sistematüğinde fikri hak koruma konuları Kanun'un 1 inci ila 79 uncu maddeleri hükümleri arasında düzenlenen fikir ve sanat eserleri, 81 inci ve 82 nci maddelerinde düzenlenen eser ile bağlantılı haklar²⁴ ve 83 -87 nci maddeleri arasındaki diğer koruma konuları olan ad, alamet ve şekiller, işaret

hak olarak nitelendirilen fikrî hakkın, sırf maddî yararlanmayı önemseydiği, manevî bir cephe görmediği için bu teori tek yönlüdür. Eugen Ulmer, Urheber-und Verlagsrecht, Dritte Auflage, Springer- Verlag, Berlin Heidelberg New York, 1980, s. 107, (Şirin AYDINCIK, **Fikrî Haklarda Lisans Sözleşmeleri**, Arıkan Yayınları 2006, s. 14'den naklen); TEKİNALP, a.g.e., s. 90-93; AYİTER, s. 33.

¹⁷ Alman filozof *Kant* ise basılmış eser üzerinde yazarın şahsiyet hakkının bulunduğunu ifade etmiş, yine bir başka Alman filozof *Gierke* eser ve sahibi arasında tabii ve kişisel olarak kurulan bir bağ sayesinde eser meydana getiren kimsenin kişiliğini ifade eden kişisel haklar teorisini geliştirmiştir. Hakkın özü, esere katılan yazarın kendi kişilik değeridir. Hakkın kapsamını eser sahibinin ismi, sosyal ve meslekî statüsü, şöhreti ve toplumdaki imajı gibi menfaatleri oluşturur. Fikrî hakkın malî yönünü geri planda bıraktığından bahisle bu teori de eleştirilmiştir. Ulmer, a.g.e., s. 109, 110, (AYDINCIK, a.g.e., s. 16'dan naklen), AYİTER, a.g.e., s. 34; EREL, a.g.e., s. 11.

¹⁸ Josef Kohler tarafından savunulan *Gayrimaddî haklar teorisine* göre bir eşya olmayan fikrî ürün üzerinde mülkiyet kurulamaz. Eser sahibinin hakkı, kişilik hakkından farklıdır. Fikri ürüne ilişkin eser sahibi hakkı yanında, ondan ayrı, bir bütün oluşturmayan, kişilik hakkı vardır. TEKİNALP, a.g.e., s. 90-91.

¹⁹ Bu teori eser sahibi hakkının biri malvarlıksal olan maddî, diğeri kişisel haklar veren manevî olan iki cephesi olduğunu savunur. A.e., s. 92.

²⁰ TEKİNALP, a.g.e, s. 92, 93.

²¹ AYİTER, a.g.e., s. 33 vd.; EREL, a.g.e., s. 9 vd.; TEKİNALP, 90-93; BOZBEL, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, 1. Baskı İstanbul, Aralık 2012 XII Levha Yayınları, s. 25.

²² Eser sahibi dışındaki diğer hak sahipleri, malî hakları devralan yahut hakların kullanım hakkını devralanlar, bağlantılı hak sahipleri yahut Kanun'un 19uncu maddesinde sayılan kimseler olabilirler.

²³ Pay ve takip hakkının da malî haklara katılması gerektiği yönünde YASAMAN, (**Tazminat**), s. 808; TEKİNALP, a.g.e, s. 198; AYİTER, a.g.e., s. 144; AYDINCIK, a.g.e., s. 36.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III, C. 1- b. s. 237 vd.

resim ve sesler, mektup, günlük, hatıra ve benzerleri ile resim ve portrelere ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca FSEK Ek 8 inci maddesinde düzenlenen sui generis koruma ile de veri tabanları koruma altına alınmıştır.

Kanun, eser sahibinin haklarını ceza ve hukuk davaları yoluyla korumaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 66 ila 71 inci maddelerinde hukuk davaları yoluyla koruma sağlanırken, FSEK 71 ila 75 inci ve TCK 525 inci maddesi vd. hükümleri ile cezaî müeyyideler getiren hükümler marifetiyle koruma sağlanmıştır²⁵. Kanun'un 15 inci maddesinde eser sahipliğinin tespitine yönelik özel bir düzenleme mevcuttur. Dava yolu haricinde, ihtiyati tedbirler ve gümrüklerde geçici olarak elkoyma, zapt, müsadere, imha ve hükmün ilanı gibi çeşitli hükümlerle de hakların korunması kuvvetlendirilmiştir²⁶. Dava yoluyla ilgili olarak ise; 5846 sayılı Kanun'un 5 inci bölümünde tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davaları üç ayrı dava olarak düzenlenmiştir²⁷.

²⁵ Mali hakları ihlal edilenin şikayeti ile FSEK m. 71 vd. hükümleri uyarınca ceza davası açılabilceği gibi m. 81 uyarınca da bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçları, takibi şikayete bağlı olmayan suçlar düzenlenmiştir. FSEK m. 72 hükmü bilgisayar programlarında koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketlerine ilişkin suçları düzenlemiştir. ŞAHİN, a.g.e., s. 204; İlhami GÜNEŞ, **Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s. 141; EREL, (Fikir ve Sanat), s. 354-356; Tekin MEMİŞ, **"Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile İnternet Ortamında Fikrî hak İhlallerinin Engellenmesi İçin Getirilen Usul ve Bu Usulün Değerlendirilmesi"**, Türkiye II Bilişim Hukuku Sempozyumu, Derleyen Mete Tevetoğlu, Bilişim Hukuku 2006, Vedat Yayınevi, s. 235; ARSLANLI, a.g.e., s. 222, 223; TEKİNALP, a.g.e., s.192; AYİTER, a.g.e., s. 253 vd.

²⁶ Hakkı ihlal edilen kimsenin ihlali yapan kimseye başvurarak hakkın ihlaline son vermesi ve zararının giderilmesini talep etme hakkına başvurması sonucu bu kimse bu talebi yerine getirmediği takdirde, hakkı ihlal edilenin mahkemeye başvurarak, HMK m. 105 uyarınca ya bir şeyin verilmesi, bir şeyin yapılması veya yapılmaması için eda davası, yahut bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesine ilişkin HMK m. 106 gereği tespit davası veya bir hukukî durum yaratmaya ya da var olan bir hukukî durumun içeriğini değiştirmeye, bu hukukî durumu sona erdirmeye yönelik HMK m. 108 de düzenlenen inşai dava dediğimiz yenilik doğuran davayı açarak böylelikle mahkemeden ilgili talepte bulunabilir. GÖZLER, a.g.e., s. 105-110; DURAL, SARI, a.g.e., s. 264; OĞUZMAN, BARLAS, a.g.e., s. 322-330; Nazif KAÇAK, **Açıklamalı – İçtihatlı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu**, Kartal Yayınevi, s. 241; NAL, SULUK, a.g.e., s. 135.

²⁷ ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 616; BOZBEL, a.g.e., s. 549; Muhammet ÖZEKES, **"Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir"**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2002, C. 4, s. 2, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz4-2/PDF/ozekes4.pdf>, Erişim T. 06.08.2012; Kanun'un şekil ve sistematığına bakıldığında 91 asıl madde 10 ek ve 8 geçici madde olmak üzere 6 Bölümden oluşmaktadır. 5. Bölüm hukuk ve Ceza davalarını düzenlemektedir. Kanun Tasarısında da Hukuk ve Ceza davaları 8. Bölümde düzenlenmektedir. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

5846 sayılı Kanun'da manevî veya malî haklara tecavüz halinde açılabilen FSEK m. 66, 67, 68'de düzenlenen tecavüzün ref'i davası, tecavüz ihtimali durumunda FSEK m. 69'da düzenlenen önleme amaçlı tecavüzün men'i davası ile maddî ve manevî zararın tazminini sağlamaya yönelik olarak, FSEK m. 70'de düzenlenen tazminat davaları, ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, bağlantılı hak sahipleri de eser sahipleri gibi FSEK m. 80/son fıkrasında yapılan atıf ile bu davaları açabileceklerdir²⁸.

B.ESER SAHİPLİĞİNİN TESPİTİ DAVASI

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 15inci maddesi “*tespit davasını*” “*adın belirtilmesi yetkisi*”nde düzenlemiştir. Eser sahipliğinin tespiti davasında yargılama sonucunda bir hüküm verilmektedir. Kanun koyucu da bu talebin FSEK kapsamında özel bir dava ile ileri sürülmesini ve tespitin bir mahkeme kararı olarak ortaya çıkmasını arzu etmiştir²⁹.

Eser sahipliğinin tespiti davası, birden fazla kişi arasında aynı eserin sahipliği konusunda ihtilaf varsa³⁰ yahut kişi adsız, anonim bir eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise açılabilir. Eser sahibi varken başka bir kişi eserin gerçek sahibinin kendisi olduğunu iddia ettiğinde de bu dava açılabilir³¹. Eser sahibinin adının eserde yanlış yahut iltibasa yol açacak şekilde konulması halinde, eserde adının belirtilmesi,

²⁸ Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği m. 22 hükmünde de komşu hak sahiplerinin eser sahipleri gibi bu dava haklarından faydalanabileceği belirtilmiştir

²⁹ KAYA, (Marka Hukuku), s. 281.

³⁰ Yargıtay kararında, “Kaynak kişinin davacıların murisi Aşık Daimi (İsmail Aydın) olarak kabul edildiği, bestelerinin davacıların murisine ait olduğuna dair kanıt sunulmadığı, kaynak kişinin eser sahibi olmadığı, mücerret icra etmenin eser sahipliği doğurmayacağı, eserlerin sözlerinin Kul Hüseyin ve Pir Sultan Abdal’a ait olduğu, öteden beri cem törenlerinde söylendiği, anonim bulundukları gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik yoktur.” şeklinde karar verilmiştir. 11.HD. T. 01.02.2010, E. 2008/10152, K.2010/1116, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1993.

³¹ “...davalılardan İ. Şadi A.'nın davacı şirkette çalıştığı dönemde meydana getirdiği davaya konu fotoğrafın, işleme eser sahibi olduğu ve eser üzerindeki manevî hakların eser sahibine ait olacağı, Ancak; söz konusu işleme eserin malî haklarının ise davacı şirkete ait bulunduğu gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, davacı şirketin eser sahibi olduğunun tespitine karar verilmesinin, isabetli olmadığına..” dair. 11. HD. T. 14.04.2011, E. 2009/5129, K. 2011/4350, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 03. 06. 2012.

müstear ad ile veya adsız olarak açıklama yetkisinin nizalı olması durumunda tespit davası açılabilir³².

Tespit davası, bağımsız bir dava çeşidi olarak Almanya ve Alman hukukunun etkisinde kalan Avusturya, İskandinav ülkeleri ve İsviçre kantonlarının kanunlarında da düzenlenmiştir³³. Tespit davası açıldıktan sonra hukukî yararın ortadan kalkması halinde tespit davası reddedilecektir. Alman hukukunda ise dava görülürken bu yarar ortadan kalkarsa, davacının davasının esastan halledilmiş bulunduğunu bu nedenle karar verilmesine yer olmadığına, davanın o aşamasına kadar yapılan yargılama giderlerinin davalı tarafından ödenmesine hükmedilmektedir. Alman Kanunu § 91/(a)'ya benzeyen bir hüküm Bern Kantonu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 203. maddesinde mevcuttur³⁴.

Kanun koyucunun eser sahipliğinin tespitinde daha fazla ihtilaf doğabileceği düşüncesi ile olsa gerek özel olarak FSEK 15 inci maddesi eser sahibinin ihlalleri önlemek ve gidermek için eda davası açmadan önce eser sahipliğinin tespitini talep edebilme hakkı özel olarak düzenlenmiştir.

³² “..Yapımcının 1960-1990 yılları arasında 30 yıl film yapımcılığı yaptığını ve bu dönemde 84 adet filmi yapımcı sıfatı ile çektiğini belirterek mirasçılarının malî hakların kendilerine intikal ettiğini ve dava konusu filme ilişkin malî hakların davalı tarafından kullanıldığını belirterek eser sahipliğinin tespiti ve tecavüzün meni ve refi talep edilen davada filmin yapımı aşamasında tek yetkili muhatap kişinin davacıların murisi olması ve tüm oyunculuk ücretlerinin onun tarafından ödendiği, filmin tüm malî haklarının murise ait olduğundan davanın kabulüne” dair mahkeme kararı Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T. 18. 09. 2013, E. 2012/18186, K. 2013/16103, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 20.10.2015;Musiki eserinde anonimlik iddiasında TRT, MEB Milli Kütüphane, Kültür Bakanlığı ve ilgisi olabilecek diğer kurum ve kuruluşlardan araştırma yapılır. 11. HD. T. 10.10. 2007, E. 2006/4308, K. 2007/12655;Mimari eserlerde, bir mimari projenin, eser sahibinin izni dışında bir yapıda kullanılması durumunda yapı sahibinin proje sahipliğini iddia etmesi, bir müzik eserinin bestesinin sahipliğinin birden fazla kişi arasında tartışılması durumunda eserin sahibinin kim olduğuna ilişkin tespit davası açılabilir. YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C. I, s. 60, 69.

³³ Baki KURU, Ali Can BUDAK, **Tespit Davaları** Tamamen Yeniden Yazılmış Dört Misli Genişletilmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 5; Cüneyt BELLİCAN, **Fikrî Hukukta Manevî Haklar ve Manevî Hakların Korunması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008, s. 474. İsviçre’de Telif Hakkı ve Komşu Haklar Hakkında Federal Kanun (La loi fédérale sur le droit d’auteur et les droits voisins) da “Hukuk davaları” başlığı ile 61. maddesinde, “Tespit Davası” başlığı altında “Bu Kanun’da öngörülen bir hakkın ya da hukukî ilişkinin tespitini, böyle bir tespitte hukukî menfaati olduğunu ispat eden herkes isteyebilir.” şeklinde düzenlemiştir. Federal Act on Copyright and Related Rights <http://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19920251/index.html>, Erişim T. 21. 05. 2013.

³⁴ KURU, BUDAK, **Tespit Davaları**, s. 158.

Fikrî hakların ihlal edilmesi halinde, bu eylemin hukuka aykırı olduğunun tesbitini dava etme hakkına FSEK’de yer verilmemiştir. Öncesinde, 1086 Sayılı Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda da tespit davası düzenlenmemiştir. Sınai mülkiyete ilişkin olarak ise mülga 554 sayılı End.Tas.KHK’nin m. 49/f. 1- a bendinde fiilin tecavüz oluşturup oluşturmadığına ilişkin tespit davası açma hakkı düzenlenmiştir³⁵. 6769 Sayılı SMK m. 149/f. 1-a hükmü tüm sınai mülkiyet haklarına ilişkin hakları ihlal edilen kimseler için fiilin tecavüz olup olmadığının tespitine ilişkin dava hakkı getirmiştir. SMK m. 154 hükmünde de sınai mülkiyet hakkına ilişkin tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin menfi tespit davası açılabileceği düzenlenmiştir. Eser sahipliğinin tespiti talebi dışındaki diğer haklara ilişkin tespit davası FSEK’de düzenlenmese de genel ilkelerden hareketle eser sahibi ya da halefleri, fikri hak ihlalini veya fiilin hukuka aykırı olduğunun tespitini HMK m. 106 gereği talep edebilmektedir³⁶.

Bu şekilde açılan tespit davası sonrasında hak sahibi tecavüzün ref’i ve men’ine ilişkin açmış olduğu dava ile ihlallerin giderilmesi ve önlenmesine yönelik taleplerde bulunabilmekte idi. HMK’nın yürürlüğe girmesi ile birlikte bir yenilik olarak HMK m. 106 tespit davasını, HMK m. 107 belirsiz alacak ve tespit davasını düzenlemiştir³⁷. HMK m. 106 gereğince tespit davası ile alacağın belirlenebilmesi için tek başına tespit davası açılabileceği hükmü getirilmiş, HMK m.107 ile yeni bir dava çeşidi olarak belirsiz alacak davası düzenlenmiştir³⁸. Tespit davası ile bir hak veya hukuki ilişki tespit edilir. Maddi vakıalar, tespit davasına değil delil tespiti talebine konu olur. HMK m.106’da düzenlenen tespit davası, HMK m. 400 vd.

³⁵ KILIÇOĞLU, (Fikri Haklar), s. 435; Ahmet KILIÇOĞLU, “Fikrî Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)” Ankara, TBB Dergisi, Sayı 54, Y. 2004, s. 61.

³⁶ HMK m. 106 gereği tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun tespiti talep edilebilir. Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır. Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz. HMK m. 107/f. 3’de ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.” hükmü ile tespit davası düzenlenmiştir.

³⁷ Ejder YILMAZ, “Yeni HMK’yla getirilen değişiklikler” <http://www.muglabarosu.org.tr/upload/UserUpload/file/hmkyenilikler.pdf>.

³⁸ Baki KURU, Ali Cem DURAK, “Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler” İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 5, Y. 2011 <http://www.istanbulbarosu.org.tr/makaleler/hmk/bakikuru-alicembudak.pdf>.

maddelerinde düzenlenen delil tespit talebinden farklıdır³⁹. HMK'nın 106/2 maddesinde, tespit davası açılabilmesi için, davacının “*bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı*” bulunması şartı özel olarak aranmıştır.

Eser sahibi eserle arasındaki bağlantının açığa çıkmasını istemeyebilir. Kişi eser üzerindeki adının belirtilmesi hakkından vazgeçmedikçe eserin sahibinin adı ile yayımlanması gerekir. Bir kimsenin eserinde, bir başkasının isminden yararlanıp kazanç temin etmek amacıyla veya başka birini küçük düşürmek amacıyla o kimsenin adını kullanarak değişik şekillerde kamuya sunması durumlarında da, gerçek eser sahipliği için tespit davası açılabilir⁴⁰. Eser sahipliğinin tespiti davası eser sahipliğinin iddiası şeklinde müspet tespit davası veya eserin sahibi olmadığı iddiası ile açılan menfi tespit davası şeklinde olabilir⁴¹, fakat TOSUN, kişinin kendisine ait olmayan bir eserin kendi adıyla umuma arzedilmesinin, FSEK m. 15/3'deki eser sahipliği ile ilgisi olmadığını; ancak kişilik haklarını ilgilendirmesi sebebiyle Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun kişiliğin korunması, şartları varsa gerçek olmayan vekaletsiz işgörme hükümlerinin uygulanabileceğini belirtir⁴². Maddede “*eserin hakiki sahibinin*” bu davayı açabileceği açıkça belirtilmiş olduğundan kanaatimizce kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanılabileceği gibi HMK m. 106 yoluyla da böyle bir menfi tespit davası açılabilecektir. Kanun Tasarısında⁴³ menfi tespit davasına ilişkin düzenleme

³⁹ FSEK m. 15 hükmündeki tespit davası HMK m. 400 vd.'daki delil tespiti talebinden farklı olarak çekişmeli yargı hükümlerine tabi olan, özel olarak düzenlenmiş ve fakat aynı zamanda delil tespitini de içeren bir davadır. Bu dava tespit talebi ile değişik iş olarak görülen davalardan olmayıp esastan görülür ve yargılama yapılarak sonuçlandırılır.

⁴⁰ TMK m. 24'e göre kişinin adı üzerinde mutlak hakkı vardır. AYİTER FSEK 15. maddesi hükmü olmasa dahi TMK'nın bu hükmü ile aynı sonuca varılabileceğini belirtir. AYİTER, a.g.e., s. 118, 119; EREL, a.g.e., s. 121; TEKİNALP, a.g.e., s. 310.

⁴¹ AYİTER, a.g.e., s. 119.

⁴² TOSUN, **(Manevi Haklar)**, s. 116.

⁴³ 2012 yılında başlayan çalışmalarla Kanun'un tümüyle yeni bir Kanun olarak çıkartılması amaçlanırken, 2016 yılı bahar aylarında Tasarı üzerinde yeniden çalışılmış, ve bazı maddelerde değişiklik yapılarak kısmi kanun değişikliği şekline dönüştürülmüştür. Tasarının genel gerekçesinde, değişikliğin temel hedeflerinin ülkemizin taraf olduğu uluslararası anlaşmalara ve AB Müktesebata uyum düzeyinin artırılması, toplu hak yönetim sisteminin yapısı ve etkin işlemesi, lisanslanmaya ilişkin sorunlarının giderilerek yaygın ve adil bir lisanslama sistemi oluşturulması, dijital alanda ihlallerle etkin mücadele, toplumun eserlerden faydalanma imkanının artırılması, kanunda farklı yorumlara yol açan ifadelerin, yargı uygulamalarına olumsuz etkilerinin giderilmesi, uygulamanın iyileştirilmesi olduğu belirtilmektedir. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

yapılması bu tereddüdü ortadan kaldıracaktır. Ancak, herhalükarda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda düzenlenen fikri mülkiyete ilişkin bir dava türü olduğundan bu dava FSEK m. 76 hükmü gereği ihtisas mahkemesinde görülmesi gerekir.

Yargıtay’ın yerleşik içtihatları ile eda davası açılma imkanı varken tespit davası açılmayacağı görüşü nedeniyle geçmişte bu durumlarda açılan tespit davaları mahkemelerce reddedilmekte idi⁴⁴. TEKİNALP, bu davada eser sahipliğinin tespitinin yanı sıra eser sahipliği sıfatının davayı kazanan kişiye verilmesinin sözkonusu olması nedeniyle bu davanın bir eda davası olduğunu savunmaktadır⁴⁵. KAYA, aynı şekilde HMK yürürlüğe girmezden önce markalar ilişkin düzenleme olan Mülga MarKHK m.75’de de tespit davasının düzenlendiğini⁴⁶, bu nedenle TTK m. 58 hükmüne dayanılarak açılan davalarda olduğu gibi bu davada da tespit davası olarak açılarak esasa kayıt yapılması ve çekişmeli yargı hükümlerine göre yargılama yapılarak temyizi kabil nitelikte ve kesinleşmesi gereken kararlar verilmesi gerektiğini belirtir⁴⁷. Buna karşılık; mahkemenin eser üzerindeki fikrî mülkiyet hakkının kime ait olduğunu tespitle yetinmesi nedeniyle bunun bir eda davası yahut inşai dava niteliğini taşımadığı görüşünü savunan yazarlar da bulunmaktadır⁴⁸.

Mülkiyete ilişkin hak iddiasına dayalı bu dava süre sınırlaması olmaksızın her zaman açılabilir⁴⁹.

Eğer bir eser sahibi varsa dava eser sahibinin eser üzerindeki hakkını ihtilafli hale getiren kişiye karşı açılması gerektiğinden bu davanın çekişmesiz yargı şeklinde açılması mümkün değildir. Ortak eser sahipliği ve elbirliği eser sahipliğinde her bir

⁴⁴ HMUK’da tespit davaları düzenlenmemişse de Yargıtay bunun açılıp açılmayacağı tartışmasına girmeden tespit davasının dinlenme şartlarını hukukî yararın bulunup bulunmadığını araştırmakta idi. HGK. T. 24.10.1962 E.1962/128-54 sayılı kararı, İBD. 1963, 1-4, s. 44-46, 7. HD. 9.11.2009, 3585/5034 İBK. 2006/1 s. 263, (KURU, BUDAK a.g.e., s. 175, dpn., 17, s. 179, 180’dan naklen).

⁴⁵ TEKİNALP, a.g.e., s. 308.

⁴⁶ Bu madde başlığı "*Delillerin Tesbiti Davası*" iken, 22. 6. 2004 tarihli ve 5194 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle "*Delillerin Tespiti*" olarak değiştirilmiştir.

⁴⁷ Arslan KAYA, **Marka Hukuku**, Arıkan Yayınevi 2006, s. 280.

⁴⁸ KURU, BUDAK, a.g.e, s. 228; YASAMAN, (**Fikir ve Sanat II**) , s. 15 dpn.1; YASAMAN, (**Tazminat**), s. 806, 807 dpn.1.

⁴⁹ Kanun’un 19 uncu maddesinde 15/f. 3 ‘e ilişkin süre sınırlaması getirilmiş olup 15/f. 1 ‘de böyle bir süre sınırlaması bulunmamaktadır.

eser sahibi bu davayı açabilir⁵⁰. Malî hak sahibi hak sahipliğini ispatlayarak bu yetkiyi ancak edindiği malî hak süresi ile sınırlı olarak kullanabilir⁵¹.

FSEK m. 67/f. 2 hükmü, “*eser sahibi 15 inci maddede zikredilen tespit davasından başka*” ifadesi ile FSEK m. 15/f. 3’deki bu davayı tespit davası olarak nitelendirmektedir⁵². FSEK m. 67 hükmünde her ne kadar bu tespit davası dışındaki *tecavüzün ref’i talebinde*, tespitin yanı sıra, eda davasına ilişkin talepler olduğunda, bunların da hükme bağlanmasına ilişkin ayrı bir maddede düzenleme getirmişse de m. 15’deki davanın mahiyeti, yargılama süreci ve sonuçlarından bu davanın da bir eda davası niteliğinde olduğu kanaatine varılmaktadır.

Eser sahipliğinin tespiti davası ile birlikte ihlalin ortadan kaldırılması da talep edilebilir⁵³. KILIÇOĞLU eser sahibinin, böyle bir tespit istemiyle birlikte hükmün 78inci maddesi gereğince ilan edilmesini de talep edebilmesi gerektiğini belirtir⁵⁴. Kanaatimizce FSEK m. 78 hükmü haklı olan tarafın haklı bir sebep veya menfaatinin bulunması durumunda, FSEK m. 67/f. 2’de özel olarak düzenlenen “*eser sahipliğinin tespitinin yanı sıra ref talep edilmişse ilanın istenebileceği*” hükmündeki bu halden başka olarak da ilanı talep edilebileceği düzenlendiğinden tespit talep edenin, hükmün ilanını talep etme hakkı olacaktır.

Haksız rekabet halinde açılacak tespit davasında olduğu gibi karar temyiz süresi geçtikten veya Yargıtay’ca onandıktan sonra hüküm ifade eder⁵⁵.

⁵⁰ TEKİNALP, a.g.e., s. 310.

⁵¹ “...Somut uyuşmazlıkta birebir aynı oldukları belirlenen dava konusu 544 ve 555 sayılı kitaplarda, Atilla İlhan ile birlikte eser sahibi olduğu iddia edilen dava dışı Ziya Öztan’ın haberdar edildiği halde bu salahiyetini kullanmadığı ve 5846 Sayılı FSEK 19/3. maddesindeki koşulların davacı yararına gerçekleştiği hususları davacı tarafça kanıtlanamadığından, aynı Kanun’un 15/3. fıkrasına dayalı eser sahipliğinin tespiti davasının davacının aktif dava ehliyeti yokluğu nedeniyle reddi gerekirken mahkemece dava dışı Ziya Öztan’ın eser sahibi olduğunun tespitine karar verilmesi doğru görülmemiştir..”, 11. HD. T. 03. 10. 2013, E. 2013/11071, K. 2013/17411, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. 30. 05. 2014.

⁵² KURU, BUDAK, s. 227, 228.

⁵³ ALICA, a.g.e., C. II, s. 1974.

⁵⁴ KILIÇOĞLU, a.g.m., s. 62.

⁵⁵ Hayri DOMANİÇ, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988*, s. 213.

C.TECAVÜZÜN REF'İ (DURDURMA) DAVASI

FSEK m. 67 ve 68 hükümleri ve m. 66'daki genel nitelikteki hüküm, manevî ve malî haklara yönelik ihlaller ile bu ihlallerin kaldırılması şartları ve usûllerini belirten hükümlerdir. Manevi ve mali hakları tecavüze uğrayan kimse tecavüz edene karşı tecavüzün ref'ini dava edebilir. Tecavüzün ref'i davası manevî ve malî haklara tecavüz gerçekleşmiş ve halen devam ediyorsa, tecavüzün sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılması ve tecavüzle ortaya çıkan hukuka aykırılığın sonuçlarının giderilmesi amacıyla açılır⁵⁶. Bu dava tecavüzün giderilmesi talebinin yanı sıra aynı zamanda tekrarlanmasını önleyecek önlemlerin alınmasını da kapsar⁵⁷.

Ref davası açılabilmesi için eser sahipliğinden doğan hakların saldırıya uğramış olması, saldırı ya da etkilerinin devam etmesi gerekir. Mütecavizin kusurunun ya da eser sahibinin zararının bulunması gerekmez⁵⁸. Bu dava da diğer tespit, men ve tazminat davaları ile birlikte veya ayrıca açılabilir.

FSEK m. 67'de Kanun Koyucu, ref davasında yargılamanın uzun sürmesi halinde geçen zaman içinde tecavüzün amacına ulaşacağı, eser sahibinin davadan beklediği amacın gerçekleşmeyeceği düşünülerek özel bir ihtiyati tedbir hükmü düzenlenmiştir⁵⁹. Hak ihlalinde bulunanın kusuru bulunmasa dahi ihtiyati tedbir kararı verilmesi mümkündür.

⁵⁶ ARSLANLI, a.g.e., s. 211, 212; EREL, a.g.e., s. 331; KAÇAK 2004, s. 298; Arslan KAYA, "Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür?", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 431-458; ARKAN, a.g.e., s. 275; ARIDEMİR, a.g.e., s. 182; TEKİNALP, a.g.e., s. 310; Fethi MERDİVAN, "Manevî Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması ve Yakınların Dava Hakkı (Konuyla İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)", FMR Ankara Barosu Fikrî mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y. 15, C.15, S. 2014/1, s. 105.

⁵⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 311; BOZBEL, a.g.e., s. 551; NAL, SULUK, a.g.e., s. 137; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 633-635; KILIÇOĞLU (Fikrî Haklar), s. 436.

⁵⁸ KILIÇOĞLU, (Fikri Haklar), s. 437, 438.

⁵⁹ A.e., s. 440.

1. Manevi Hak İhlallerinde Açılan Ref Davası

Manevî hakların ihlaline ilişkin FSEK m. 67’de sınırlı olarak sayılan haklardan biri yahut birkaçının ihlal edilmesi halinde eser sahibi, tecavüzün durdurulmasını talep edebilir⁶⁰. FSEK m. 67/f. 1 gereğince açılan ref davası çoğaltılmış nüshaların yayınlanması ile umuma arz gerçekleştiği takdirde açılır. Yayınlanmayan eserler hakkında tecavüz gerçekleşmediğinden tecavüz tehlikesi varsa muhtemel tecavüzün men’i istenebilir⁶¹.

FSEK m. 67/f. 2 uyarınca eser sahibinin adının gizli kalmasını istediği halde adıyla eserin yayınlanması, sergilenmesi, seslendirilmesi, temsili, umuma iletimi halinde de ref davası açılabilir. Eserin kamuya arzına rızası olmadığı halde eserin kamuya sunulması halinde, esere adının konulması hakkının ihlali veya adının esere yanlış konulmuş veya iltibasa yol açacak şekilde konulması halinde ref davası açılabilir. Eserden kanuna uygun alıntı yapılması gerekir. FSEK m. 67/f. 3 gereğince kaynak gösterilmemiş, ya da yetersiz veya yanlış kaynak gösterilmiş ise eser sahibi ref davası açabilir. Eser sahibinin izni olmadan eserde değişiklik yapılması halinde eser sahibi bunun ref’ini talep edebilir. Eser dolaşıma çıkmışsa çoğaltılmış nüshalardaki değişikliklerin düzeltilmesi ve bunların eski hale getirilmesi, toplatılıp düzeltilmesi istenebilir. Güzel sanat eserlerinde eski hale iade mümkünse ve değişikliğin giderilmesi kamunun ve eser malikinin menfaatlerini esaslı şekilde haleldar etmiyorsa eser eski hale getirilir⁶².

⁶⁰ “..eserin davacının tek başına yarattığı eser olduğu yönündeki itirazlarının mevcut kitap kapaklarında belirtilen yazar isimleri de göz önünde bulundurulduğunda 5846 Sayılı Kanun’un 11/1. maddesi gereğince yerinde görülmediği, tıpta uzmanlık sınavları ile ilgili hazırlanan eser içinde telif oranının %10 oranında olmasının makul olduğu, davacının eser sahibi olduğu Farmakoloji .. adlı eserin 2011 yılında izinsiz basılması çoğaltılıp yayınlanması sebebiyle çoğaltma-yayma gibi mali haklarının ihlal edildiği, yazar adı belirtilmeden baskısının gerçekleşmesi sebebiyle 5846 Sayılı Kanun’un 14-15.maddesi gereğince umuma arz ve adın belirtilmesi yönünde manevi haklarının ihlal edildiği,..... Farmakoloji adlı eser yönünden de eser sahibinin davacı olduğu, izinsiz olarak çoğaltılıp yayınlandığı, mali haklarının ihlal edildiği umuma arz sebebiyle de FSEK.nun 14. .maddesi gereğince manevi haklarının ihlal edildiği, gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne..” dair verilen karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T. 12. 05. 2016, E. 2015/11146, K. 2016/5454, www.kazanci.com. Erişim T. 21.10.2016.

⁶¹ TEKİNALP, a.g.e., s. 312.

⁶² A.e., s. 314- 316;KILIÇOĞLU, (Fikri Haklar), s. 442-445.

Taraflar arasında sözleşme bulunsa da eserden alıntı yapılması halinde, alıntı yapılan kaynak ve eserin sahibinin gösterilmesi gerekir. FSEK m. 32 ila 36, 39 ve 40'da sayılan hallerde yanlış veya yetersiz kaynak açıklanmış yahut hiç kaynak gösterilmemişse, FSEK m. 67/f. 2 gereği eserin haksız değiştirilmesi halinde hak sahibi eserin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının, yayım ve temsilinin, radyo ile yayımının men edilmesini ve tecavüz edenin, tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki değişikliklerin düzeltmesini veya bunların eski haline getirilmesini talep edebilir. Bu kapsamda her türlü değiştirmeler, FSEK m. 16/f. 3 uyarınca eser sahibinin izin vermesi sonucu yapılsa dahi eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değiştirmeler eser sahibince men edilir⁶³.

FSEK m. 67 hükmüne göre, alenileşmemiş bir eser, sahibinin rızası olmaksızın veya arzusuna aykırı olarak umuma arz edilirse tecavüzün ref'i davası, ancak umuma arz keyfiyetinin çoğaltılmış nüshaların yayımlanması durumunda açılabilir⁶⁴. Maddede çoğaltılmış nüshalardan bahsedilmekte ise de umuma arz, bir sinema eserinin galası, konser veya sergi, gösteri, tiyatronun temsili, internette sunum gibi şekillerde olabilir. Umuma arz nüshaların yayımı yoluyla gerçekleştirildiğinde ref davası açılabilir. Umuma arz teşhir, temsil, seslendirme radyo TV de yayınlama, umuma iletme yolu ile gerçekleştirilirse yayınlanmış nüshaların satışa çıkarılması dışındaki tecavüzlerde bir defa umuma arz ile tecavüzün gerçekleşmesi nedeniyle

⁶³ 2001 yılında 4630 sayılı Kanun ile mülga hale gelen FSEK m. 28 edebi ve artistik *eserlerin koruması için düzenlenen Uluslararası Bern Sözleşmesi'nin 1986 yılında Paris'te düzeltilmiş şekli* olan m. 5 esas alınarak düzenlenmişti. Maddede, “ ilk defa Türkçe'den başka bir dille yayımlanmış olan bir ilim ve edebiyat eseri yayımlandığı tarihten itibaren 10 yıl içinde eser sahibi veya onun izni ile başkası tarafından Türkçe tercümesi yapılarak yayımlanmamış ise, 10 yılın geçmesiyle eserin Türkçe'ye tercümesi serbesttir.” denilmekte idi. Tercümelerin işlemeyen farklı bir özellik taşıdığına dair, yanlış yaratması nedeniyle, eski düzenleme yerinde bir değişiklik ile maddeden çıkartılmıştır. Bestekârlara tanınan haklar başlığını taşıyan FSEK m. 39 hükmünün 21.2.2001 tarihli değişiklik ile yürürlükten kaldırılması, aynı şekilde tercüme eserlere ilişkin kısa koruma süresinin de aynı değişiklik ile kaldırılmış olması nedeniyle kanaatimizce Kanun'da FSEK m. 67/f. 3 hükmünde buna ilişkin düzenleme yapılması gerekmektedir. Mezkur maddenin 3üncü fıkrasındaki “32, 33, 34, 35, 36, 39 ve 40 ıncı maddelerde sayılan hallerde, yanlış veya kifayetsiz kaynak tasrih edilmiş veyahut hiç kaynak gösterilmemişse ikinci fıkra hükmü uygulanır.” şeklindedir.

⁶⁴ “...Davacı tarafından eser üzerine men edici bir kayıt konulduğu veya eserin bu suretle umuma arzının 5846 Sayılı FSEK 14/3 fıkrasına göre, eser sahibinin şeref ve itibarını zedelediği de iddia ve ispat edilemediğine göre mahkemece davalı şirket eyleminin aynı yasanın 14 ve 70. maddeleri uyarınca manevî hak ihlali oluşturduğundan bahisle tazminata hükmedilmesi, doğru görülmüştür.” 11. HD, T. 27. 09. 2010 E. 2009/3278 K. 2010/9305, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr.

ihlal gerçekleşip sona erdiğinden ref talep edilemez. Şartları varsa men davası veya zarar varsa tazminat davası açılabilir⁶⁵. Eser henüz yayımlanmamış ve kamuya sunulmamış ise muhtemel tecavüzün önlenmesi için çoğaltılmış nüshaların muhtemel yayımının engellenmesi istenebilir⁶⁶. İnternet ortamındaki ihlaller veya radyo televizyonlarda yayın ve sergide teşhir suretiyle gerçekleştirilen ve süreklilik taşıyan ihlaller bakımından ise ref talep edilemeyeceğİ sonucunu çıkmaktadır ki bu durum ise eser sahibinin dava açma hakkını sınırlandırmaktadır⁶⁷. Kanunkoyucunun bu sınırlandırması eser sahibinin menfaatlerini dar bir alana sıkıştırmaktadır⁶⁸. Çoğaltılmış nüshaların yayımlanması dışındaki alanlarda da devam eden tecavüzler olabilir. Kanun Tasarısında bu duruma ilişkin de maddede bir değışiklik isabetli olacaktır. FSEK 67/f.1 e suretiyle ibaresi önüne “*süreklilik arzeden kanunda düzenlenen diğİer ihlal halleri*” ibaresi ile sorun çözülebilir.

FSEK m. 67/f. 2 hükmüne göre eser sahibi manevî hakkı olan adının belirtilmesini isteme hakkını kullanmasına rağmen adının esere konulmaması halinde adının esere konulmasını yahut müstear ad, rumuz veya kısaltma şeklinde adın belirtilmesini de isteyebilir. Çoğaltılan nüshalar yayımlanmak suretiyle ihlal gerçekleşmiş ise, ihlali gerçekleştiren davalı eserin aslı ve ticarî dolaşıma sunulmuş nüshaları üzerindeki yanlış konulan adı kaldırmaya zorunludur. FSEK m. 67/f. son b. 2 hükmü, 16/f. 3 de belirtilen⁶⁹ eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen ve eserin hususiyetini bozan nitelikteki değışikliklerin ref’i taleplerinde uygulanabilir⁷⁰.

Umuma arz hakkının kullanılmasının sözleşmeye dayalı engellenmesi ya da yetkiye sahip kişi tarafından gerçekleştirilmemesi durumunda ihlalden söz edilemez.

⁶⁵ ERDİL, a.g.e., s. 522, 523.

⁶⁶ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 1957.

⁶⁷ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 638, 639.

⁶⁸ A.e., s. 639.

⁶⁹ FSEK m. 16/f. 3 hükmüne göre, eser sahibi, kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değışiklikleri men edebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür. İngiliz hukukunda manevî haklardan sözleşmeyle feragat mümkün iken Fransız hukukunda feragati içİeren sözleşmelerin kamu düzenine aykırı olması nedeniyle reddedilmesi gerektiğİ belirtilir. (TOSUN, (**Manevi Haklar**), s. 64.

⁷⁰ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1965, 1979.

Bu durumda henüz umuma arz gerçekleşmediğinden ancak sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğu doğacaktır⁷¹.

FSEK m. 15/f. 4 eser niteliği taşıyan mimarî yapılar için, eser sahibi adının yapı üzerinde görünecek şekilde belirtilmesini yazılı olarak talep edebilir⁷². Yargıtay'a göre eser üzerinde eser sahibinin adının yazılmaması tazminatı gerektirir⁷³. Mahkemece eser sahibinin adının ne şekilde belirtileceği kararlaştırılmış ise bu şekilde, aksi halde mutad olan biçimde, kopyalar üzerinde adın gösterilmesine karar verilmelidir⁷⁴. Bu talebin yalnız eser sahibi tarafından kullanılabileceği, talebin yapının tamamlanması veya kullanılması sonrası makul bir sürede yapılması gerektiği görüşüne⁷⁵ karşı maddenin lafzının ve amacının buna uygun olmadığı, *"yazılı istem üzerine eser sahibinin uygun göreceği malzeme ile silinmeyecek biçimde"* eser sahibinin adının yazılacağı, eser sahibinin manevî hakkı bizzat kullanacağı gibi kullanım hakkını bir başkasına bırakabileceği de belirtilir. Mimar, eserin tamamlanması ve kullanıma açılması sonrasında ölmüşse TMK m. 2 hükmündeki hakkın kötüye kullanılması yasağı sınırları içinde FSEK m. 19/f.1 hükmündeki kişiler eser sahibinin aksi bir iradesi yoksa manevî haklar için FSEK m. 15/f. 4 deki hakkı kullanabilirler.

Güzel sanat eserlerinde hususiyetten başka estetik vasfa sahip olma şartı da aranır⁷⁶. FSEK m. 67/f. 4 b. 2 uyarınca güzel sanat eserlerinde eser sahibinin izni

⁷¹ TOSUN, (**Manevi Haklar**), s. 222.

⁷² BOZBEL, a.g.e., s. 159.

⁷³ 11. HD. T. 03.04.1978, E. 1183 K, 1978/1704, Orhan Nuri ÇEVİK, **İçtihatlı-Notlu Fikrî hukuk Mevzuatı**, s. 22, Ankara 1988.

⁷⁴ SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 335;ÖZTAN, a.g.e., s. 643;TEKİNALP, a.g.e., s. 314.

⁷⁵ Yazar eser niteliğindeki mimari yapılar ibaresindeki eser niteliğinin FSEK m. 4 karşısında fazlalık olduğunu, *"mimari eserler"* lafzının yeterli olacağını belirtir. KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 48, 49.

⁷⁶ *"Estetik değer"* örneği olmayan, latif, güzel, nadide, güzellik ölçülerine uyan, beğenilen anlamlarını ifade etmektedir. Fotoğraf eserlerinde estetik değer, muhtevanın çıplak gözle görülebilen halden başka bir şekilde yansıtılabilmiş olup olmamasında aranır. Mustafa ATEŞ, **Fikrî hukukta Eser**, Turhan Yayınevi, Ankara 2007, s. 219, 236, 237; Ayşegül KOCATÜRK, **"Mimari Eserlerin Fikrî Haklar Yönünden Korunması"**, İstanbul Barosu Dergisi Fikrî ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Özel Sayı 4, Temmuz 2007, s. 15; Kanun'un m. 4/f. 3'de tanımlanan *"mimari eser"* ise, söz konusu mimari projenin uygulanması sonucu ortaya çıkan yapının kendisine ait bir güzel sanat eseri türü olup yapının mimari projeden ayrı olarak estetik unsur vasfına sahip olması halinde anılan 4/3 hükmü uyarınca bina, projeden ayrı olarak güzel sanat

olmadan yapılan değişiklik manevi hak ihlali oluşturur. FSEK’te 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası maddede; “*Güzel sanat eserinde, eser sahibi, asıldaki değişikliğin kendisi tarafından yapılmadığını veya eserdeki adının kaldırılmasını ya da değiştirilmesini talep edebilir.*” şeklinde yerinde bir düzenleme getirmiştir. Bu durumda kanun “*eski halin iadesi mümkünse ve değişikliğin izalesi ammenin ve malikin menfaatlerini esaslı surette haleldar etmiyorsa*” eski hale getirmenin mümkün olacağını düzenlemiřtir⁷⁷. Güzel sanat eserinde⁷⁸, izinsiz değişiklik halinde, düzeltme sonucunda eserin tamamen bozulması ve özgün haline dönememesi durumunda TEKİNALP “*eski hale iadesinin mümkün olmasının*” kanunun uygun gördüğü bir şart olmayıp, eşyanın tabiatından kaynaklandığını belirtir⁷⁹. Dolayısıyla kanundaki eski hale iade için aranan malikin ve kamunun menfaatlerinin esaslı surette haleldar edilip edilmediği hususu yapılan değişikliğin somut olayın şartlarına göre mahkemece değerlendirilmesi sonucu karar verilecektir.

Müteceviz tarafından eserde hususiyet bozulmuşsa özgün eser sahibi isminin eserden kaldırılmasını veya değiştirilmesini talep edebilecektir. Bu durumda,

eseri olarak korunur. 11. HD. T.13. 06. 2011, K. 2010/397; E. 2009/14267, K. 2011/7107. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 09.04.2013.

⁷⁷ “.. infazının ne şekilde yapılacağının karar yerinde ayrıntılı olarak açıklanmadan soyut olarak eski hale getirme kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” 11. HD. T. 29. 03. 2001, E. 2001/143, K. 2001/2548, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 1984, dpn. 82.ERDİL, a.g.e., s. 526;BOZBEL, a.g.e., s. 161, 162; TEKİNALP, a.g.e., s. 315; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 137.

⁷⁸ FSEK’de 4110 sayılı Kanun değişikliği ile mimarların, manevî haklarının daha iyi korunması amacı ile m. 67/son cümlesinde yer alan ve bu hükmün mimarlık eserleri için uygulanmayacağı ibaresi kaldırılmıştır. TBMM Tutanak Dergisi, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Adalet ve Millî Eğitim Komisyonları Raporları** (1/722), s. 7; KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 55; Yargıtay 2009 tarihli bir kararında, “..uyuşmazlığın çözümü için, gerçekten böyle bir proje bulunup bulunmadığı araştırılıp projeye ilişkin her türlü çizim ve belgeler ilgili yerlerden getirtilerek, aynı veya farklı bilirkişi kurulundan ek rapor alınmak suretiyle, sonradan yapılan projenin davacıya ait proje üzerinde değişikliğe yol açıp açmadığının ve davacının eserine tecavüzde bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiği” belirtilerek her iki projenin karşılaştırılması, yapılan değişikliğin mimari projeyi değiştirmesi ve işleme hakkının ihlalini kıstas almıştır. 11. H.D. E. 2009/14659, K. 2011/7428, T. 20.6.2011. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 08.05.2013.

⁷⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 315.

eserdeki ismin mümkünse silinmesi, sökülmesi, üzerinin boyanarak kapatılması veya talebi doğrultusunda müstear ad koyulması şeklinde talebi gerçekleştirilebilir⁸⁰.

Eski hale iade için yapılan makul düzeydeki masraflar ise esaslı zarar olarak değerlendirilemez. Çünkü kamu menfaati toplumun genel menfaatidir. Bu zarar maddî veya manevî zarar şeklinde olabilir. Bu kapsamda, eser sahibinin subjektif şartları dikkate alınmak suretiyle somut olayda malikin menfaatlerine esaslı şekilde zarar verilip verilmediğine bakılır. Bu durumun eser sahibinin menfaatlerine zarar verip vermediğinin tespiti ve bu menfaatlerin üçüncü kişilerin aynı konuya yönelik menfaatleri ile karşılaştırılması sonucu eser sahibinin menfaatleri ağır basmalıdır⁸¹.

2. Mali Hak İhlallerinde Açılan Ref Davası

FSEK 21inci maddesi ve devamında düzenlenen eser sahibinin çoğaltma, işleme, yayma, temsil, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim mali haklarının ihlali durumunda da hak sahibi tecavüzün ref'ini isteyebilir. Bu dava henüz tamamlanmamış veya devam eden tecavüz durumlarında yahut tecavüz gerçekleşmiş ve bir sonuç doğurmuşsa açılabilir

Eser, ilim, edebiyat, musikî veya sinema eseri olduğu takdirde; eserin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının, yayım ve temsilinin, radyo-televizyon ile yayımın men edilmesi ve değişikliğin düzeltilerek eski hale getirilmesi bu dava ile istenebilir⁸².

⁸⁰ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 1982; “Güzel sanat eseri, haksız ve eser sahibinin rızası olmaksızın değiştirilmişse, eski hâlin iadesi mümkünse ve değişikliğin kaldırılması kamunun ve malikin menfaatlerini esaslı surette haleldar etmiyorsa, eser eski hâle getirilir. Mahkemece, malikin hakları yönünden yasada öngörülen bu ilkeler üzerinde durulması gerekir.” 11. HD. T. 29. 03. 2001, E. 143, K.. 2001/ 2548.

⁸¹ SCHACK, Rn. 341, (BOZBEL, a.g.e., s. 161’den naklen); ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 318.

⁸² EREL, FSEK m. 67/f. 4 hükmünde belirtilmemesine rağmen yerinde olarak televizyonu da, eserin yayımlanacağı vasıtalar arasına almıştır. EREL, a.g.e., s.298; TEKİNALP, a.g.e., s. 171; “Eser için davacının belirlediği isim yerine farklı isimle davalı vakfın sunuş yazısıyla birlikte yayınlanmasının, davacının eser üzerindeki eserin bütünlüğünün korunmasına dair manevî haklarına ihlal oluşturduğu gerekçesi ile bu ihlalin ref'ine, bu kapsamda basılmış nüshalarda kitap adının değiştirilmesine ve davalı vakfın yazdığı sayfalardaki sunuş yazısının çıkartılmasına karar verilmesinin yerinde olduğuna dair”, 11.HD. 14. 12. 2011, E. 2010/5886, K. 2011/17006, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 1980, 1981, dpn. 68’den naklen).

Ref kararı ile mütecavizin uğraması muhtemel zarar değerlendirilerek, ref yöntemi belirlenir ve caydırıcılığın yanı sıra fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi de gözönüne alınır⁸³.

FSEK m. 66/f. 2 gereği tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya çalışanı tarafından yapılmışsa işletme sahibi hakkında da dava açılabilir. Bu maddede ref talebi için tecavüz eylemini gerçekleştirenlerin kusuru aranmaz. Ancak kusurun varlığı halinde; FSEK m. 66/f. 4'e göre hakim, tecavüzün kapsamı, kusurun olup olmadığı, varsa kusurun ağırlığı ve tecavüzün ref'i halinde tecavüz edenin karşılaştacağı muhtemel zararları takdir ederek halin icabına göre tecavüzün ref'i için gerekli tedbirlerin alınmasında etkili olacaktır⁸⁴. Ayrıca kanunda eser sahibinin yerleşim yerinde bu davanın açabileceği düzenlenmiştir⁸⁵. Tecavüz başlamış etkisi devam ediyor ise tecavüzün ref'i istenildiğinde verilecek bir ref kararı devam eden tecavüzün menı sonucunu da içerir⁸⁶. Tedbir yoluyla tecavüz önlenirse dahi ref talep edilebilir⁸⁷.

⁸³ Bir sinema eserinde sahibinin adı belirtilmeden izinsiz bir müzik eserinin kullanılması halinde, ele geçen nüshaların toplatılıp imhası, esasen büyük yatırım ve emek sonucu meydana getirilmiş olan bir sinema eserinin yok edilmesi anlamına geleceğinden ref talebinin kabulü için eser sahibi bestecinin şeref ve itibarının zedelenmesi veya eserin bütünlüğünün katlanılamaz şekilde bozulması gibi, çok haklı bir nedenin olması aksi halde imha yerine telif tazminatı ile müzik eseri sahibinin adına da jenerikte yer verilmesi gibi başka bir ref yönteminin de teklif edilebilmesi ve uygulanabilmesi gerekir. FSEK m. 67/son hükmü de değişikliğin giderilmesi eser sahibinin ve kamunun menfaatlerini önemli ölçüde zarara uğratmayacak ise eser sahibi eseri eski hale getirebilir. YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, s. 1941, 1942.

⁸⁴ Yargıtay, tiyatro eserinin davalılar tarafından sahnelenmek üzere hazırlığının yapıldığından bahisle FSEK m. 69 ve 66 gereğince açılan tecavüzün refi ve menı davasında davalı derneğin oyunu sahneye koymadan önce yönetim kurulu kararı ile oyunu oynatmama kararı alması nedeniyle davanın reddine dair verilen yerel mahkemenin kararını onamıştır. 11. HD. 26.03.1998, E. 1998/363, K. 1998/2184. KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 137.

⁸⁵ ARSLANLI, a.g.e., s. 213; TEKİNALP, a.g.e., s. 311-326; EREL, a.g.e., s. 331, 332; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 649; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C. II, s. 2100.

⁸⁶ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C. II, s. 2013; TEKİNALP, a.g.e., s. 304; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 633; ALICA, C. II, s. 1936; ŞAHİN, a.g.e., s.180.

⁸⁷ AYİTER, a.g.e., s. 254; EREL, a.g.e., s. 292. ARSLANLI, a.g.e., s. 211-212; ÖZTRAK, a.g.e., s. 80; YARSUVAT, a.g.e., s.217 vd.; TEKİNALP, a.g.e., 310; AKIN, a.g.e., s. 134.

a. Mali Hak İhlalinde Açılacak Üç Katı Bedel Talepli Dava

Mali hakları tecavüze uğrayan kişi tecavüzün ref'inin yanı sıra ayrıca FSEK m. 68'e dayanarak bir bedel davası açabilir. Bu dava tazminat davası olmayıp özel hukuk kapsamında bir çeşit medenî ceza niteliğindeki parasal bir talep içerir⁸⁸. Çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak da belirtileceği şekilde⁸⁹, bu davada, tazminat davalarındaki gibi hakkı ihlal edilenin zararının tazmini düşüncesi bulunmamaktadır. Tecavüzü gerçekleştireni caydırmaya yönelik bir medeni ceza mahiyetindedir. Bu davalarda tazminat hesaplamasına benzer bir metodla malî hakkı ihlal edilenin talep ettiği bedel hesaplanır⁹⁰. Burada zarar veya kusur aranmaksızın eserin rayiç bedeli üzerinden hesaplama Kanun çoğaltılmış nüshaların satışa çıkartılıp, çıkartılmamasına göre iki ayrı fıkra halinde düzenleme yapmıştır⁹¹.

b. Çoğaltılmış nüshaların satışa çıkarılmamış olması durumu

FSEK m. 68/f. 2 eser sahibi veya mali hak sahiplerinin, eserin izinsiz çoğaltılan nüshalarının henüz satışa çıkarılmaması halinde izinsiz çoğaltılan nüsha ve kalıpların imhası, bunların maliyet fiyatını aşmamak kaydıyla mülkiyetinin eser sahibi veya

⁸⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 319; YASAMAN, (**Tazminat**), s. 811; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 649.

⁸⁹ Bkz. aşağıda Bölüm II, C, s. 58 vd.

⁹⁰ TEKİNALP, a.g.e., s. 318; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s.; BOZBEL, a.g.e., s. KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 382; AYİTER a.g.e., s. 258; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 649, 650; 1994 yılında yapılan “Demirci ve Oğulları” adlı resmin izinsiz İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından hizmete açılan Taksim-Şişhane Metro Hattı İstiklal Caddesi çıkışındaki duvarlarda kullanılması ve duvarlardaki resimde babası ile birlikte çalışan iki oğul figüründen birinin resimden çıkarılarak, resmin biçim ve temasının tahrif edildiğini, resmin ilişkili olduğu dönem ve ortamdan çok farklı olarak, İstanbul’un fethinden önce İstanbul’da yaşanan dönemlere aitmiş gibi aksettirildiğini belirterek açılan davada mahkeme... FSEK 14, 15, 16, 21, 22, 23 maddelerine aykırılık teşkil ettiği, davaya konu kullanım nedeniyle davacı ile bir sözleşme yapılmış olsaydı ödenecek bedelin bilirkişilerce hesaplandığı ve uygun görüldüğü gerekçesi ile davanın kısmen kabulü ile davalıyı yapılırlar tarafından Taksim/Şişhane metro hattına yapılan kompozisyonun “Demirci ve Oğulları” adında davacıya ait eserin değiştirilmiş bir kopyası olduğunun tespitine ve hesaplanan rayiç bedelin üç katının davalılardan alınmasına dair verilen karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD, T. 01. 04. 2015, E. 2014/18851, K. 2015/4560, uyap.gov.tr. Erişim T. 11. 06. 2015.

⁹¹ 5728 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile maddeye eser sahibi yanında icra, fonogram ve yapımlar üzerinde bağlantılı hak sahibi olanlar da katılarak FSEK m. 80 ile paralellik sağlanmıştır. EREL, a.g.e., s. 339, 340; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2007; ŞAHİN, a.g.e., s.172.

halefine geçirilmesi veya bedel talebi olmak üzere üç seçenek sunar⁹². Madde çoğaltma hakkının ihlalinde eser sahibinin lehine satışa çıkartılmış olması ve satışa çıkartılmamış olması hallerine göre iki ayrı talep hakkı düzenlenmiştir⁹³. Hak sahibi çoğaltılmış nüshaların ve bunları çoğaltmaya yarayan her türlü gereçlerin imhası veya çoğaltılmış nüshaların ve bunları çoğaltmaya yarayan gereçlerin bedel karşılığında kendisine verilmesini istemek veya tecavüz edenle bir sözleşme yapmış olsaydı isteyebileceği bedelin üç katını talep etmek hakkına sahiptir. Böylece eser sahibi çoğaltılan nüshalar satışa çıkarılmadığı için mütecavizin elinde bulunan bu nüshaları kendisi değerlendirebilecektir. Bu talebin altında yatan amacın haksız olarak çoğaltma ile yaratılan ekonomik değerın korunması olduğu doktrinde savunulmaktadır⁹⁴. Hak sahibi isterse yalnızca çoğaltılmış nüshaların kendisine verilmesini isteyerek çoğaltmada kullanılan vasıtaları devir almayabilmektedir⁹⁵. Bunun yanında intihalin varlığında bir sergide sergilenmekte olan tablonun sergilendiği yerden kaldırılması⁹⁶ örneğinde olduğu gibi diğer ref yöntemleri de uygulanabilmektedir.

⁹² TEKİNALP, a.g.e., s. 320; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 661-662; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2039, 2040; FSEK m. 68 hükmünde 1995 tarihinde yapılan değişiklik öncesinde eser sahibinin işleme, temsil ve radyo ile yayın hakları yönünden ref yöntemi ilk fıkra, çoğaltma ve yayma haklarının ihlali halindeki ref yöntemleri sonraki fıkralarda düzenlenmekte idi. Maddede bunlar tek fıkraya toplanırken seçimlik hak korunmuştur. Ayrıca ilk fıkra ve ikinci fıkra “sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılmış” ibaresi eklenmiş yine talep edilen farazî bedel “mutad bedelin en çok % 50 fazlası” iken “en çok üç kat fazlası” olarak değiştirilmiştir. Bu bedelin “kusur bulunmadığı takdirde haksız harekette bulunan kimsenin bundan sağlayacağı istifade hududunu aşamayacağına” dair hüküm değiştirilmiş, kusur şartı kalkmış, fakat ref için alınacak tedbirlerin tespitinde kusurun varlığı ve ağırlığı aranmıştır. Bedel tespitinde meslek birliklerinin görüşünün alınması hükmü maddeden çıkartılmış ve eser sahipleri yanında yayıncı dışındaki bağlantılı hak sahiplerinin de FSEK m. 68 gereği üç katı bedel talep edebilecekleri belirtilmiş ve FSEK m. 68 deki “uğradığı zararın üç katı” şeklindeki ifade çıkartılarak “bedel” ibaresi getirilmiş, 2008 tarihli değişiklik ile de “eser sahibi” yerine “hak sahipleri” ibaresi getirilmiş ve bağlantılı hakları da kapsayan “icrayı, fonogramı veya yapımları” ibareleri eklenmiştir. 5728 sayılı Kanun ile eseri ibaresinin yanına icrayı, fonogramı veya yapımları ibareleri eklenmiş bağlantılı hak sahiplerine de bu hak tanınmıştır. FSEK 80/son maddesi gereği radyo TV yayıncıları da dahil tüm bağlantılı hak sahipleri FSEK m. 68’de sayılan taleplerde bulunabilirler.A.e., C. II, s. 2005, 2006.

⁹³ ÜSTÜN, a.g.t., s. 217; TEKİNALP, a.g.e., s. 320; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, s. 1940.

⁹⁴ ARSLANLI, a.g.e., s. 216; TEKİNALP, a.g.e., s. 320; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 656.

⁹⁵ TEKİNALP, a.g.e., s. 321; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 658.

⁹⁶ YARSUVAT, a.g.e., s. 220; TEKİNALP, a.g.e., s. 322; EREL, a.g.e., s. 340, 341; KAYA, “**Bilgisayar**”, s. 456.

Ayrıca, izinsiz çoğaltma yapan kimseden maliyet fiyatını aşmamak kaydı ile satın alınan nüsha, satışa çıkarılabilmektedir. Maliyet fiyatının aşılmaması, mütecavizin izinsiz ve hukuka aykırı olarak yaptığı ihlal ile bir de kâr elde etmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Diğer yandan, korsan baskı ile gerçekleşen ihlallerde ucuz ve kalitesiz çoğaltma sonucu hatalı veya eksik eser nüshalarının istenilmesi pek fazla tercih edilmez.

Son olarak ise, FSEK. m.68/f. 1 hükmünde olduğu gibi, farazî sözleşme esasına dayanan bir ceza ödemesi kabul edilmiştir. Eser sahibinin bu seçeneği tercih ederek, hak ihlâlinde bulunan kişilerle normal şartlarda sözleşme yapmış olsa idi, telif ücreti olarak alacağı miktar olan bedelin üç katını aldıktan sonra, mütecavizin, sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş gibi olacağı, çoğaltma ve yayım haklarını kendi nam ve hesabına kullanabileceği düşünülmektedir⁹⁷.

Bu bağlamda, 4110 sayılı Kanun ile maddeye eklenen 68/f. 2 son cümlesi, eser sahibinin hakkını ihlâl eden ve söz konusu madde hükmünde getirilen para cezasını ödeyen kişilerin diğer kanunlardan –Basın Kanunu, Vergi Kanunu, Muzır Yayınlar Mevzuatı- doğan yasal sorumluluklarının devam edeceğini belirtmektedir⁹⁸. Maddenin eski metnindeki yarar sağlama şartı ise kaldırılmıştır⁹⁹.

Kanaatimizce sadece fikri mülkiyet açısından eser sahibi lehine olarak çoğaltma ve yayım haklarını yasal hale getiren bu uygulamanın mütecavizin diğer kanunlardan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmamasının maddede düzenlenmesi isabetli olmuştur.

c. Çoğaltılmış nüshaların satışa çıkarılmış olması durumu

Çoğaltılmış nüshalar satışa sunulduğu takdirde hak sahibi ancak tecavüz eden kişinin elinde bulunan çoğaltılmış nüshalar bakımından imha veya bunların uygun bir bedelle devrini isteyebilir. Hak sahibi, satılmak suretiyle elden çıkartılan nüshalar

⁹⁷ EREL, a.g.e., s. 301-302; ŞAHİN, a.g.e., s. 172.

⁹⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 322.

⁹⁹ 11. HD. 27.01.2003 T, E.2002/18541, K. 2003/791, ERDİL, a.g.e., s. 542; TEKİNALP, a.g.e., s. 320.

için böyle bir talepte bulunamaz¹⁰⁰. Mütecavizin elinden çıkan nüshalar üçüncü kişilerin mülkiyetinde olduğundan, üçüncü kişilerin aynı hakları ihlal edilemeyeceği ancak üç kat bedel ve şartları varsa men ve tazminat davası açılabilir. Ancak, haksız tecavüze iştirak eden alıcıda bulunan nüshalar hakkında, elden çıkma bir rol oynamaz; ikinci ve üçüncü fıkralar uygulanabilir¹⁰¹.

Eser sahibinin çoğaltma için izin verdiği; ancak yayma izni vermediği durumda da ihlal oluşmaktadır¹⁰².

Mali hakları ihlal edilen kişinin m. 68 hükmündeki seçimlik hakları dışında doğan zararlar bakımından ayrıca tazminat talep hakkı da devam edecektir. İzinsiz çoğaltılan nüshaların satışa çıkartılması durumuna ilişkin olarak; FSEK m. 68/f. 3 *“izinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkradaki şıklardan birini kullanabilir.”* şeklinde düzenleme getirilmiştir. Bu durumda çoğaltma hakkının ihlali ile birlikte yayma ve eserin umuma iletim hakkı da ihlal edilecektir. Bu durumda da satışa çıkartılmayan nüshalar için seçimlik üç hakkın kullanılması mümkündür¹⁰³. Kanunun eser sahibine tanıdığı bu seçimlik hak, değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindedir¹⁰⁴. Bu hak bir defa kullanıldıktan sonra bu haktan rücu edilemez, hak herhangi bir kayıt ve şarta bağlanamaz¹⁰⁵. Çoğaltılmış nüshaların satışa sunulması veya mülkiyetin devri amacıyla zilyetliğin nakledilmesi hallerinde, imhanın mümkün olamayacağı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiştir. Hak sahibi son olarak çoğaltılan nüshaların veya çoğaltmaya yarayan kalıpların maliyet fiyatını aşmayacak şekilde

¹⁰⁰ Şener DALYAN, **Bilgisayar Programlarının Fikrî hukukta Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 233; GÜNEŞ, a.g.e., s. 132, 133; SULUK, ORHAN, s. 258; EREL, a.g.e., s. 341; YARSUVAT, a.g.e., s. 220; ÖZTAN, a.g.e., s. 661; TEKİNALP, a.g.e., s. 322; ARSLANLI, a.g.e., s.218; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2045.

¹⁰¹ ARSLANLI, a.g.e., s. 218

¹⁰² KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 395.

¹⁰³ EREL, a.g.e., s. 341; KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 395, 396; GÜNEŞ, s. 132, 133; ŞAHİN, a.g.e., s.173, 179.

¹⁰⁴ Bir kısım haklar hak konusu üzerinde hakimiyet sağlar, diğer bir kısım hak bir şahıstan bir edimi talep yetkisi verir iken diğer bir kısım hak da kullanılmakla yeni bir durumun ortaya çıkması sonucunu doğurur. Yenilik doğurucu bu haklar, yeni bir hukuki ilişki kurulması, mevcut hukuki ilişkinin değiştirilmesi veya sona erdirilmesi şeklinde olabilir. Değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla hukuki ilişkide değişiklik meydana gelir. Seçimin kullanılması ile edimin konusu belli hale gelir. OĞUZMAN, BARLAS, a.g.e., s. 164-166.

¹⁰⁵ KILIÇOĞLU (**Fikrî Haklar**), s. 396.

uygun bir bedel karşılığında kendisine devrini isteyebilir. Taraflar bedel üzerinde anlaşmaları takdirde dava açılmasına gerek kalmaz. Çoğaltılan nüshalar satılmışsa muhtemel bir tecavüz tehlikesine karşı üçüncü şahsa müdahalenin men'i davası açılabilir¹⁰⁶. FSEK 68/f. 4 hükmüne göre mezkur ihlal çoğaltılmış kopyalar aracılığıyla gerçekleşmişse devralanın maddenin ikinci veya üçüncü fıkralarındaki talepler için 52 nci maddeye uygun yazılı izni gerekmektedir.

Diğer yandan, umuma arzedilen eser ancak özgün hali ile çoğaltılıp tedavüle çıkabilir. Eser seslendiriliyor, kayda alınıyor ya da temsile hazırlanıyorsa men ile birlikte eserin özgün hale getirilmesi istenir. Eğer eser dolaşıma çıkmamışsa, eser sahibi eserin değiştirilmiş şekilde çoğaltılmasının, yayım ve temsilinin radyo ile yayımının men edilmesini ve tecavüzde bulunanın tedavülde bulunan çoğaltılmış nüshalardaki değişikliklerin düzeltilmesini ve bunların eski hale getirilmesini talep edebilir.

D. TECAVÜZÜN MEN'İ (ÖNLEME) DAVASI

Bu dava malî ve manevî hakları ihlal edilen hak sahibi tarafından tecavüzün önlenmesine ve tecavüzün devamında kaldırılmasına yönelik veya tecavüz tehlikesini önlemek amaçlı açılan bir eda davasıdır¹⁰⁷. FSEK m. 69 hükmü ile tecavüzün men'i davası düzenlemiş ve FSEK m. 69/f. 2'de, m. 66/ f. 2, 3 ve 4 hükümlerine atıf yapılmıştır. Ref davalarını düzenleyen FSEK m. 66/f. 2 hükmü FSEK m. 69/f. 2 atfı gereği men davalarında da uygulanır¹⁰⁸. Tecavüzün men'i davası başlamış veya başlaması muhtemel bir tecavüz bulunduğu açılır. Bu

¹⁰⁶ AKIN, a.g.m., s. 137.

¹⁰⁷ “Meslek Birliğince korunan eserleri, izinsiz olarak yayınlarında kullananların eylemi, eser sahibinin FSEK'den doğan haklarına tecavüz oluşturur. Buna ilişkin Meslek Birliği üyelerine ait müzik eserleri ile Sacem Sözleşmesi ve yabancı meslek birlikleri ile yapılan karşılıklı anlaşmalar gereği korumaları altında bulunan yabancı müzik eserlerini izinsiz kullanan kişi aleyhine 5846 sayılı Kanun'dan kaynaklanan hakların ihlalini iddia ederek, tecavüzünün tespit ve önlenmesine ilişkin talepte bulunabilir.” 11. HD. T. 01. 05. 2003, E. 2002/11498, K. 2003/42661, KAÇAK, a.g.e., s. 309; TEKİNALP, a.g.e., s. 325; AYİTER, a.g.e., s. 260; BOZBEL, a.g.e., s. 576; EREL, a.g.e., s. 343; YARSUVAT, a.g.e., s. 221; Engin ERDİL, **İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi**, s. 159; KILIÇOĞLU, (**Fikri Haklar**), s. 398, 399; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 782; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2094.

¹⁰⁸ ARSLANLI, a.g.e., s. 210.

davada mütecavizin yahut ihlali gerçekleştiren çalışan ise bu takdirde adam çalıştırmanın veya ihlali gerçekleştiren tüzel kişilik ise tüzel kişinin organının kusuru aranmaksızın açılır¹⁰⁹. Bu davada mütecavizin kusuru veya hak sahibinin zararının gerekmediği FSEK m. 66/f. 3 atfından anlaşılmaktadır. Kusurun varlığı ve ağırlığı tecavüz tehlikesinin önlenmesi için alınacak tedbirlerin ve verilecek kararın belirlenmesi yönünden önemlidir¹¹⁰. Yargılamada tensiben verilen ihtiyati tedbir kararı ile yargılama yapılabileceği gibi değişik iş olarak verilen tedbir kararı sonrası müdahelenin men'i davası da açılabilir¹¹¹. Maddede özel olarak düzenlenen ihtiyati tedbire ilişkin hüküm, davanın açılması ile birlikte mahkemenin ihtiyati tedbir kararı vererek tecavüzün büyümesini engellemesini sağlar. Yargılama süresince devam edecek olan tecavüz, eser sahibinin zararına olacak ve telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilecektir.

İhlalde bulunan kusurlu ise kendisine bırakılan nüshaları yazarın haklarını ihlal edecek şekilde kullanmasına ilişkin ciddi endişe yaratacak olayların varlığında zararına bakılmaksızın basılmış eserin tamamen imhasına karar verilebilir¹¹². Soyut bir ihlal ihtimali tehlikenin varlığı için yeterli değildir. Tecavüz tehlikesinin varlığı delillerle ispatlanmalıdır¹¹³. Bu davalarda tehlike bulunduğu sürece zamanaşımı süresi işlemez. Bunun yanı sıra tehlike ortadan kalktığında da, bu dava açılmaz¹¹⁴.

Üç katı bedel ile ref ve men birlikte talep edildiğinde Yargıtay farazi sözleşmeden bahisle üç katı bedel ödendiğinde kullanımın yasal hale geldiğini, bu nedenle men talep edilemeyeceğini belirtmektedir¹¹⁵. Oysa burada FSEK m. 68/f. 4'de bedel

¹⁰⁹ A.e. s. 212; ARIDEMİR, a.g.e., s. 199.

¹¹⁰ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 398; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2094.

¹¹¹ DEREN, YILDIRIM, a.g.e., s. 492, 493.

¹¹² BELGESAY, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi**, s. 158; FSEK Kanun Tasarısında kanuna aykırı olarak çoğaltılmış nüsha ve materyallerin soruşturma ve koğuşturma aşamalarında imhasına imkan tanınmıştır. **19. 04. 2016 Tarihli FSEK Tasarı Çalışma Sunumu**.

¹¹³ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), , s. 665-666.

¹¹⁴ TEKİNALP, a.g.e., s. 326; ERDİL, a.g.e., s. 1278; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1205; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 667.

¹¹⁵ Davacının kitabından, izinsiz ve alıntıya dair FSEK 35/son maddesine uygun olarak, belirtme yapılmaksızın, davalıya ait eserde, diğer davalının yayınladığı "İstanbul Valileri,, isimli kitabın 33-42nci sayfaları arasındaki bölümüne alıntı yapıldığı, davacının mali ve manevi haklarının ihlal edildiği, FSEK 68 inci maddesi kapsamında hesaplanan tazminat miktarının FSEK 70 inci

talebinde bulunana tanınmış bir hak sözkonusudur. Kanaatimizce sözkonusu ref edilen ihlal hakkında farazi sözleşme doğar. Mahkemenin ref kararı ile hükmolunan bu bedel sonraki ihlalleri yasal hale getiremez¹¹⁶.

E. TECAVÜZÜN TESPİTİ DAVASI

Tespit davası genel olarak bir hukukî ilişkinin varlığı veya yokluğunun tespitine ilişkin olan bir davadır. Bu davada amaç, hukukî belirsizliği gidermektir¹¹⁷. FSEK’te tecavüzün tespitine yönelik bir fiilin tecavüz oluşturup oluşturmadığına ilişkin bir tespit davasına yer verilmemiştir¹¹⁸. Her ne kadar Kanun’da bu dava düzenlenmemişse de HMK m. 106’da düzenlenen tespit davası ile hak ihlalinin tespiti istenebilir¹¹⁹. Esere ilişkin tecavüzün tespiti talepli açılan bu davada tecavüzün bulunması yeterli olup, kusurun bulunması şart değildir¹²⁰.

F. ELDE EDİLEN KÂRIN İADESİ DAVASI

FSEK m. 70/f. 3’de düzenlenen “*elde edilen kârın iadesine*” ilişkin dava TBK m.

maddesi kapsamında yapılan hesaplama sonucu belirlenen miktardan fazla olduğundan 68inci madde uyarınca tazminat talebi nedeniyle taraflar arasında sözleşme yapılmış olduğu sonucu doğacağından, tecavüzün men'ine yönelik talebin yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne dair karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T. 15. 01. 2013, E 2012/792 K. 2013/686, www.uyap.gov.tr, Erişim T. 23. 10. 2016; 11. HD, T. 24. 11.2010, E.2010/11881, K. 2010/11996, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2815’den naklen; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 667.

¹¹⁶ Ali DEMİRBAŞ, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sahibinin Malî Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma**, XII Levha Yayıncılık, 1. Baskı İstanbul Eylül 2015, s. 120.

¹¹⁷ KURU, BUDAK, a.g.e., s. 46-69.

¹¹⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 326; KURU, BUDAK, a.g.e., s. 41-45.

¹¹⁹ Haksız rekabete ilişkin 6102 sayılı TTK m. 56/f. 1 de tespit davası yer aldığı gibi TMK m. 25’de de kişilik haklarına saldırının tespitine ilişkin Medeni Kanun’da tespite ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. 4721 sayılı TMK 25inci maddesine göre, “*Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona eren ancak etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.*”. TTK 56/1 –a gereği, “*Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse; Fiilin haksız olup olmadığının tespitini*” talep edebilir.

¹²⁰ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 137; TEKİNALP, a.g.e., s. 327.

530’da düzenlenen gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin fikri mülkiyet hukukuna özel bir yansımasıdır¹²¹.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede fiil, iş sahibinin rızası olmadan işgörenin iş sahibinin menfaat alanına yönelik el atmasına dayalı olarak gerçekleşir¹²². Hukukumuzda gerçek ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ikili ayrımını doktrinde bazı yazarlar caiz olan ve olmayan tam ve eksik vekaletsiz iş görme olarak sınıflandırır¹²³.

Elde edilen kâr, zarardan fazla olabileceği gibi hakkı ihlal edilenin yoksun kaldığı kârdan da fazla olabilir. Elde edilen kâr bir zarar oluşmasa dahi kârın eser sahibine ait olacağı düşüncesi ile mütecavizin yanına “kâr” kalmamasını sağlamak için eser sahibine verilir¹²⁴.

¹²¹ FSEK m. 70/f. 3’ de düzenlenen elde edilen karın talep edildiği davalar da bir nevi diğer fikri mülkiyete ilişkin kararnamelerde düzenlenen yoksun kalınan kazancın talep edildiği düzenlemeler benzeri olup vekaletsiz iş görmeye dayalı bir talep mahiyetindedir. TEKİNALP, a.g.e., s. 334;YASAMAN, (**Tazminat**), C. I, s. 816;GÖNEN, a.g.e., s. 50, ARKAN AKBIYIK, a.g.e., s. 62;KILIÇOĞLU, (**Fikri Haklar**), s. 402. V. TUHR, (**Borçlar Hukuku**), s. 78-79; TANDOĞAN, (**Mes’uliyet Hukuku**), s. 64-65; OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 40;EREL, a.g.e., s. 307.

¹²² SCHMID, Jörg Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag Art, 419-424 OR, Zürich 1993. Art. 423, N. 5, s. 113, (GÜMÜŞ, s. 234, 235’den naklen).

¹²³ TANDOĞAN, C. II, s. 677; YAVUZ, a.g.e., s. 799;ZEVKLİLER, a.g.e., s. 351;BİLGE, a.g.e., s. 330, 331;İsviçre Hukukunda vekaletsiz iş görme dörde ayrılmaktadır. Birincisi, caiz gerçek vekaletsiz iş görme olup iş gören isteyerek sözleşme ile veya kanundan doğan yükümlülüğü olmaksızın objektif olarak iş sahibine ait zorunlu bir işi onun menfaatine görür. WEBER, Vor. Art. 419-424, N. 8, s. 2327; SCHMID, Vorbem, zu Art. 419-424, N.18, s.11, İkincisi caiz olmayan gerçek vekaletsiz iş görmedir. İş gören isteyerek iş sahibinin menfaatine ve fakat vekaleti olmaksızın iş sahibine bir iş görmektedir. Burada caiz olmayan gerçek ve vekaletsiz iş görmede gibi sözleşme benzeri ilişki yoktur. Üçüncüsü iyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görmedir. İş gören iyiniyetli olarak hukuka aykırılık bilinci bulunmadan kendi menfaatine kendisi için gördüğü işin gerçekte başkasına ait olduğunu bilmiyor ve bilmesi de gerekmez. WEBER, Vor. Art. 419-424, N. 10, s. 2327, 2328. FSEK m. 70/f. 3’de düzenlenen kötü niyetli gerçek olmayan iş görmede ise işgören kendisi için iş görmekte ve hukuka aykırılık bilinciyle başkasının menfaat alanına el atarak iş görmekte ya da vekaleti olmaksızın başkasının menfaat alanına el atarak iş görürken mazur görülemez şekilde kendine ait bir işi gördüğü düşüncesindedir. Huguenin, N. 893-894, (GÜMÜŞ, s.235’den naklen).

¹²⁴ TEKİNALP, a.g.e., s. 334; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 677, 678.

Manevî tazminat talebinin elde edilen kâr ile birlikte ileri sürülebilmesine karşın maddî tazminatta, zarar sadece yoksun kalınan kârdan ibaret ise bu durumda sadece elde edilen kârın iadesi istenebilir¹²⁵.

Elde edilen kâr tabirinin hükmün amacı doğrultusunda yorumlanması halinde davalının bu nedenle kâr elde etmemiş olsa dahi hal ve vaziyete göre beklenebilen muhtemel kârı olduğu savunulur¹²⁶. Kazanç iadesi talebi ile elde edilen kârın kesin olarak tespit edilemeyişi, bunun ispatının hak sahibine düşmesi, elde edilen kârın resmi kayıtlara geçirilmemesi hak sahibi açısından ispat zorluğu yaratır. Bu kişilerin ticari kayıtlarının sağlıklı bir şekilde devlet denetimine tabi olması halinde, hüküm fiilen uygulanabilir. Bunun tespit edilememesi halinde fiilî ya da görünen kâr değil, TTK m. 56/f. 1, (e) bendinin son cümlesi hükmü örnekseme uygulanarak davalının elde etmesi muhtemel kârın istenebilmesi de bir çözüm olabilir. TTK m. 56/1- e) *“Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.”* hükmünü düzenler. Bu nedenle, kanaatimizce ihlal durumunda kişi kâr elde etmese dahi muhtemel elde edeceği kâr istenebilmelidir. Kanun Tasarısında buna ilişkin düzenleme yapılmamış olması bir eksiklik olmuştur.

Vekaletsiz iş görmenin özel olarak düzenlendiği kanun maddeleri olarak kişilik hakkına tecavüz durumunda MK m. 25/f. 3'deki failin elde ettiği kazancın vekaletsiz işgörme hükümlerine göre mağdura verilmesi, TMK m. 995/f. 1 hükmündeki kötü niyetli haksız zilyedin elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği kazançları iade talep edene tazmini örnek olarak gösterilmektedir¹²⁷. FSEK m. 70/f. 3 hükmü de yine Kanun'daki özel bir düzenlemedir¹²⁸.

¹²⁵ EREL, a.g.e., s.307, TEKİNALP, a.g.e., s. 334.

¹²⁶ BOZBEL, a.g.e., s. 582; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 677;YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2142.

¹²⁷ OGUZMAN, ÖZ, a.g.e., s. 573.

¹²⁸ A.e., s. 573; DEMİR, a.g.t., s. 103; ARKAN (**Vekaletsiz İş Görme**), s. 76 vd.; KILIÇOĞLU, (**Kazancın İadesi**), s. 193 vd.; OGUZ, ÖZDEN, a.g.m., s. 961; Kazanç devri talebi TBK. m. 526 vd. dışında TBK m. 553, 626, kişilik haklarının korunması, TMK m. 25/3, haksız zilyedin iade borcu TMK m. 906-908, haksız rekabet TTK m. 56/ d, rekabet yapma yasaklarının ihlali; TTK m. 230, 311 ve 6769 sayılı SMK m. 124/f. 6 ve 151 uyarınca istenilebilmektedir. 6769 sayılı SMK'nın yürürlüğe girmesi öncesinde de 556 sayılı KHK m. 66, patent üzerindeki hakka

Bu kapsamda; bir romanın yazarı henüz piyasaya sürmediği romanı, izni olmadan çoğaltılarak satılması halinde eser sahibi maddî, manevî tazminat talebi dışında romanının satışından elde edilmiş olan kârın da kendisine verilmesini FSEK m. 70/f. 3 hükmü gereğince talep edebilecektir.

G. HAKSIZ REKABET DAVASI

Fikrî mülkiyet uyumsuzluklarında FSEK’de düzenlenen eser niteliğindeki fikri ürünler hakkında mali ve manevi hak ihlallerinin gerçekleşmesi halinde açılan davaların yanı sıra eser niteliğinde olmayan fikri ürünler açısından Kanun’da özel olarak düzenlenen haksız rekabet unsurlu davalar da bulunmaktadır. Eser niteliğinde olmayan fikri ürünler hakkında FSEK m. 83-84’e dayalı açılan davalarda, TTK 54-63 maddelerindeki haksız rekabete ilişkin hükümler uygulanır¹²⁹.

FSEK m. 83-87 arasında düzenlenen ad ve alametler; işaret resim ve sesler; mektuplar; resim ve portreler eser niteliği taşımadıkları takdirde genel hükümlere göre korunurlar¹³⁰.

FSEK’de eser dışı koruma konularından birisi olan FSEK m. 83 hükmünde eserin ad alametleri ile çoğaltılmış nüshalarının şekillerinin ve FSEK m. 84 hükmünde işaret, resim ve seslerin haksız rekabet hükümlerine göre korunacağı düzenlenmektedir¹³¹. Eserin ad, alamet veya çoğaltılmış nüshalarının şekillerinin

tecavüz; 551 sayılı KHK m. 140/b, endüstriyel tasarıma tecavüz; Kazanç devri talebi 554 sayılı KHK m. 52’de düzenlenmekte idi.

¹²⁹ “...Somut uyumsuzlukta uygulanması gereken TTK. ’nun m. 56 vd. ile 60’da yer alan haksız rekabet hükümleri olup, davanın Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesinde görülmesini gerektirecek 556 sayılı KHK veya 5846 sayılı FSEK’ na dayalı bir talep de bulunmamaktadır.” 11.HD. T. 14.03.2011, E. 2009/9851, K. 2011/2633, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11.02.2012.

¹³⁰ ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 652-655; BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 860; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2045-2047; Kanun’da düzenlenen haksız rekabete ilişkin bu hükümlerin Kanun’a konuluş amacı eser ve bağlantılı haklarla yakın ilişkileri olması nedeniyle genel haksız rekabete ilişkin hükümlerden ayrıca burada düzenlenme ihtiyacı görülmüştür.

¹³¹ Fotoğrafların eser olduğundan bahisle izinsiz ve kaynak gösterilmeksizin gazetede yayınlanması nedeniyle FSEK m. 68 uyarınca açılan davada söz konusu fotoğrafların hususiyet taşımadığı bu nedenle eser olmadığı, FSEK m. 84 gereği haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanarak 4 ihlale ilişkin hesaplanan bedele ilişkin kurulan hüküm Yargıtay’ca onanmıştır.

başka bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarda iltibas oluşturacak şekilde kullanılması halinde haksız rekabet hükümleri gereği koruma sağlanır¹³².

Davacı FSEK hükümleri ve haksız rekabet hükümlerinin her ikisine de dayanarak dava açabilir. Davada FSEK hükümlerinin yanı sıra haksız rekabet tespit edilirse hakların yarışması kuralı gereğince davacının lehine olan hukuk normu geçerli sayılmalıdır. Nitekim, YHGK'nın da görüşü bu doğrultudadır¹³³. Yargıtay 11. HD'nin kararlarında da fikrî haklara ilişkin uyuşmazlıklarda FSEK hükümlerine dayanma imkanı varsa öncelikle bu hükümlere, yoksa; şartları varsa haksız rekabet hükümlerine başvurulacağı yönünde görüş belirtmektedir¹³⁴. Ancak Yargıtay son kararlarında da fikri hak ihlalleri yanında haksız rekabetin de değerlendirilmesi

11.HD. T. 25.03.2015, E. 2014/18652, K. 1015/4147.(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 23.05. 2016.

¹³² Engin ERDİL, **6102 sayılı TTK, 6098 sayılı BK, 6100 sayılı HMK, 551-554- 556 sayılı KHK hükümleri çerçevesinde hazırlanmış Haksız Rekabet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 504; İlhan ULUSAN, Cüneyt BELLİCAN, “**Katalog ve Broşür gibi Tanıtıcı ve Bilgi Verici Çalışmaların Farklı Hukuki Koruma Türleri Bakımından Değerlendirilmesi**” Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2016/XII, (s. 107-168), s. 126.

¹³³ HGK. T. 02.11.1983, E. 1980/11-2802, K. 1983/1047, Kararda “..*hakim davacının bildirdiği hukukî nedenle bağlı olmayıp, davacının bildirmiş olduğu dava sebebine yani vakiya uygulanacak yasa hükmünü re'sen kendisi araştırıp bulmak ve uygulamakla yükümlüdür.*” denilerek hakimin re'sen uygulanacak yasa hükmünü araştırıp davacı için daha elverişli olan hükmü uygulayacağı belirtilir. (Çevrimiçi) www.kazanci.com Erişim T. 02.09.2012.

¹³⁴ “*somut uyuşmazlıkta davalılarca belirli bir süre neşredilen "Dünden Bugüne Tercüman" gazetesinde kullanılan "Tercüman" adı nedeniyle 5846 Sayılı FSEK 83. ve 8. maddeleri uyarınca davacının telif haklarının da ihlal edildiğine dair mahkeme gerekçesi yerinde değilse de, davacının tescilli marka hakkına tecavüz ve TTK 57/5.maddesine göre mevkute adının iltibasa meydan verecek şekilde kullanılması suretiyle haksız rekabete neden olunduğunun belirlenmesi nedeniyle, söz konusu yanılmanın sonuca bir etkisinin bulunmamasına göre..*” 11. HD. T. 05.11.2010, E. 2009/465 K. 2010/11327. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 01.11.2013; “..*Fotoğrafın hususiyet taşıyıp taşımadığı, bedii vasfının bulunup bulunmadığı dolayısıyla FSEK m.. 4 kapsamında güzel sanat eseri vasfına haiz olup olmadığı araştırılmalı, estetik, bilimsel ve teknik değeri bulunmayan fotoğraflar için FSEK m. 84 hükmünce inceleme yapılmak suretiyle BK 48 ve TTK 56 vd. hükümlerine göre haksız rekabet için öngörülen müeyyidelerle men etme imkanı bulunduğundan tecavüzü gerçekleştirilene karşı TTK m. 58'de öngörülen tespit, men, haksız rekabetin sonucu olan maddî durumun ortadan kaldırılması, beyanların düzeltilmesi, maddî ve manevî tazminat davaları açılabilir.*” 11. HD. T. 18. 11. 2013, E. 2013/5704, K. 2014/20783, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 25. 08. 2014.

gerektiğini belirtmektedir¹³⁵. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu görüşü yerinde olup fikri hak ihlalinin bulunması haksız rekabetin değerlendirilmesine engel değildir. Fiil bir hak ihlalinin yanı sıra haksız rekabet oluşturabilecektir.

Bu bağlamda, Yargıtay eser adlarının korunmasında ayırt ediciliği öne çıkartmakta; eserde aranan hususiyeti değil haksız rekabet koruması açısından aranan ayırt edicilik kavramı ve iltibas kavramı üzerinden değerlendirme yapmaktadır¹³⁶.

TTK hükümlerine dayanan haksız rekabet durumunda dürüstlük kurallarına aykırı hareketin müeyyidelendirilmesine karşın, TBK hükümlerinde haksız rekabet durumundaki kişinin ekonomik alandaki faaliyet özgürlüğünü güvence altına almak ve kişiliğin korunması düşüncesi yatmaktadır. Doktrinde TTK haksız rekabet hükümleri ile TBK'daki haksız rekabet hükümlerinin ayrı ayrı gereksiz düzenlendiği Borçlar Kanunu'ndaki haksız rekabet hükümlerinin kaldırılmasının isabetli olacağı belirtilir¹³⁷. 6102 sayılı TTK'da ve 6098 sayılı TBK'da da yine ikili düzenleme yapılmıştır¹³⁸.

¹³⁵ “..Davacı davada haksız rekabet hükümlerine de dayanmıştır. Mahkemece de kabul edildiği gibi herhangi bir fikrî ya da sınai hakkın ihlali çoğu zaman haksız rekabeti de bünyesinde barındırır. Davacıya ait işleme eser olduğu kabul edilen ve davalı tarafından ürettirilen promosyon sinyal bebeklerin davalı tarafından marka ve tasarım olarak tescilinin ardından davacının rızası bulunmaksızın bir başka firmaya ürettirilmesi sebebiyle davacının marka ve tasarım tescillerinin hükümsüzlüğüyle birlikte haksız rekabetin tespitini, tecavüzün durdurulmasını ve önlenmesini isteyebileceği kabul edilmelidir. Bu sebeple; eser olarak korunmakta olan bir ürünün, aynı zamanda Ticaret Kanununun haksız rekabet hükümlerine göre de korunamayacağı gerekçesiyle davacının haksız rekabete dayalı taleplerinin reddine karar verilmesi doğru görülmüştür.” 11 HD, T. 11.02.2016, E. 2015/3115, K. 2016/1333, www.kazanci.com.tr, Erişim T. 12.04.2017.

¹³⁶ 11. HD. T. 07. 12. 2009, E. 2008/7986, K. 2009/12546, (ULUSAN, BELLİCAN, a.g.m.. s. 130'dan naklen); “...mahkemece fonetik konusunda uzman bir öğretim üyesinin de bulunduğu bilirkişi heyetinden taraflar arasındaki sözleşmeye konu olan kitaplarla dava dışı Alfa Basım Yayımlar Dağıtım Ltd. Şti. tarafından basılan kitapların aynı ya da farklı eserler niteliğinde olup olmadığı hususunda görüş alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmüştür.” 11.HD, T. 27.06.2013, E. 2011/10724, K. 2013/13646, www.uyap.gov.tr, Erişim T. 23. 08. 2015.

¹³⁷ Mülga TTK, 1943 tarihli kaynak İsviçre Kanunu'nda da tek olarak düzenlenen haksız rekabete ilişkin hükümler nedeniyle Mülga BK m. 48'in yürürlükten kaldırılması düşünülmüşse de Adalet Komisyonu TBK 48'e ek fıkra ekleyerek ticari işlere ilişkin haksız rekabet hakkında TTK hükümlerinin saklı olduğunu belirtmiştir. BK m. 48'in kaldırılması yerine, bu ayırım için Tatbikat Kanunu 41/2 ile BK m. 48'e ; “Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.” hükmünü eklemiştir. TBK m. 57'de de aynı düzenleme tekrar edilmiştir. Bu husus da doktrinde eleştirilmiştir. Borçlar Kanun'undaki hükmün gereksiz olduğu yönünde bkz. POROY, YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s. 281, İstanbul 2010;

TTK m. 54 ile dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması amaçlanmış ve aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile TTK m. 55’de sayılan durumların haksız ve hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir. Maddede sayılanlar başlıca haksız rekabet halleri olup örnek olarak sayılmıştır¹³⁹. TTK m. 56/f. 1’de haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticarî faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimsenin başvuracağı yolları sayılmış ve “*filin haksız olup olmadığının tespitini*” isteyebileceği düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu m. 57’de ise; haksız rekabet sonucu müşterileri azalan ya da bunları kaybetme korkusuna maruz kalan kişilerin dava açabileceği hususu düzenlenmiştir¹⁴⁰.

Genel kural olarak haksız rekabete uğrayan kimse tacir ise TTK m. 54-63 hükümlerine göre, tacir değilse TBK m. 57 hükmüne göre dava açabileceği belirtilir¹⁴¹. Özel Kanun niteliğindeki FSEK m. 83/f. son ve m. 84/f. 2’de ise tecavüz eden tacir olmasa bile tacir olarak kabul edildiği ve TTK m. 4 paralelinde de uyuşmazlığın ticarî sayıldığı anlaşılmaktadır¹⁴².

Doktrinde, çoğunluk tarafından TBK’da ticari nitelik taşımayan haksız rekabet halleri düzenlenmişken TTK’da ticari olsun olmasın tüm haksız rekabet hallerinin düzenlendiği, bu düzenlemenin ise kanun yapma tekniğine uygun olmadığı, TTK’nın haksız rekabeti düzenleyen hükümlerinin ticari hayatın diğer alanlarında da uygulanabileceği, TTK’nın kaynağının ticari olsun olmasın bütün haksız rekabet hallerini düzenleyen genel nitelikteki İsviçre Haksız Rekabet Kanunu olduğu, ticari

Sabih ARKAN, **Ticari İşletme Hukuku**, 19. Baskı, Ankara 2014, s. 295; ARSLANLI, **Kara Ticareti Hukuku**, s. 221, 222; Yaşar KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku I, Giriş-Ticari İşletme**, 3. Bası, s. 451, 452; Celal GÖLE, **Aldatıcı Reklâmlara Karşı Tüketicinin Korunması**, Ankara 1981, s. 157 vd.; ERDİL, (**Rekabet**), s. 481; Karşı Görüş için bkz. Halil Fahri ÖRS, **Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet (Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi)**, Ankara 1958, s. 24; TANDOĞAN, (**Mes’uliyet**), s. 308 vd.

¹³⁸ AYİTER, a.g.e., s. 264.

¹³⁹ A.e., s. 137.

¹⁴⁰ Sabih ARKAN, **Ticari İşletme Hukuku**, 19. Baskı Ankara 2014, s. 313.

¹⁴¹ AYİTER, a.g.e., s. 264; TBK m. 57 hükmü, “*Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. Ticarî işlere ait haksız rekabet hakkında TTK hükümleri saklıdır.*” hükmü ile ticarî olmayan işlerde bu maddenin uygulanacağını düzenlemektedir.

¹⁴² TEKİNALP, a.g.e., s. 113; ERDİL, (**Rekabet**), s. 490.

işlere ilişkin haksız rekabet ile adi işlere ilişkin haksız rekabeti birbirinden ayırmanın güç olduğunu, 818 sayılı Kanun ile 6762 sayılı Kanunda haksız rekabete ilişkin kabul edilen prensiplerin birbiriyle aynı olmadığı, haksız rekabetin ayrı bir kanun ile düzenlenmesi gerektiği konusunda eleştiriler olmuştur¹⁴³. FSEK 83 ve 84üncü maddesindeki durumlarda kişinin tacir olmasa dahi haksız rekabet hükümlerinin uygulanacağına dair düzenlemenin bir kısım yazar tarafından TBK'nın haksız rekabet hükümlerinin uygulanması gerektiği¹⁴⁴, belirtilirken çoğunluk TTK'nın haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasından yanadır¹⁴⁵. NOMER haksız rekabet hükümlerinin amacının sadece rakiplerin şahsiyet haklarını korumak değil, onların yanı sıra müşterilerin, diğer tüm piyasa katılımcılarının ve toplumun da menfaatlerini korumak olduğu, bu nedenle Borçlar Kanunu hükümlerinin yetersiz kalacağı, TTK düzenlemesinin ticari olsun olmasın, tüm haksız rekabet halleri açısından uygulama kabiliyeti bulunduğunu savunur¹⁴⁶.

Kanaatimizce, TTK'da ayrıntılı olarak düzenlenen haksız rekabet hükümlerinin tüm haksız rekabet oluşturan hallerde ekonomik hayatın diğer alanlarında da uygulanabileceği, ancak Almanya, İsviçre Avusturya gibi ülkelerde olduğu şekilde özel bir Haksız rekabet Kanununun düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

Herkes tarafından kullanılan ve ayırt edici vasfı bulunmayan kitap ad, alamet ve dış şekiller haksız rekabet ilkelerine göre de korunmaz. Bu nedenle eserin türünü belirleyen adlarla, tarihi şahsiyetlere ait adlar korunmaz¹⁴⁷. Bir işareti, resmi, sesi, bunları nakle yarayan bir alet üzerine tespit eden veya ticarî maksatla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, FSEK m. 84/1 ve 3 gereğince aynı işaretin, resmin veya sesin üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını

¹⁴³ ARSLANLI, a.g.e., s. 240; DOMANIÇ, a.g.e., s. 240, 243; Füsün NOMER ERTAN, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet Hukuku**, Onikilevha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul Haziran 2016, s. 25.

¹⁴⁴ ARKAN, **Ticari İşletme Hukuku**, s. 319, dpn. 2, (NOMER, a.g.e., s. 29'dan naklen)

¹⁴⁵ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 755 vd.; TEKİNALP, a.g.e., s. 287 vd.; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 195; NOMER, a.g.e., s. 29.

¹⁴⁶ NOMER, a.g.e., s. 31; Aynı görüşte, Abuzer KENDİGELEN, "**Yeni Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**", 2. Bası, İstanbul 2012, s. 80-81, POROY, YASAMAN, s. 327.

¹⁴⁷ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. I, s. 53, 54; ERDİL, (**Rekabet**), s. 501.

veya yayınlanmasını men edebilir¹⁴⁸. Eser mahiyetinde olmayan fotoğraf, resim ve sinema ürünleri hakkında da bu madde hükmü uygulanır. Maddede nakil ibaresi, gramofon plakları, fotoğraf negatifleri, teksire yarayan klişeler, vs. gibi bir sesi, bir melodiyi tekrarlamaya, bir resmi çoğaltmaya yarayan araçların ve bu araçları imal eden bir kimsenin emeğinden başkalarının faydalanması engellenmektedir¹⁴⁹.

Bu bağlamda, FSEK m. 4 uyarınca güzel sanat eserlerinin estetik değere sahip olmaları gerekir¹⁵⁰. Estetik nitelikte olan bir fotoğraf güzel sanat eseri olarak korunur. İzinsiz olarak bir fotoğrafın yayımlanması ise tazminatı gerektirir¹⁵¹. Fotoğraf eseri daha önce başka bir dergide yayımlanarak alenileşse de izinsiz kullanımı hak ihlali oluşturur. Bilirkişi incelemesi sonucu estetik niteliği olmayan teknik ve ilmi mahiyetteki fotoğraflar ilim ve edebiyat eseri olarak korunurken eser niteliğinde olmayan fotoğraflar FSEK m. 84/son fıkrası gereği haksız rekabet hükümlerince korunmaktadır¹⁵². TTK m. 56'da düzenlenen davalarda ve TBK m. 57'de gösterilen durumlarda şartlar mevcutsa davacı manevî tazminat verilmesini isteyebilir¹⁵³. Her somut olayın özelliğine göre, ihlal konusu ürünün eser olup

¹⁴⁸ Davalının davacıya ait kitaplardaki kapak düzeni ve renklerini kullanmasının iltibasa meydan verecek nitelikte olduğu, FSEK m. 83'deki yollama nedeniyle TTK 56-62 hükümlerine göre haksız rekabet oluşturduğuna dair verilen yerel mahkemenin kararı eksik inceleme nedeniyle bozulmuştur. 11. HD, T. 28.11.1996, E. 1996/5500, K. 1996/8322, (SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 501, 502'den naklen).

¹⁴⁹ AYITER, (**Fikir ve Sanat**), s. 81.

¹⁵⁰ BOZBEL, a.g.e., s. 55.

¹⁵¹ 11 HD. 20.02.2003, E. 2002/8675, K. 2002/1323. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 02.09.2012.

¹⁵² SULUK, a.g.e., 207; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C. I, s. 136, 137; DÖNMEZ, a.g.e., 359; Resmin üretilen bisküvi ambalajlarında izinsiz olarak kullanılması nedeniyle maddî ve manevî, tazminat talepli açılan davada, davacıya ait çok fotojenik ve farklı fotoğrafın, ürün tanıtımında sıradan bir fotoğraftan daha yüksek bir değer ifade ettiği, fotoğrafın davalı yanca 3 yıl gibi uzun bir süre ve ticaret hacmi yüksek bir ürünün tanıtımında yaygın ve sürekli biçimde kullanıldığı, davalının sağladığı kâr dikkate alındığında bilirkişi raporları ile de davacı alacağının miktarının kesin olarak belirlenememesi karşısında BK'nun 42-43. maddelerinin gözetilerek yıllık kullanım bedelinin tespit edilmesi gerektiğine ilişkin, yerel mahkeme kararı Yargıtay'ca yerinde bulunarak onanmıştır. 11. HD. T. 05.04.2007, E. 2005/14024, K. 2007/5385; Yargıtay, FSEK m. 4/ f. 5'e göre, fotoğrafın güzel sanat eseri sayılabilmesi için bedii vasfı olması gerektiğini, hak iddia edilmesi halinde bunun tespiti gerektiğini belirtmektedir. 11 HD. 25.03.2015, E.2014/18652, K. 2015/4147; “..FSEK m. 86 hükmü, eser niteliğinde olmasalar dahi, resim ve portrelerin, tasvir edilen kişilerin izni olmaksızın umuma arz edilemeyeceğini öngörmektedir. Dolayısıyla, bu yasağa aykırı nitelikteki eylemler, kişilik haklarına saldırı oluşturur ve Borçlar Kanunu m. 49 çerçevesinde manevî tazminat yükümlülüğü doğurur.” HGK, T. 17. 10. 2001, E. 2001/4-926, K.2001/742. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 02.05.2014.

¹⁵³ TBK m. 57 hükmü, “Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya

olmadığı, FSEK hükümlerinin mi yoksa TTK gereğince haksız rekabete ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı değerlendirilmelidir¹⁵⁴.

H. KİŞİLİK HAKLARINA DAYALI DAVA VE TALEPLER

Kişilik hakkı bir şahsın kişiliğini oluşturan maddî ve manevî değerleri kapsar. Kişinin beden bütünlüğü, şeref, haysiyeti, onuru, saygınlığı, sağlığı, özel yaşamının gizliliği, resmi, adı, eseri, sözü, ekonomik hareket serbestliği ve özgür olma hakkı bu değerlerdendir. Bir şahsın kişiliğine bağlı, fiziki, manevî ve fikri varlığı üzerinde kişi olma sıfatıyla sahip bulunduğu kişisel değerler üzerindeki mutlak hakka kişilik hakkı denir. Bu nedenle, TMK m. 48 hükmündeki gerçek kişilere ait olan cins, yaş, hısımlık gibi haklar, tüzel kişilere özgü hakların dışında kalmaktadır¹⁵⁵. Kişilik hakkı tam ve sağ doğmakla kazanılan doğal bir hak olup kişinin ölümü ile sona ermektedir¹⁵⁶.

da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.” şeklinde, ticari işler dışındaki haksız rekabete ilişkin düzenleme yapmıştır.

¹⁵⁴ “...fotoğraf eser niteliğinde olmasa dahi FSEK 84 üncü maddesi hükmüne göre dava konusu fotoğrafları, görüntüleri internet sitesinde yayımlayan davacı tarafın, bu fotoğraf ve görüntülerinin internet sitesinden alınarak başka mecralarda çoğaltılıp yayınlanmasını men yetkisinin bulunduğu ve izinsiz yayın halinde, eser niteliğinde olmasalar dahi fotoğraf ve benzeri resim, sinema mahsulleri hakkında da haksız rekabete dair hükümlerin uygulanacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne..” dair verilen karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T. 04.12.2013, E. 2013/9021, K. 2013/22066, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 15.01.2014;Yargıtay’ın diğer bir kararında da, aralarında hasta doktor ilişkisi çerçevesinde oluşan güvene dayalı olarak ameliyat öncesi ve sonrası oluşturulan ve birçoğunun yüzünü de gösterir fotoğrafların, davacıdan izin alınmaksızın kullanıldığı, yapılan ameliyat işleminin eser niteliği ile ilgili uyumsuzlukta çözümlenen bir durum mevcut olmayıp, fotoğraflarla ilgili FSEK kapsamında ve eser niteliğinde olduğu yönündeki iddianın fotoğrafların davacının hususiyetini taşıması nedeniyle davalının fiilinin FSEK 84 üncü kapsamında haksız rekabet olarak değerlendirilmiştir. 11. HD, T. 09. 12. 2015, E. 2015/5491, K. 2015/13272, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, Erişim T. 22. 09. 2016.

¹⁵⁵ EREN, (Genel Hükümler), s. 802 vd.; 4721 Sayılı TMK'nun tüzel kişilerde "hak ehliyeti" başlıklı 48inci maddesi; "Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler." şeklindedir.

¹⁵⁶ TOSUN, (Manevi Haklar), s. 340.

Ortak bir amacın sürekli olarak gerçekleşmesini sağlayacak örgütlenmeye sahip kişi veya mal topluluklarına, birleşen kişilerden veya malı tahsis eden kişiden, bağımsız bir kişilik tanınmıştır¹⁵⁷. Gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de şeref ve haysiyeti gibi kişisel değerleri ve bunlardan oluşan kişilik hakları vardır. Şeref, haysiyet ve özel yaşam hakları TMK m. 24 hükmünde düzenlenen şahsiyet hakları arasında yer almaktadır¹⁵⁸. Yargıtay ve doktrindeki baskın görüşe göre, tüzel kişiler de kişisel haklarına saldırı halinde manevî tazminat isteyebilirler¹⁵⁹. Ekonomik itibar tüzel kişinin şeref ve haysiyetinin bir görünüşüdür. Hukuk düzeni tüzel kişileri hukuk süjesi olarak tanıyarak ve onlara ad, şeref itibar gibi kişisel varlıklar bahsettiğinden somut olayda şartları bulunduğu takdirde kişilik hakkının ihlaline dayalı olarak manevî tazminata hükmolunabilir¹⁶⁰.

Eser sahibinin manevî hakları; eser ile sahibi arasındaki bağ nedeniyle eser sahibinin kişiliğine bağlı olarak oluşan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak ve inhisari haklardandır¹⁶¹. Söz konusu bu hak ve yetkilerden medenî hukukta tanımlanan ve TMK m. 24 ve TBK m. 58 ile korunan kişilik haklarından farklı

¹⁵⁷ DURAL, ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku, C. II**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 209-2011; Ergun ÖZSUNAY, **Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, 5. baskı, İstanbul 1982, s. 3; OĞUZMAN, SELİÇİ, **Kişiler Hukuku 5. Baskı İstanbul**, s. 111.

¹⁵⁸ H.G.K. T. 15.12.2004, E. 2004/4-709, K. 2004/720; HGK., T. 31.5.2000, E. 2000/4-900, K. 2000/935. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 30.10. 2013.

¹⁵⁹ OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY-ÖZDEMİR, **(Kişiler)** s. 261; Tufan ÖĞÜZ, **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, İstanbul 2007, s. 199; Rona SEROZAN, **Tüzel Kişiler Özellikle Dernekler ve Vakıflar**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 33; Kemal Tahir GÜRSOY, "Manevî Zarar ve Tazmini", AÜHFD., C. 30, S. 1- 4, s. 12. dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/313/3028.pdf. Kişilik haklarına saldırının kapsam ve koşulları TMK'nun 24, 24/a maddesinde belirtilmiş, BK'nun 49. maddesinde de saldırı halindeki yaptırımın kapsam ve niteliği düzenleme altına alınmıştır. BK' nun 49. maddesinde belirtilen manevî zarar, kişinin kişisel çıkarlarında uğradığı bir eksilmedir. Bir tüzel kişinin kişisel haklarından olan (adı, şerefi, onuru ve itibarı gibi) varlıklarına yapılan saldırının; bu manevî değerlerinde bir eksilmeye neden olacağı bir gerçektir. Gerçi, duyguları olmayan tüzel kişilerin elem ve ızdırap duymaları düşünülemez. Ancak bu onların kişilik değerlerinin saldırıya uğramadığı sonucunu doğurmaz. Hukuk düzeni tüzel kişileri hukuk süjesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref, onur ve itibar gibi kişisel varlıklar bahsedilmiş olduğuna göre göre, tüzel kişinin üzüntü duymayacağı gerekçesiyle davanın reddi doğru değildir. 4. HD. T. 24. 09. 2001, E. 2001/4164, K. 2001/ 8421, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 15. 06. 2014.

¹⁶⁰ HGK, T. 22. 01. 2016, E. 2014/4-213, K. 2016/70, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 06. 11. 2016.

¹⁶¹ TEKİNALP, a.g.e., s. 161; AKSU, a.g.e., s. 16; OĞUZ, ÖZDEN, a.g.m., s. 95; Ramazan DURGUT, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 1076.

olarak; fikrî mülkiyet hukuku alanında eser sahibinin manevî hakları eserin alenileşmesi ile korunur¹⁶². Manevi haklar bir eserin varlığına bağlı olmaları ve eser ile sahibi arasındaki bir bağdan dolayı oluşmaları nedenleriyle kişilik haklarından ayrılırlar. Bir manevi hakkın ihlali bazen kişilik hakkı ihlali de oluşturabilir. Ancak fiilin manevi hak ihlal ettiği durumlarda bir kişilik hakkının ihlalinin bulunması zorunlu değildir.

Kişilik hakkının zedelenmesi nedeniyle tazminat talep edildiğinde, manevî zarar unsurunun da gerçekleşmesi aranmaktadır. Fikri hak ihlallerinde FSEK 30 vd.'daki sınırlamalar sonucu hukuka uygunluk sebebi doğmuş ve hukuka aykırılığın ortadan kalktığı bazı durumlarda eylem kişilik hakkı açısından hukuka aykırılık oluşturabilir¹⁶³.

Kişilik hakları ile FSEK'de düzenlenen manevî haklar birbirinden farklı olduğundan, istenecek tazminatın şartları aynı değildir. Manevî hakkın ihlali ile kişilik hakkının ihlali için açılan manevî tazminat davasında her bir ihlal için ayrı ayrı tazminata hükmedilmesi gerekir¹⁶⁴. Fakat, kişilik haklarına ilişkin ihlallerden kaynaklanan tazminat davalarına tez konumuzun dışında olması nedeniyle girilmemiştir.

Kişinin kendine ait olmayan bir esere adının konulması halinde açacağı bir menfi tespit davası ile birlikte de manevî tazminat talep edebilir¹⁶⁵. Kanaatimizce kişi

¹⁶² TEKİNALP, a.g.e., s. 312; AYİTER, a.g.e., s. 260; Doktrinde, umuma arz; eserin ülkenin bütününde veya bir yöresinde, üçüncü kişiler çevresinde, aleniyete kavuşturulması, “Eserin onu vücuda getirenin mahremiyetinden çıkarak üçüncü kişilerin idrakine sunulması” olarak tanımlanır. Mustafa ATEŞ, “Fikir ve sanat eserlerinin kamuya sunulması: Alenileşmemiş ve yayımlanmamış eserler fikri hukuka göre korunamaz mı?”, Batider, C. 33, S. 3, Y. 2006, s. 227, (Çevrimiçi) www.fikrimulkiyet.com/images/kamu.pdf. Erişim T. 12.03.2012.

¹⁶³ FSEK m. 40 da “*umumi yollar, caddeler ve meydanlara temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerini, resim grafik fotoğraf vesaire ile çoğaltma, yayma, umumi mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlama caizdir.*” hükmü ile söz konusu eserlerin kullanımına izin verilmiştir. İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m. s. 85, 86.

¹⁶⁴ “*..Davacının eser sahipliğinden doğan manevî haklarına tecavüz nedeniyle FSEK'nun m. 70/f. 1 hükmüne göre talep edilen manevî tazminat ile özgeçmişinin izinsiz yayımlanması sonucu kişilik haklarına tecavüz nedeniyle BK'nun 49. maddesi uyarınca istenilen manevî tazminat miktarlarının davacıya açıklattırılarak her bir ihlal için karar yerinde ayrı ayrı gösterilmesi gerektiği halde, toplam miktar belirtilmek suretiyle hüküm kurulması da doğru görülmüştür.*” 11. HD. T. 13.03.2007, E. 2006/934, K. 2007/4555.

¹⁶⁵ AYİTER, a.g.e., s. 115 vd.

burada eserin sahibi olmadığından FSEK korumasından değil, kişilik haklarının korunmasına dair TMK m. 26 ve TBK hükümlerinden yararlanabilir.

Diğer yandan, FSEK’de mektup hatıra ve buna benzer yazıların eser mahiyetinde olmasa bile yazarların ve bunlar ölmüş ise yazarların ölümünden itibaren 10 yıl süre ile m. 19/f. 1’de yazılı kimselerin izni olmadan yayınlanamayacağını düzenleyen m. 85 hükmüne aykırı davranış tazminatı gerektirir. FSEK m. 86 hükmündeki eser mahiyetinde olmasalar bile resim ve portreler tasvir edilen kimse tarafından, teşhir veya başka bir şekilde umuma arz edilmesi halinde, TBK m. 58 gereği tazminat talep edilebilir.

FSEK 85inci maddesinde “*Mektuplar*” başlığı ile eser mahiyetinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar yazarların ve bunlar ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin izni olmadan yayınlanamayacağı, yazarın ölümünden itibaren on yıl geçmesi ile serbest hale geleceği düzenlenmiştir. Bu hükümlere aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 58 inci maddesi (Mülga 818 m. 49) ve Türk Ceza Kanununun 132, 134, 139 ve 140 ıncı maddeleri hükümlerinin uygulanacağı, yayımın caiz olduğu hâllerde de Türk Medenî Kanununun kişilik haklarına saldırıya dair 24 üncü maddesi hükmünün saklı olduğu düzenlenmiştir.

Kanunun “*Resim ve portreler*” başlıklı 86 ncı maddesinde ise eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portrelerin tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arzedilemeyeceği düzenlenmiştir. Bunun istisnası olarak madde üç hali saymıştır. Bunlar: “*Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri; tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimleri ve günlük hadiselerle mütaallik resimlerle radyo ve film haberleri*” olarak belirtilmiştir. Bu istisnalar dışında aykırı hareket edenler hakkında yine yukarıda bahsedilen TBK 58inci maddesi gereği talepte bulunulabilecek ve şartları varsa Türk Ceza Kanununun bahsi geçen madde hükümleri uygulanacaktır. Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hâllerde de Türk Medenî Kanununun 24 üncü maddesi hükmünün saklı olduğu belirtilmiştir.

FSEK 87nci maddesi istisna maddesi olup aksi kararlaştırılmamış ise, bir kimsenin sipariş üzerine yapılan resim veya portresinden, sipariş veren veya tasvir edilen ve yahut bunların mirasçılarının fotoğraf aldırtabileceğİ, bu hükmün baskı usulü ile yapılan portre ve resimler hakkında geçerli olmadığınİ düzenler. Ancak, bu suretle meydana getirilen resim ve portrelerin birinci fıkrada sayılanlar için tedariki mümkün olmaz veya nispeten büyük güçlüğü mucip olursa bunların da fotoğraflarının aldırılabileceğİ istisnası getirilmiştir.

Görüldüğü gibi Kanunkoyucu eser mahiyetinde olmayan fikri ürünler üzerinde de korumaya giderek fikri ürünü meydana getiren için her türlü geniş korumayı sağlamaya çalışmıştır.

İ. KANUNDA DÜZENLENEN DİĞER DAVALAR

Kanunda sayılanların dışında FSEK m. 9/2, 10/2 19/4 hükümlerine göre hakimın müdahalesinin talep edilebileceğİ davalar mevcuttur. Ayrıca FSEK m. 12/3 de sahibinin adı belirtilmeden kamuya sunulan eserlerde salahiyetli kimselerle asıl münasebetlere, aksi kararlaştırılmamışsa adi vekalet hükümleri uygulanır. FSEK m. 17 uyarınca eserin aslına ulaşma hakkının tanınmasına ilişkin, eserin aslından geçici yararlanma, sergide kullanım hakkı tanınması için eser sahibinin açabileceğİ dava da bulunmaktadır. FSEK m. 42 uyarınca meslek birlikleri ile üyeleri arasındaki uyuşmazlıklardan doğan davalar, FSEK m. 42/A uyarınca Ortak Tarife Tespitine ilişkin Komisyon kararlarına karşı açılan davalar, FSEK m. 45 hükmündeki güzel sanat eserlerinde satış bedellerinden pay talep edilebilmesi için açılacak davalar kanundaki diğİer dava çeşitleridir.

II. BÖLÜM:

TAZMİNAT DAVASI İLE DİĞER DAVALARIN MUKAYESESİ

A.GENEL OLARAK

Fikri hak ihlallerinde, FSEK 70inci maddesinde düzenlenen maddi ve manevi tazminat davaları dışında, Kanun'un 68inci maddesinde düzenlenen medeni ceza olarak nitelenen üç katı bedel talepli dava ve yine tazminat mahiyetinde olmadığı halde tazminat başlığı altında düzenlenen FSEK m. 70/f. 3 hükmünde düzenlenen elde edilen kazanç davası bulunmaktadır. Bu bölümde, sözkonusu bu iki dava ile maddi ve manevi tazminat davalarının mukayesei yapılarak incelenmesi yapılacaktır.

B.ELDE EDİLEN KÂRIN İADESİ DAVASI İLE TAZMİNAT DAVASININ MUKAYESESİ

1.Genel Olarak

FSEK 70inci maddesinde eser sahiplerinin mali ve manevi hak ihlallerinde açabileceği tazminat davası düzenlenmiştir. Maddede 70/f. 3'de düzenlenen manevi ve maddi tazminat davasına ilişkin hükümlerin sonrasında, *“Birinci ve ikinci fıkralardaki hallerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebilir.”* hükmü gereği elde edilen kazançla ilişkin talep, özel olarak FSEK’de düzenlenmiştir¹. Hukuka aykırı bir fiille başkalarına zarar veren kimse hukuki sorumluluğu sonucu bu zararı gidermekle yükümlü tutulur. Tazminat meydana gelen bu zararın giderilmesi amacını taşır. FSEK m. 70/f. 3 hükmü ise vekaleti olmadan işgörmenin, FSEK’deki bir uygulamasıdır². Zararın tazmin edilmesi amacı taşımaz. Hak sahibinin malvarlığında bir eksilme olmadan da

¹ ARKAN AKBIYIK, a.g.e., s. 76 vd.; KILIÇOĞLU, **Kazanç İadesi**, s. 193 vd.; Mustafa Alper GÜMÜŞ, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 235.

² AYİTER, a.g.e., s. 262.

mütecavizin bir gelir elde etmesi mümkündür. Bu durumda elde edilen kâr FSEK m. 70/f 3 hükmü ile talep edilebilir.

2. Elde Edilen Kârın İadesi Talebinin Dayanağı Olarak Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme

FSEK m. 70/f. 3 hükmüne göre eser sahipliğinden doğan hakları ihlal edilen kişi, zararın tazmini istemi dışında sorumlu kişinin elde ettiği kazancın da kendisine verilmesini talep edebilecektir. Bu hükmün benzeri olarak TMK 25 inci maddesinde, *“Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.”* düzenlemesi bulunmaktadır. Medeni Kanun’un bu hükmü olmasa dahi kişilik hakkına saldırıda bulunulan kimse TBK m. 530 çerçevesinde saldırıda bulunandan saldırı sebebiyle elde ettiği kazancı isteyebilecektir³. FSEK m. 70/f. 3 hükmünü de bu bağlamda bir nevi gerçek olmayan vekaletsiz işgörmenin fikir ve sanat eserlerine ilişkin kanun düzenlemesine bir yansıması olarak görebiliriz.

Vekaletsiz iş görme, kişinin başkasına ait bir işi vekaletsiz olarak, iş sahibi ya da kendisi yararına görmesi olarak tanımlanabilir⁴. Vekaletsiz işgörme, TBK’nda onuncu kısımda ayrı bir bölüm ve başlık altında 526 ila 531inci maddeleri arasında düzenlenmiştir⁵.

³ ARKAN (Vekaletsiz İş Görme), s. 76 vd.; KILIÇOĞLU, (Kazancın İadesi) s. 193 vd.

⁴ HUGUENIN, N. 843, s. 127, (GÜMÜŞ, a.g.e., s. 217’den naklen).

⁵ Bu tip borçlara bir kısım yazarlar *“diğer sebeplerden doğan borçlar”* derken (Ferit SAYMEN, Halid ELBİR, **Türk Borçlar Hukuku, 1. Umumi Hükümler**, İstanbul 1958, s. 4.), bazı yazarlar *“haksız fiil benzeri kaynaklardan doğan borçlar”* demekte (Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 20. Baskı, Ankara 2016, s. 115.), bazıları da *“akit benzeri kaynaklardan doğan borçlar”* olarak gruplandırmıştır. (OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 311; Haluk TANDOĞAN, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, 3. Basıdan (Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 1987) 5. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Yayınevi, 2010, s. 676 vd.; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN, Abdülkadir ARPACI, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, 5. Tıpkı Bası, İstanbul, 2010, § 8.). Bu ayırım, yapılan işin, iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olup olmamasına dayanır. Borçlar hukukunda vekaletsiz iş görme, sözleşme niteliğinde bulunmaması nedeniyle

Gerçek vekaletsiz iş görme, hukuki işlem benzeri fiil niteliği taşıırken, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede hukuka aykırı eylem, haksız fiil niteliğindedir⁶.

Gerçek vekaletsiz iş görmede işi gören başkasının adına hareket etmektedir. Bu iş görme hukuki işlem olabileceği gibi maddi bir fiil de olabilir. Burada iş gören başkası yararına hareket etme iradesi aranır. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede ise yetkili kılınmamışken bir başkasına ait bir işi görme şeklinde ortaya çıkan objektif unsur ile iş görenin kötü niyetle yani başkasının hakkına tecavüz ettiğinin bilincinde olarak kendisine menfaat sağlaması şeklindeki subjektif unsur bulunmaktadır⁷. Ayrıca gerçek olmayan vekaletsiz iş görme durumunda ticarî alanda iş sahibinin elde edebileceğinden fazla bir kâr elde edilmiş olabilir.

Temin edilen kazancın iadesi talebinde tecavüzde bulunanın elde ettiği kârın gerçek sahibine verilmesi amacı güdülür. Haktan izinsiz şekilde yararlananın yaptığı masraflar ve harcamalar, kazancın iadesinde hesaplama ile düşürülür. Söz konusu masraflar ihlale konu ürünlerin üretim ve satışı ile ilgili ve zorunlu ve ürüne özgü masraflar olmalıdır⁸.

Eser kısmen kullanılmış ise sadece bu kısmın kullanılması ile elde edilen kazancın devri talep edilir⁹. Kazanç devri, bir alacak hakkıdır. Kazanç devri talebinde, zarar veya fakirleşme aranmaz¹⁰. Temin edilen kârın devri tazminat olmadığı gibi zararı ve tazminatı tayin etme ve hesaplama yöntemi de değildir. Bu dava, tazminat davasına ilişkin hükmün içinde düzenlenmiş olsa da tazminat niteliğinde değildir¹¹. Bir zararın tazmin edilmesi amacı yoktur. Tecavüz edenin elde ettiği kârın hak sahibinin olağan şartlara göre sağlayabileceği ve mahrum kaldığı kârdan fazla olma ihtimali bunun

aslında Kanun'un genel hükümlerinde düzenlenmesi gerektiği yolunda eleştirilmektedir. GÜMÜŞ, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 217.

⁶ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 677.

⁷ ARKAN, (**Vekaletsiz İş Görme**), s. 26.

⁸ Müller (Müller/Oertli), URG, S. 618 N 18 (BGE 134 III 306 ff. – Resonanzetikette), (DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 203-204'den naklen)

⁹ BGH 30. 1. 1959 GRUR 1959, s. 384- GASPARONE, (BELLİCAN, a.g.t., s. 555'den naklen).

¹⁰ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 238.

¹¹ AYİTER, a.g.e., s. 263, EREL, a.g.e., s.307, TEKİNALP, a.g.e., s.334; KILIÇOĞLU, s. 402.

tazminat olmadığının delilidir¹². Oysa tazminat davalarında temel esas, zararı aşan tazminatın verilemeyeceğidir. Kanundaki bu durum, kendi menfaatine vekâletsiz iş görmenin uygulanma hallerinden birini oluşturduğu için kârın devri talebinin, tazminatı düzenleyen m. 70'den ayrı bir maddede düzenlenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. FSEK m. 70 başlığı ile uyumlu olmayan maddenin üçüncü fıkrasındaki “*tazminattan başka*” ibaresi ile de bunun bir tazminat olmadığının belirtilmesi, madde başlığıyla da çelişki yaratmaktadır.

Doktrinde objektif teori olarak adlandırılan klasik görüş, TBK m. 530 hükmünün iyiniyet veya kötüniet ayırımı yapılmaksızın uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹³. Doktrindeki subjektif modern görüşe göre ise; FSEK m. 70/f. 3 hükmünün uygulanabilmesi için zarar verenin kötü niyetli olması, başkasının hukuk alanına karışarak kazanç elde ettiğini bilmesi ya da gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olması gerekir¹⁴. Diğer yandan, İsviçre Federal Mahkemesi de fikrî haklar bakımından gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin ancak kötü niyet halinde söz konusu olabileceğini kabul etmektedir¹⁵. Oysa tescilsiz korumanın sağlandığı fikrî haklar alanında mütecavizin, korunmakta olan eserden haberdar olduğunu ya da haberdar olması gerektiğini ispatlamak zordur. Ancak ihlali gerçekleştiren, korunmakta olan eseri, hakların korunduğunu belirten bir işaret ile birlikte elde etmişse, bu durum kötü niyetin ispatı için yeterli olacaktır¹⁶.

¹² EREL, a.g.e., s. 348; “.. *mimari proje sahibinden izinsiz olarak yapılan değişikliklerin binanın sağlamlığını ve emniyetini sağlamak amacıyla değil, doğrudan doğruya binayı büyütmek ve kullanım alanını genişletmek amacıyla yapıldığı, bu değişikliklerin binanın özgün mimarisini ortadan kaldırdığının, binanın dış görünüşünü ve planını önemli ölçüde değiştirdiğinin sabit olması halinde, binada bu nedenle meydana gelen değer artışının FSEK 70/3. maddesine göre mimara ödenmesi gerekir.*” 11. HD. T. 6.7.1998, E. 1998/3202 K. 1998/5147.

¹³ BECKER, m 423, N. 1, s. 786; von TUHR/PETER, s. 523 ve SCHMID, Art. 423 N. 29, s. 118, 119 da sayılan yazarlar, (GÜMÜŞ, a.g.e., s. 237'den naklen).

¹⁴ ARSLANLI, a.g.e., s. 221; ARKAN, a.g.e., s. 35 vd.; İyiniyet kavramında, başkasına zarar verme söz konusu değildir. Kusur isnadı için de kişinin düşünceden eyleme geçmesi gerekir. Kusurlu kişinin iyi niyetli olması da mümkündür. AKKANAT, a.g.e., s. 40-49; ARKAN AKBIYIK, a.g.t., s. 39 vd.

¹⁵ BGE 119 II 43; BGE126 III 72; BGE 129 III 425, SCHMID, Art. 423 N. 34 vd., s. 120, (GÜMÜŞ, a.g.e., s. 237 ve dpn. 1352'den naklen); ARKAN, a.g.e. s. 16, 38-42; (İsviçre Telif Hakkı Kanununda kârın devrine ilişkin m. 61'de düzenleme yapılmıştır. (BOZBEL, a.g.e., s. 582, 581, dpn. 1393'den naklen).

¹⁶ MÜLLER, OERTLİ, URG, S. 618 N 18, (DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 202'dan naklen).

FSEK m. 70/f. 3 hükmü de Alman hukukundan ilham almıştır. BGB § 687 f. I'e göre, kendisine ait olduğu düşüncesi ile iyiniyetle başkasının işine müdahale eden kimse vekâletsiz iş gören sıfatını taşıyamaz. TBK m. 527 iş görenin iyiniyet veya kötünियetli olması bakımından bir ayırım yapmaksızın, onu kârı devir ile yükümlü tutmaktadır¹⁷. İsviçre ve Türk hukukunda da doktrinde hakim olan görüş, iş sahibinin işinin görülmesinden dolayı uğradığı her türlü zararından kişiyi sorumlu tutan ve bir beklenmedik olay sorumluluğu olarak görülen Alman Medeni Kanunu § 687/II hükmü doğrultusundadır¹⁸. Alman Fikri Haklar Kanunu m. 97/f. 1, c. 2'de tazminatın yerine elde edilen kazancın talep edilebileceği belirtilmesine rağmen eser sahibinin haklarının ihlali halinde madde tazminatın hesaplanması türü olarak nitelendirilmiştir¹⁹.

Fiilen elde edilen kazanç hesaplanırken sadece işin görülmesi ile illiyet bağı olan kazançların devri istenebilir. Bu miktar, kişinin hukuka aykırı olarak yararlandığı değer tutarı için ödediği bir karşılıktır²⁰.

3.Elde Edilen Kârın İadesi Talebinin Şartları

FSEK m. 70/f. 3 de düzenlenen elde edilen kazancın iadesi davasında talebin kabulü aşağıda sayılan şartların gerçekleşmesi ile mümkündür:

a.Eser sahibinin hakkının ihlâl edilmiş olması

Elde edilen kârın iadesinin talep edilebilmesi için eser sahibinin manevî veya malî haklarının hukuka aykırı bir faaliyet ile ihlâl edilmesi ve ihlal sonucu bir kâr elde edilmiş olması gerekir. İhlal eylemi haksız fiil oluşturmaktadır. Ancak burada bir

¹⁷ Haluk TANDOĞAN, “Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme” Fakülteler Matbaası, İstanbul 1957, prg. 28, III, 2, B.

¹⁸ SCHMID, Art 423 N. 144, s. 144; Lischer, s. 75, (GÜMÜŞ, a.g.e., s. 239'dan naklen); YAVUZ, a.g.e., s. 801, TBK. m. 527'nin uygulanma bulacağı üzerinden aynı sonuçta ARKAN, a.g.e., s. 44.

¹⁹ Bu talebin AMK 687 ve 667 hükümlerinin doğrudan uygulaması olmayıp gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği, örf ve adet hukukuna dayalı özel bir tazminatın hesaplanmasının türü olduğuna dair mahkeme kararı. BGH 30. 01. 1959 GRUR 1959, s. 383-GASPARONE, (BELLİCAN, a.g.t., s. 555'den naklen).

²⁰ SCHMID, Art 423 N. 113, s. 136, (GÜMÜŞ a.g.e., s. 237'den naklen).

zararın oluşması gerekmez. Tazminat davasından farklı olarak zarar oluşmasa da yahut zarar az olsa da bunu aşan bir elde edilen kazanç istenebilir.

b. İhlal sonucu bir kâr elde edilmiş olması

Tecavüze uğrayanın zararı olmasa veya çok az da olsa mahkeme elde edilen kârın tamamına hükmetmelidir. Eğer ihlal sonucu çoğaltılan kaset, CD veya basılan kitaplar henüz satışa çıkartılmamışsa ortada bir kâr olamayacağından bu talep edilemez. Maddî tazminat talebinde ise zarar, yoksun kalınan kâra denk geliyor ise davacı sadece temin edilen kârın devri istenir. Fiilî bir zarar bulunmadığından ayrıca bir tazminat istenemez. Zarar, fiilî zarar ve yoksun kalınan kârdan oluşuyorsa, her ikisi de istenebilir. Fakat hak sahibi hem fiilî zararını ve yoksun kalınan kârının tazminini hem de kârın devrini isteyemez. Çünkü elde edilen kazanç ile birlikte yoksun kalınan kazancın birlikte verilmesi davalının mükerrer ödeme yapmasına ve hak sahibinin sebepsiz zenginleşmesine yol açacaktır.

c. Zarar ve kusurun gerekmediği

FSEK m. 70/f. 3 gereği açılan davada hakkı ihlal edilenin bu ihlalden dolayı herhangi bir zararının doğduğunu ispatlaması değil, mütecavizin bu yolla kazanç elde ettiğini ispatlaması gerekir²¹. Açılacak davada bir kısım yazar elde edilen kârın istenebilmesi için mütecavizin kusurunun bulunması gerektiğini savunurken²² çoğunlukta olan bir kısım yazar kusurun aranmayacağını savunur²³. Bir görüşe göre davada kusur aranmaması bu davaları tazminat davalarından ayıran bir farktır²⁴. Bu

²¹ KILIÇOĞLU, “Kazancın İadesi”, s. 197.

²² ARSLANLI, a.g.e., s. 210, 221; HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, **Borçlar Hukuku Özel Bölümü**, İstanbul 1992, s. 496; TANDOĞAN, a.g.e., s. 58.

²³ TEKİNALP, a.g.e., s. 334; ÖZTAN (**Fikir ve Sanat**), s. 676-680; AYİTER, a.g.e., s. 263; KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 402; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2142.

²⁴ TEKİNALP, a.g.e., s. 334; AYİTER, a.g.e., s. 263; EREL, a.g.e., 349, 372; KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 458; Ahmet M KILIÇOĞLU, “**Fikrî Mülkiyette Kazancın İadesi Davası**”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta Yayınları, Ankara 2008, s. 197; BOZBEL, a.g.e., s. 581.

talep için mütecavizin kusuru aranmaz²⁵. Kanaatimizce bu hak mütecavizin kusurunu veya meydana gelen zararın varlığı veya miktarını ispatlamayı gerektirmez. Tecavüz sonucunda zarar olmasa dahi elde edilen kâr talep edilebilir. Çünkü bu bir tazminat davası değildir.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre bilerek veya gerekli özeni göstermeme sonucu bilmeyerek, iş sahibinin menfaatine aykırı surette işe girişen kimse kusurludur. İş görenin müdahalesinin yasak olduğunu bilmesi veya bilmesi gerekmesi yeterlidir. Ayrıca fiilin diğer sonuçlarını önceden bilmesine gerek yoktur. O fiile uygun illiyet bağıyla bağlı bütün sonuçlardan sorumludur²⁶. Hak sahibinin, bu yolla kazanç elde ettiğini ispat etmesi yeterlidir. Fakirleşmeyi sebepsiz zenginleşmenin bir şartı olarak gören görüş, zenginleşmenin karşı tarafın fakirleşmesi gerçekleşmeksizin meydana geldiği durumlarda zenginleşmenin TBK m. 530'a göre talep edilebileceğini ileri sürmektedir²⁷. Bu görüşe göre zenginleşenin iyiniyetli veya kötüniyetli olması fark etmez. İşgörenin kişisel beceri ve gayreti ile elde ettiği normalden fazla olan subjektif zenginleşme ancak TBK 530 çerçevesinde istenebilir²⁸.

Tazminat hukukunda ana kural, tazminatın, hakkı ihlal edilenin zararı ile sınırlı olması ve kişinin zararın miktarını ispat etmesidir; oysa mütecavizin elde ettiği kâr uğranılan zarardan fazla olabileceği gibi, mağdur bu kâr nisbetinde zarara uğradığını isbat edemezse de hatta zararı olmasa da kârı isteyebilir²⁹. Kanaatimizce fikri mülkiyet hukukunda, Kanun'un 70/f. 3 hükmü ile eser sahibinin korunan hakları

²⁵ TEKİNALP, a.g.e., s. 334, 335; ARKAN, a.g.e., s. 48; TANDOĞAN, (**Mukayeseli Hukuk**), s. 193. ARSLANLI, a.g.e., s. 221; KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 458; KILIÇOĞLU, "**Kazancın İadesi**", s. 197; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 677-678; BOZBEL, a.g.e., s. 581; Ünsal PİROĞLU, "**Fikrî hak ihlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddenin Konumu ve Niteliği**", Yargıtay Dergisi Ekim 2004, (s. 433- 457), s. 442. <http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/dergi/yrgergi/Ekim2004/Ekim2004/assets/basic-html/page66.html>, Erişim T. 12. 03.2014; Aksi görüş ARSLANLI, a.g.e., s. 221; HATEMİ, SEROZAN, ARPACI (**Borçlar Hukuku**), s. 496.

²⁶ Bkz. BECKER, Art. 420, Nr. 12; MARTİN, s. 290; LEONHARD, Bd. II, s.. 437. (TANDOĞAN, (**Mes'uliyet Hukuku**), s. 293'den naklen); BOZBEL, a.g.e., s. 581; EREL, a.g.e., s. 349, 372; TEKİNALP, a.g.e., s. 335; KILIÇOĞLU, "**Kazancın İadesi**", s. 197.

²⁷ YAVUZ, a.g.e., s. 800; OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e., s. 747; ARKAN AKBIYIK, a.g.e., s. 74.

²⁸ SEROZAN, (**İfa**), s. 312, 363; Lischer, a.g.e., s. 179 vd, ARKAN, a.g.e., s. 72; dpn. 298'deki yazarlar, Görüş ve tartışmalar için bkz. Lischer, s. 161 vd, 177, (GÜMÜŞ, a.g.e., s. 237'den naklen).

²⁹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C. II, a.g.e., s. 2142.

kapsamında eser sahibi lehine tıpkı FSEK m. 68 hükmünde olduğu gibi isabetli olarak zarara bağlı olmayan geniş kapsamlı bir koruma sağlanmıştır. Kişi zararını ispat etmekle uğraşmadan bu yolla elde edilen kazancı elde edecektir.

Başkasının menfaat alanına girerek kendisi için iş gören kimse bunun hukuka uygun olmadığını biliyorsa kötünietlidir. Ayrıca TMK m. 3/f. 2 ye paralel olarak iş gören işin başkasına ait olduğunu veya el atmasının hukuka aykırılığını şayet ihmali sonucu bilemiyorsa kötünietli sayılır³⁰. Kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede, TBK m. 530 kapsamında elde edilenlerin iadesi talep edilir³¹. Eser sahibinin eserini izinsiz olarak kullananın elde ettiği kâr kötü niyetinin bulunmadığından bahisle mütecavize bırakılamaz³². TEKİNALP, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede işgörenin kötü niyetli olması unsuruna, yani kötünietin ispatına fikir ve sanat eserleri hukukunda gerek olmadığını, aksi görüşte de mütecavizin kötü niyetli olduğu farzedilerek bunun aksinin ispatının mütecavize ait olduğunu belirtir³³. Kanun koyucu iyiniyetli mütecavizden kâr devrini istemeyerek onu korumak istemiş olsaydı, ona karşı FSEK m. 68'deki düzenlemeyi getirmezdi. Çünkü, bedel talebinde kötüniet, kusur ve zarar aranmaksızın üç katı bedele hükmolunabilmektedir.

³⁰ İş gören, başkasının menfaat alanına karışarak iş sahibinin malvarlığına ya da hukuk alanına el atma ile iş sahibinin subjektif hakkına, mutlak hakkına veya alacak hakkına yönelik elatma gerçekleştirir. İşgörenin vekaletinin olmaması, kendi menfaatine başkasının menfaat alanına yaptığı el atmanın, hukuka aykırılığını oluşturur. SCHMID, Art 423 N. 24 s. 118; LISCHER, s. 70-73, (GÜMÜŞ, a.g.e., s. 237'den naklen).

³¹ Gerçek vekaletsiz iş görmede TBK m. 527/f.2 ve 530 haricindeki TBK m. 526-531 hükümleri, istenilmeyen gerçek vekaletsiz iş görmede çoğunlukla TBK m. 77 vd. hükümleri uygulanır. İyi niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede iş sahibi, iş görenden elde ettiği menfaatleri sadece TBK. m. 77 vd., uyarınca isteyebilir. GÜMÜŞ, C.II, s. 219-238; ARKAN (**Vekaletsiz İş Görme**), s. 43-58.

³² TANDOĞAN, a.g.e., s. 318, 331; TEKİNALP, a.g.e., s. 314; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 680; BOZBEL, a.g.e., s. 582.

³³ TEKİNALP, a.g.e., s. 335.

d. Bedel Davası ile Elde Edilen Kârın İadesinin Birlikte Talep Edilmesi Hali

FSEK m. 70/f. 3 hükmündeki “*tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini isteyebilir.*” ibaresi, tazminattan başka bir imkânın da var olduğunu belirtir. İade talebinde kâr elde etme şartının bulunması ve bundan mahrum kalınması da şart değildir³⁴. Kârın devri ile zarar karşılanamıyor ise kârın devri dışında şartları varsa tazminata da hükmolunacak, FSEK m. 68 gereği üç katı bedel talepli dava varsa sağlanan kârdan FSEK m. 70/f. 3 son cümlesi gereğince tecavüzün refi davası ile talep edilen miktar indirilecektir³⁵.

FSEK m. 70/f. 3’de tazminattan başka kazanç devrinin de talep edileceği hükmündeki “*başka*” terimi ile tazminatla kazanç devri haklarının yarışmasının mı yoksa yığılmasının mı kastedildiği açık değildir³⁶. Fikri hak ihlallerinde zararın tazmini haksız fiil hükümlerine göre istenirken kazanç devri talebiyle hukuka aykırı el atma ile illiyet bağı içerisinde olan iş görenin elde ettiği bütün kazancın iş sahibine iadesi sağlanır. Haksız fiil nedeni ile yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkan zararın tazmini talebi ile kazancın devri talebi yarışırken, fiilî zararın tazmini ve kazanç devri talebi yığılır ve birlikte talep edilebilirler³⁷. Aynı durum kazanç devri talebiyle manevî tazminat talebi için de geçerlidir³⁸. Manevî tazminat ile kazanç devri taleplerinin kaynakları ve işlevi farklı olduğundan bu iki talep birbiri üstüne yığılır ve birlikte istenebilir³⁹.

³⁴ ARSLANLI, a.g.e., s. 221; ERDİL, a.g.e., s. 580; TEKİNALP, a.g.e., s. 317.

³⁵ ARSLANLI, a.g.e., s. 221; TEKİNALP, a.g.e., s. 314; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 402, 403; AYİTER, a.g.e., s. 263.

³⁶ ARKAN, (**Bağlantılı Haklar**), s. 296.

³⁷ SCHMID, art 423 N. 134, s. 141; WEBER, Art 423 N. 14, s. 2350, (ARKAN, (**Vekaletsiz İşgörme, s. 63’den naklen**); Mutlak bir yarışmanın varlığı yönünde Hüseyin HATEMİ, **Sözleşme Dışı Sorumluluk**, İstanbul, 1998, Filiz Kitabevi, s. 114.

³⁸ SCHMID, art 423 N. 178, s. 153; ARKAN, a.g.e., s. 63, 64; HATEMİ, a.g.e., s. 114; İsviçre Federal Mahkemesi kötüniyetli gerçek olmayan iş görme ve haksız fiile ilişkin talepler arasında mutlak bir yığılma yasağı getirmektedir. BGE 98 II 325 vd. (GÜMÜŞ, a.g.e., s. 241’den naklen).

³⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 317, ARKAN, (**Vekaletsiz İş Görme**) s. 85, 86; DURGUT, agm, s.1094.

FSEK m. 70/f. 3 son cümlesindeki elde edilen kârın talep edilmesi halinde, “FSEK m. 68 gereğince istenilen bedelin indirileceği” hükmünde, hak sahibinin çoğaltılmış kopyalar ile çoğaltılmış araç ve kalıpların kendisine verilmesinin “*uygun bir bedel*” ile devrini istemesi durumundaki, devir bedeli mi yoksa, mütecaviz ile aralarında farazî olarak bir sözleşme yapmış olmaları halinde isteyebileceği telif ücretinin üç katı şeklinde hesaplanan bedel mi olacağı, hususu doktrinde tartışmalıdır. TEKİNALP, FSEK m. 70/f. 3 hükmünden, sadece devredilen çoğaltılmış nüshalar ile üretime yarayan araçların sözkonusu indirim konusu olabileceğini, eser sahibinin lehine yorum ilkesi ile bu kanaate ulaşılacağını belirtir. Yazar, aksi takdirde buradan üç kat bedel anlaşıldığı takdirde tecavüze uğrayanın temin edilen kârdan rayiç telif ücretinin üç katı indirildikten sonra kalan tutarı almak zorunda kalarak zarara uğrayacağını, devredilenlerin bedelinin indirilmesi halinde ise bu tehlikenin olmadığını belirtir⁴⁰. EREL ise indirilecek bu bedelin tecavüzün ref'i davasında yapılmış tercihe göre ya çoğaltılmış kopya ve kalıpların devir bedeli veya sözleşme yapılsaydı talep olunacak üç kat bedelden herhangi birinin indirim esas olabileceğini savunmaktadır⁴¹. ERDİL kazancın iadesi talebinin tazminatla birlikte istenebilmesinin amacının tecavüze uğrayanın zararının asgari oranda giderilmek olduğunu, bunun için hak sahibi lehine olarak kazancın iadesi talebinden telif ücretinin indirilmesinin mümkün olmadığını belirtir⁴². KILIÇOĞLU da tecavüzün refi ile birlikte talep edilen farazî sözleşme ilkesince talep edilecek olan telif ücretinin üç katının indirilmesini uygun bulmadığını, bu bedelin zaten, hakkı ihlâl uğrayan eser sahibinin zararını asgarî ölçüde karşılamaya yönelik bir bedel olduğunu, bu bedelden indirim gidilmesinin hak sahibinin zarara uğramasına neden olacağını savunmaktadır⁴³.

Kanaatimizce, iki bedelin birden alınması ödemede tekerrür oluşturur. Maddedeki indirimdeki amaç ödemede tekerrürü önlemektir. Ödemede herhangi bir tekerrür tespit edilemiyorsa FSEK m. 70/f. 3 hükmündeki indirim uygulanamayacaktır. Elde

⁴⁰ TEKİNALP, a.g.e., s. 335.

⁴¹ EREL, a.g.e., s. 348, 349, 307; ERDİL, s. 580; AKIN, a.g.m., s. 144.

⁴² ERDİL, a.g.e., s. 581.

⁴³ KILIÇOĞLU, (Eleştiri) s. 339, 340.

edilen kâr ve FSEK m. 68 kapsamında bedel birlikte talep edilmişse FSEK 68. maddesi gereğince belirlenecek üç katı bedelin düşürülmesi gerekir. Eğer bu bedel daha fazla ise, sadece m. 68 gereği hesaplanan üç kat bedele hükmedilmesi daha isabetli olur. Yargıtay da, telif bedeli istenildiğinde FSEK m. 70/f. 3 hükmü gereği elde edilen kârın istenemeyeceğine hükmetmektedir⁴⁴.

İhlalde bulunanın ihlalden dolayı elde ettiği kazanç davalının ihlal tarihindeki döneme ilişkin ticarî defter ve kayıtlarının hesap bilirkişisi marifeti ile incelenmesi ile tespit edilir. İlim ve edebiyat eserlerinde Kültür Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğünden getirilen esere ilişkin alınan bandrol sayıları, eserlerin satış bedellerine ilişkin faturalar, müzik eserlerinde çoğaltılan, satışı yapılan CD sayısı hesaplamada göz önüne alınır. Maddi tazminat davasında TBK m. 50/f. 2 gereği zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa, hakim olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak hakkaniyete uygun olarak tazminatı belirler. Hakimin takdir yetkisi, zararın hem varlığı hem de miktarı açısından geçerlidir⁴⁵. Elde edilen kazançla ilişkin ise kayıt dışı kazanç varsa ticari defterlerden tespit edilemiyorsa ispat edilemeyen davalı kazancı talep edilemez. Kanaatimizce Kanun maddesinde buna dair düzenleme yapılarak elde edilmesi muhtemel kazancın istenebilmesi adil bir çözüm olacaktır.

4. Sinaî Haklarla Karşılaştırma

Fiili zarar, zarara uğrayanın fiilen uğradığı kaybı ifade ederken yoksun kalınan kazanç, zarar görenin elde etmesi muhtemel olan kazançlardan mahrumiyetidir.

Haksız fiilden doğan tazminat uğranılan zararlar sınırlı iken yoksun kalınan kazanç “*lucrum cessans*” kişinin gelecekteki kazanç imkanının kaybedilmesi, bu olay

⁴⁴ Davalının davacıya ait eseri çoğalttığı, yaydığı, eser sahibinin adına yer vermeksizin ve onu mahiyet ve hususiyetini değiştirecek biçimde değiştirerek umuma arz ettiğinin tespit edilmesi halinde, temin edilen kâr ile telif tazminatı birlikte istenmiş ise, bunlardan yalnızca birinin tahsiline karar verilebilir. 11. HD., T. 25. 02. 2010, E. 2008/11423, K. 2010/2165, (Çevrimiçi)www.uyap.gov.tr, Erişim T. 04. 06. 2016.

⁴⁵ 11. HD. T. 13. 04. 2010, E. 2008/12849, K. 2010/4176, GÖKCAN, a.g.e., s. 1024; EREN, a.g.e., s. 747.

olmasa idi aktifinde devam edecek artıştır⁴⁶. Kazancın iadesi davası, “*haksız fiil ile zenginleşen kimsenin bu hareketi sonucu elde ettiği semereleri elinde tutmamalıdır.*” prensibine dayanır. Bu talep FSEK m. 68’deki talep gibi zararın ispatını gerektirmeyen bir taleptir.

Sınai hakların ihlaliinde talep olunan yoksun kalınan kazanç, kanunda maddi zarar davası içinde yer alır. Hak sahibinden hareketle onun ihlal nedeniyle meydana gelen fiili zararından başka, bu yüzden yoksun kaldığı kazancı da tazminat davası olarak talep etmesini sağlar. Elde edilen kazancın iadesi talebi ise maddi tazminat davasında zararın bir türü değildir.

FSEK m. 70/f. 3’ de düzenlenen elde edilen karın talep edildiği davaların sınai mülkiyette yoksun kalınan kazancın talep edildiği düzenlemeler benzeri vekaletsiz iş görmeye dayalı bir talep olduğu, malî hakların ihlali halinde çoğunlukla zararın yoksun kalınan kâr mahrumiyeti şeklinde olduğu belirtilir⁴⁷.

Kârdan yoksun kalma durumu, hak ihlali nedeniyle bundan zarar görenin malvarlığı aktifinin çoğalmamış ya da pasifinde azalma imkanının yitirilmiş olmasıdır. Kişinin malvarlığında ihlalden dolayı bir değişiklik meydana gelmemiş olsa dahi ihlal meydana gelmeseydi kişinin malvarlığında bir çoğalma olacak idiyse yoksun kalınan kâr vardır. Malvarlığının, zarar veren davranıştan sonraki durumu ile çoğalma ihtimali gerçekleşseydi göstereceği varsayılan farazî durum arasındaki fark yoksun kalınan kârı oluşturur. Buna malvarlığının çoğalmasına engel olan zarar denilebilir⁴⁸.

Fikrî hukukta, malî hakların ihlali halinde çoğunlukla zararın yoksun kalınan kâr mahrumiyeti şeklinde olduğu belirtilir⁴⁹. Oysa, ihlal durumunda yoksun kalınan kazancı değil, haksız fiilin failinden hareket edilerek, failin bu nedenle zenginleşmesi

⁴⁶ Von TUHR, a.g.e., s. 78; TANDOĞAN, a.g.e., s. 65; OĞUZMAN, ÖZ, ag.e., C. II, s. 39; GÖKCAN, a.g.e., s. 545; Henri DESCHENAUX, Pierre TERCIER, (Çev. Salim Özdemir), **Sorumluluk Hukuku**, Ankara, 1983, s. 21; Buradaki ölçüt olayların normal akışı ve genel yaşam tecrübeleridir. EREN, (Genel Hükümler), s. 548.

⁴⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 333.; AYİTER, s. 262; EREL, s. 349; BOZBEL, a.g.e., s. 580.

⁴⁸ Mustafa Reşit KARAHASAN, **Tazminat Hukuku Manevî Tazminat Öğreti Yargıtay Kararları, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş Altıncı Baskı** Beta 2001, s. 49.

⁴⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 333.; AYİTER, s. 262; EREL, s. 349; BOZBEL, a.g.e., s. 580.

önlenmek istenilmiş ve elde edilen kazancın talep edilmesi amaçlanmıştır⁵⁰. Yoksun kalınan kazançta hakkı ihlal edilenin zarara uğraması ve failin kusuru şart iken, elde edilen kazancın iadesi davasında zarar ve kusur şartı gerekmemektedir.

Hak sahibinin korunması FSEK'in çözümü ile daha isabetli olup, FSEK'de bulunan "*kazancın iadesi davası*" sınai haklarla ilgili olarak bulunmamaktadır. Maddi zarar hesaplanması için tecavüzde bulunanın elde ettiği kazancın tespiti FSEK'de düzenlenmemişse de sınai haklarda bu zararın hesaplanma yöntemi belirgindir.

5. Elde Edilen Kârın İadesi Davasında Zamanaşımı

5846 sayılı Kanun'da düzenlenen m. 70/f. 3 hükmündeki elde edilen kazanç talepli davada, Kanun belirli bir zamanaşımı süresi belirtmemiştir. Türk - İsviçre doktrininde ve mahkeme içtihatlarında hâkim olan görüşe göre, her çeşit vekâletsiz iş görme dolayısıyla iş sahibinin tazminat talepleri on yıllık genel zamanaşımına tabidir⁵¹. Oysa; kötüniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme temelde haksız fiil olduğundan TBK m. 72 uyarınca iki ve on yıllık zamanaşımı süresine tabidir⁵². Aynı şekilde bu süre sözleşme ihlaline dayanan kötüniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme talepleri için de geçerlidir⁵³. Haksız fiil oluşturan ihlal fiili devam ediyorsa fiilin sona erdiği tarih, zamanaşımı başlangıcı olarak dikkate alınmalıdır⁵⁴.

⁵⁰ KILIÇOĞLU, **Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)**, TBB Dergisi, Sayı 54, 2004, s. 80, 81, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-61>.

⁵¹ Bkz. SUTER, s. 56; AEBY, s. 96; ELİAS WOLF, FJS, no. 1078; III; C; 2; RO 30 II 82, "Béchauxc. Chapuis", (TANDOĞAN, **(Mes'uliyet Hukuku)**, s. 214'den naklen), YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2146; BOZBEL, a.g.e., s. 583.

⁵² ARKAN, a.g.e, s. 59; Cevdet YAVUZ, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bası İstanbul 2007, s. 801; TANDOĞAN, **(Borçlar Hukuku)**, C.II, a.g.e., s. 683; BOZBEL, a.g.e., s. 583; Aydın ZEVKLİLER, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 10. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008., s. 353; Türk Hukukunda vekalet sözleşmesine ilişkin beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı görüşünde, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, a.g.e, s. 496; Mülga 818 sayılı BK'nda zamanaşımı sürelerinin alt sınırı 1 yıldan başlamaktaydı.(BK. m. 60 ve 66).

⁵³ ARKAN, a.g.e., s. 65; BOZBEL, a.g.e., s. 583.

⁵⁴ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 449, 450.

Öte yandan, zamanaşımı bir def'i olduğundan davanın her safhasında ileri sürülebilir⁵⁵. Hakim re'sen davanın zamanaşımına uğradığını göz önünde bulunduramayacağı gibi zamanaşımına rağmen ödenen para sebepsiz zenginleştirme oluşturmayacak ve geri istenemeyecektir⁵⁶.

TANDOĞAN da aynı şekilde gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede elde edilen kârda fiilin hukuka aykırı bir fiil olması nedeniyle borcun zamanaşımının da hukukî işlemten doğan borçlar ile kıyaslanamayacağını, hak sahibinin hakkı ihlal edene karşı dâva açmayı on seneye yakın bir zaman bekleyip, onun yıllarca çalışmasının ürününü sahiplenme yoluna gidebileceği ve iş görenin iyiniyetle kendi menfaatine çalıştığı hallerde bunun çok ağır bir sonuç olacağını bu nedenle TBK m. 72'nin kıyasen uygulanması gerektiğini bu süre geçtikten sonrasında kâr devri talebinde bulunamayacağını kabul eder⁵⁷. Eğer eylem suç oluşturuyorsa FSEK m. 71 ve 72'deki suçlara ilişkin ceza zamanaşımı süreleri uygulanır⁵⁸. Hak sahibi açık ya da örtülü biçimde icazet vermişse TBK m. 147/f. 1, b. 5 gereği vekalet sözleşmelerinde beş yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir⁵⁹.

Müteceviz, kazancı devrederken masraf talebinde bulunmamışsa hak sahibine karşı ileri süreceği taleplerinde sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK m. 82 gereği; 2 ve herhalde 10 yıllık zamanaşımı süresiyle bağlıdır⁶⁰.

⁵⁵ HMK 116. maddesinde ilk itirazlar düzenlenmiştir. Bunlar kesin yetki kuralının bulunmadığı hallerde yetki itirazı ve uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazıdır. HMK m. 117 gereği ilk itirazların hepsi cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorundadır. Bunun dışındaki def'iler davanın her safhasında ileri sürülebilir.

⁵⁶ REİSOĞLU, a.g.e., s. 228.

⁵⁷ TANDOĞAN, (**Mes'uliyet Hukuku**), s. 207.

⁵⁸ ARKAN AKBIYIK, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998, İstanbul Hukuk Fakültesi Kütüphanesi, s. 115; EREN, (**Genel Hükümler**), s. 926.

⁵⁹ TANDOĞAN, (**Mukayeseli Hukuk**), s. 250; TANDOĞAN, (**Borçlar Hukuku**), C. II, s. 677. Doktrinde, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye icazet verilemeyeceği görüşü de savunulmaktadır. ARKAN, (**Vekaletsiz İşgörme**), s. 51-52; EREN, (**Özel Hükümler**), s. 759, 748; EREL, a.g.e., s. 372.

⁶⁰ ARKAN, (**Vekaletsiz İşgörme**), s. 60; GÜMÜŞ, C. II, s. 241.

C. MALİ HAKLARIN İHLALİ NEDENİYLE AÇILACAK BEDEL DAVASI İLE TAZMİNAT DAVASININ MUKAYESESİ

1.Genel Olarak

Mali hakları tecavüze uğrayan kişi FSEK m. 68'e dayanarak bir bedel davası açabilir. Bu dava tazminat davası olmayıp özel hukuk kapsamında bir çeşit medenî ceza niteliğinde parasal talep içermektedir⁶¹. Ancak uygulamada bu talep tazminat davası gibi algılanmakta Yargıtay uygulamasında da tazminat gibi hatalı değerlendirildiği gözlemlenmektedir⁶².

Sorumluluk hukukunda bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme yani zarar aynen veya nakten giderilmek suretiyle olaydan zarara uğrayanın mal varlığındaki eksilen değerin yerine nitelik ya da nicelik yönünden eş bir değer konulur. Zarar verenin ödeyeceği tazminat miktarının belirlenmesi için zararın hesaplanması gerekir. Bu husustaki genel kural ödenecek tazminatın gerçekleşen zararlar sınırlı olması ve zararın azami miktarını geçmemesidir⁶³. FSEK m. 68 hükmündeki davanın amacı ise tecavüze konu ihlalden dolayı bir zarar hesaplaması değildir. FSEK m. 70/f. 2'deki maddi tazminatta bu genel kural geçerli iken FSEK m. 68'deki üç katı bedel zararı aşan bir miktar olabilir.

⁶¹ TEKİNALP, a.g.e., s. 319; YASAMAN, (Tazminat), s. 811; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 649; DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 85.

⁶² “... taraflar arasında sözleşme imzalanırsa idi teklifle belirlenen fiyat üzerinden yapılacağı somut olayda davalı T..... A.Ş.nin açtığı ihaleye davacıların katıldığı ve 25.3.1997 tarihinde fiyat belirlemek suretiyle teklif verdikleri de, anlaşılmaktadır. Şu halde, davacılar ile davalı T..... A.Ş. arasında sözleşme imzalanırsa idi teklifle belirlenen fiyat üzerinden yapılacağı kuşkusuzdur. Artık burada taraflar arasındaki sözleşme bedeli belirli ve somutlaşmış olduğuna göre, farazî bir sözleşmenin varlığı ile bunun bedeli üzerinden tazminat hesaplanması doğru görülmemiştir. Bu bağlamda mahkemece, davacıların isteyebileceği malî zararın verdikleri teklif bedeli esas alınarak belirlenmesi ve oluşacak sonuç çerçevesinde bir hüküm kurulmak gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması yerinde görülmemiş ve kararın bu nedenle davalılar yararına bozulması gerekmiştir.”. 11. HD. T. 19. 03. 2002, E 2001/10702, K. 2002/2515.(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11.12.2011.

⁶³ OFTİNGER, STARK I, s 97- 98; DESCHENAUX, TERCİER, s. 216-217, (EREN, a.g.e., s. 746'dan naklen); TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 315; OĞUZMAN, ÖZ, C. 2, s. 84, 111; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 583.

2. Üç Katı Bedel Talebinin Hukuki Niteliği

Doktrinde FSEK m. 68’de üç katı bedel talebine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, bu ceza, cezaî şartın düzenlendiği TBK m. 179 anlamında bir cezadır⁶⁴. Diğer farklı bir görüş ise kanun değişiklikleri öncesinde savunulan kısmen tazminat, kısmen kanunî nitelikte fiktif bir ek alacak şeklinde karma niteliği bulunan kendine özgü (sui generis) bir talep hakkı olduğu yönündedir⁶⁵. Kanun’da yapılan değişiklikler sonrasında ise bu görüşün pek savunucusu kalmamıştır⁶⁶. Diğer bir görüşe göre ise buradaki, medeni ceza olarak da adlandırılan bir özel hukuk cezasıdır. Medenî hukuk cezası olması nedeniyle TBK m. 179’daki iradi olan cezaî şarttan ayrılır⁶⁷. Cezaî şart götürü olarak tespit edilen ve alacaklının zararının ispat edilmesini gerektirmeyen bir tazminattır⁶⁸. Cezaî şartta kararlaştırılan miktarın fahiş olması halinde hakim somut olayın özelliklerine göre indirim yapabilir⁶⁹.

TUNÇOMAĞ’a göre medenî ceza kusurun varlığını gerektiren ve zararı gerçekleştireni cezalandırma ve caydırmaya yönelik kanun tarafından belli borçlar için getirilmiş bir cezadır⁷⁰. Bu ceza uğranılan zarar miktarından yüksek olabilir⁷¹. ÜSTÜN’e göre, FSEK m. 68’e dayalı olarak açılan davalar başlangıçta tazminat davası olarak açılmakla birlikte dava aşamasında sözleşmesel ilişki kurallarına dayanılmakta ve davanın kabulü ile de bir alacak davasına dönüşmekte, mütecevizin eylemi geriye dönük (ex-tunc) olarak hukuka uygun hale gelmektedir. Yazar davacının, davalının ihlal ettiği bir malî hakkın varlığını ispat etmesi sonucu hiçbir zararı olmasa da rayiç bedelin üç katına kadar kanunî ve oransal bir bedel talep

⁶⁴ TEKİNALP, a.g.e., s. 319.

⁶⁵ ÜSTÜN, a.g.t. s. 198, dpn. 379, s. 205-223.

⁶⁶ YASAMAN, (**Tazminat**), s. 809.

⁶⁷ ARSLANLI, s. 214; TEKİNALP, a.g.e., s. 319; BOZBEL, a.g.e., s. 555; YASAMAN, C. I, s. 811; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 649; “**Değerlendirme**”, s. 289; DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 84.

⁶⁸ TUHR, a.g.e., s. 763.

⁶⁹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2038.

⁷⁰ Kenan TUNÇOMAĞ, **Türk Hukukunda Cezaî Şart**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963. s. 43.

⁷¹ ARSLANLI, s. 214; TEKİNALP, a.g.e., s. 319; YASAMAN, (**Tazminat**), s. 811; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 649; GÖKYAYLA, (**Değerlendirme**) s. 289; BOZBEL, s. 555; Ali DEMİRBAŞ, a.g.e., 84.

edebileceğini, varsayılan bu fiktif sözleşmenin davanın kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesi ile sözleşmeye dönüşeceğini, bu talep hakkının kendine özgü kanunî bir ek alacak olduğunu belirtir. Yazar, FSEK m. 68'e dayalı bedel davalarında peşin harcın tazminat esasına göre hesaplanması gerektiğini, yetkinin ise alacak davası esasına göre belirlenmesi gerekeceğini; dava reddedildiğinde ise alacak davası niteliğinin kalmayacağını, farazî sözleşmenin ancak davanın kabulü sonucunda gerçek bir sözleşmeye dönüşeceğini belirtir⁷².

Davanın başlangıçta bir tazminat davası olduğu yolundaki bu görüşe katılmamaktayız. Bu talep ile hükmolunacak miktar FSEK m. 66/f. 3 hükmünde de açıklandığı şekilde kusura ve zarara bağlı olmayan bir medenî cezadır. Doktrinde de kabul edilen bu görüşe göre bu bedel tazminat veya TBK 179 anlamında ceza olmayıp ihlalde bulunanı caydırmaya yönelik özel hukuk cezası, medenî bir cezadır⁷³. Tazminatın amacı zararı gidermektir. İstisnai olarak özel sorumluluk hükümleri mağdurun failden zararını aşan miktarda tazminat istemesine imkan verebilir. Burada amaç zarardan çok, olası failleri hukuka aykırı davranmaktan caydırmaktır⁷⁴. Uygulamada farazî sözleşme ve rayiç bedel, telif bedeli, telif tazminatı veya malî hak tazminatı olarak belirtilmekle beraber bu bedel aslında bir tazminat değildir. Bu düşüncenin temelinde, tazminatın amacının hak sahibinin zararını gidermek iken üç kata kadar bedel şeklinde ifade edilen ödenecek meblağın tecavüzün ref'ini sağlama amacına hizmet etmesi yatar⁷⁵.

⁷² ÜSTÜN, a.g.t., s. 188, 189.

⁷³ TEKİNALP, a.g.e., s. 318; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 649; GÖKYAYLA, "**Değerlendirme**", s. 289; BOZBEL, a.g.e., s. 555; YASAMAN, (**Tazminat**), s. 811; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2038. TBK 179. maddesi hükmü "*Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir. Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir. Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.*" şeklindedir.

⁷⁴ OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 519.

⁷⁵ YASAMAN, (**Tazminat**), s. 811; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 649; TEKİNALP, a.g.e., s.318-319; DURGUT, a.g.e., s. 1090.

Borçlar hukukuna göre bir sözleşmede cezaî şart öngörülmüş ise mezkur şartlar oluştuğunda ayrıca bu ceza istenebilir⁷⁶. Bu bağlamda, sözleşme dışı ilişkiler, hatta haksız fiilden doğan tazminat borcu için bile cezai şart kararlaştırılabilir. Cezaî şart, borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi halinde borçlunun alacaklıya karşı üstlendiği edim⁷⁷ olduğundan, tarafların iradesi ile asıl borcun garanti altına alınması amaçlanmaktadır⁷⁸. Böyle durumlarda alacaklının borçlu karşısında güçlendirilmesi amacıyla alacaklının zararını ispat etmesine gerek yoktur⁷⁹.

Kaynak İsviçre Kanunu şerhinde cezaî şartta edimin ceza veya tazminat olarak kararlaştırılabileceği belirtilir. Diğer yandan, OĞUZMAN edimin cezaî yönüne vurgu yapmakta, EREN ise zararı tazmin amacına değil, borcun ifasına hizmet ettiğini belirtmektedir⁸⁰. AYİTER, yalnızca “*bedel*” ibaresini kullanmakta iken⁸¹, ARSLANLI, maddedeki talep seçeneklerini değerlendirerek farazî sözleşme temeline dayandırmıştır⁸². EREL ise bu bedelin tazminat olduğunu belirtir⁸³. OĞUZMAN ve ÖZ, medenî hukuk cezası olarak da adlandırılan bu istisnai durumun kıyasen veya boşluk doldurma bahanesiyle genişletilemeyen istisnalardan biri olduğunu belirtir⁸⁴.

Cezaî şart sözleşme içeriğinde bulunan ve sözleşme şekline uygun olarak yapılan bir sözleşme ile genelde para olarak belirlenen belirli bir miktar veya açıkça belirlenmese de sözleşmeye göre belirlenebilen, ticarî nitelikteki ilişkilerde ancak

⁷⁶ SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 802.

⁷⁷ OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 529, 530.

⁷⁸ TUHR , a.g.e., s. 763; REİSOĞLU, a.g.e., s. 356; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1993, s.341; Necmettin FEYZİOĞLU, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C. II, İstanbul 1977, s. 388; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2038.

⁷⁹ Erol CANSEL, Çağlar ÖZEL, “**Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu**”, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/19-E.CANSEL-%C3%87-%C3%96ZEL.pdf>. Ceza koşulu için geçerli bir borç ilişkisi bulunmalı, ceza koşulunun asıl borçtan bağımsız ve parasal bir nitelik taşıması gerekir. (A.e., s. 718-733’dan naklen), YILDIRIM, Ayça Akkayan, “**Cezaî Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme**”, İÜHF, C. LXI, S. 1-2, Y. 2003, s. 357-414.

⁸⁰ ÖSER, SCHÖNENBERGER, a.g.e., s. 948; (YILDIRIM, a.g.m., s. 365’den naklen), OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 519; EREN, (**Genel Hükümler**), s. 1205.

⁸¹ AYİTER, a.g.e., s. 258. vd.

⁸² Halil ARSLANLI, **Fikri Hukuk Dersleri, II:Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul 1954, s. 212 vd.

⁸³ EREL, a.g.e., s. 340.

⁸⁴ OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e., s. 573.

yıkıma neden olduğu takdirde indirilebilen bir feri edimdir⁸⁵. Bu nedenle, TEKİNAY ve OLGAC bunun miktarı belli olan veya haksız fiilin sonrasında hesaplanabilen bir alacak olduğunu savunur⁸⁶. FSEK m. 68'deki talep için ise mütecavizin kusuru aranmamakta, hak sahibi ise uğradığı zararı ispat etmek zorunda kalmamaktadır⁸⁷. Kanunen kişinin hiçbir zararı olmasa dahi üç kat bedeli talep etme hakkı mevcuttur⁸⁸.

KILIÇOĞLU, talep edilen bedelin, eser sahibinin uğradığı zararın tazmininde zararın hesaplanmasıyla ilgili bir ölçü olduğu dikkate alındığında tazminat davasıyla ilgili m. 70'de düzenlenmesinin daha yerinde olacağı görüşündedir⁸⁹. Katıldığımız aksi görüşe göre sona eren tecavüz bakımından üç katına kadar bedel talep etme imkanının bulunmadığı, devam eden tecavüzde bir cezalandırma düşüncesinden hareket edildiği, kanunun amacından hareketle böyle bir ayırımın makul olduğu görülür⁹⁰.

TEKİNALP, FSEK m. 68 ile talep edilen rayiç bedelin ve sözleşme olması halinde istenebilecek tutarın üç katının talep edilmesinin tazminat niteliğinde bulunmayan tecavüz edeni caydırmaya yönelik kanundan doğan ve hak sahibine ödenen bir ceza olduğunu savunmaktadır. Tazminatın bir zararı giderdiği; oysa bu durumda bunun sözkonusu olmadığını belirtir⁹¹. Buradaki cezanın TBK 179'daki ceza olduğunu, rayiç telif ücretini mütecavize ödeterek tecavüz izlerinin tamamen silinmesi ile ref'in gerçekleştiğini belirtir⁹². Oysa, TBK 179'daki cezaî şart yalnızca sözleşme, dernek tüzükleri, şirket ana sözleşmeleri, işletme yönergeleri, toplu iş sözleşmeleri gibi hukukî işlemlerden doğduğundan maddenin hukukî temelini

⁸⁵ Von THUR, A. a.g.e., EDEGE, C. çevirisi s. 763 vd.; REİSOĞLU, a.g.e., s. 354 vd.; TEKİNAY, S. S., (**Borçlar**), s. 455 vd.; ÜSTÜN, a.g.t., s. 213.

⁸⁶ TEKİNAY, S. S. , a.g.e., s. 468; Senai S. OLGAC, **Kazai ve İlmi İctihatlarla Borçlar Kanunu**, C. I, Ankara 1976, s. 515 vd.

⁸⁷ KILIÇOĞLU, (**eleştiri**) s. 336, 338.

⁸⁸ Azra Arkan SERİM, "**Fikrî Hak İhlalleri ve Davaları**" **Fikrî ve Sinaî Haklar İhlaller & Davalar**, 2008, İstanbul Barosu Yayınları, s. 73; PİROĞLU, (**68. Madde**), s. 442.

⁸⁹ Ahmet KILIÇOĞLU, "**Fikrî Haklara İlişkin Bazı Sorunlar ve Yasa Tasarısının Eleştirisi**" **TBB**, 1994/3, s. 336-338.

⁹⁰ GÖKYAYLA, "**Değerlendirmeler**", s. 13, 14.

⁹¹ TEKİNALP, a.g.e., s. 319; Hamdi YASAMAN, "**Fikrî Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar**, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı", C. I, İstanbul 2002, s. 811.

⁹² TEKİNALP, a.g.e., s. 319.

açıklayamamaktadır⁹³. Ayrıca kanun ile cezaî şartın düzenlenmesi de mümkün değildir⁹⁴.

BOZBEL de bu cezanın medeni ceza olduğunu, bu cezanın TBK m. 179 anlamında ceza olmayıp faile üç kat bedel ceza yüklenerek bir taraftan onu haksız davranışlarının sonuçlarına katlanmak zorunda bırakılmasının hedeflendiğini; diğer taraftan benzeri olayların tekrarlanmaması yönünden önleyici bir emsal teşkil ettiğini belirtmektedir⁹⁵. ÖZTAN da bizim de katıldığımız yukarıdaki görüş doğrultusunda, fıkra da geçen bedelin kanundan doğan medenî ceza olduğunu savunur. Bu anlamda, ihlali gerçekleştirene bir ceza yüklenerek failin haksız fiilin sonuçlarına katlanması hedeflenirken, bir taraftan da tekrarlanmaması için önleyici bir emsal yaratılmaktadır⁹⁶. İzinsiz olarak çoğaltılan nüshaların satışa sunulması halinde farazî sözleşme ilkesi gereğince talep edilebilecek rayiç bedel talebi, eser sahibinin uğradığı zararın tazmininde zararın hesaplanmasıyla ilgili bir ölçü değildir⁹⁷.

Farazî sözleşme ilişkisi, doktrinde hak sahibinin ihlal edilen haklarına ilişkin bedel hesaplama yöntemine dayanak olan hak sahibi ile mütecaviz arasında kurulduğu varsayılan bir sözleşmesel ilişkidir. Dava sonucu davalıyı bedel ödemeye mahkûm eden ilâm, taraflar arasında gerçek bir fiili sözleşme ilişkisi kurmaz. Farazî sözleşme ilişkisi ile malî hakların ihlali durumunda davacıya verilecek miktarın hesaplanması için öngörülen matematiksel bir yöntem getirilmek istenilmiştir⁹⁸.

Medenî hukuktaki temel anlayışın fikrî haklara yansımaları niteliğindeki ref ile ilgili düzenlemeler açısından, hak sahibine ödemesi gereken üç katı bu bedel karışıklığa neden olmaktadır. Bu bedelin tazminat olarak kabulü halinde ise bu kez tazminatın bir kısmının 68 inci maddede kalan kısmının 70 inci maddede düzenlenmesi gibi hukuk tekniğine aykırı bir sonuç çıkar. Ref davası açılarak 68 inci madde uyarınca bedel talep edildiğinde 70/f. 2 gereği tazminat ancak davalı kusurlu

⁹³ Hüseyin EKİNCİ, **Doktrin ve Uygulamada Cezaî Şart**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 47.

⁹⁴ EREN, (**Genel Hükümler**), s. 1260.

⁹⁵ BOZBEL, a.g.e., s. 555, 556.

⁹⁶ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 657-660.

⁹⁷ Ahmet KILIÇOĞLU, “**Fikrî Haklara İlişkin Bazı Sorunlar ve Yasa Tasarısının Eleştirisi**”, TBB Dergisi, Y. 1994, S. 3, s. 335, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/1994-19943-946.pdf. Erişim T. 30. 4. 2012.

⁹⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 318.

ise ve davacının zararı hükmedilen bedeli aşıyorsa talep edilebilir⁹⁹. Ayrıca, bu dava haksız fiile dayandığından haksız fiilere karşı yöneltilebilecek talep haklarına dayanmaktadır.

Dokrindeki ve Yargıtay uygulamalarındaki hakim fikre göre, eser sahibinin izni olmaksızın tercüme edilmiş, sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilenden fazla sayıda basılmış nüshalar, diğer şekilde işlenmiş, radyo-TV aracılığıyla yayınlanmış veya temsil edilmiş ise hak sahibi sözleşme yapılsaydı isteyebileceği bedelin veya rayiç bedel itibarıyla isteyebileceği miktarın üç katını isteyebilir¹⁰⁰. Maddedeki üç kat fazlası ifadesi asıl ile birlikte üç katı şeklinde yorumlanmaya müsait olsa da hükmün talep edilebilecek ücretin üç katı şeklinde anlaşılması gerekir¹⁰¹. Sözleşme dışı ve belirtilenden daha fazla sayıda basılmış nüshaların üç katı bedele hükmedilmekle yasal hale geldiği ve FSEK m. 68/f. 4 hükmünde belirtildiği şekilde hakkı ihlal edilen eser sahibinin bu talepleri kullanmasının mahkeme huzurunda yapılmış farazî bir sözleşmeye yol açacağı farzedilir¹⁰². EREL, ödenen bedel ile sözleşmeden doğan borç ifa edilmiş sayılacağından, mütecavizin çoğaltma ve yayım haklarını kendi nam ve hesabına kullanarak, çoğalttığı nüshaları kanunî şartlar dairesinde yayımlayabileceğini savunur¹⁰³. Bedelin ödenmesi veya araç-gereçlerin ortadan kaldırılması, eseri izinsiz çoğaltan kişinin diğer yasal sorumluluklarını ortadan kaldırmayacağından, kanun kişinin cezai sorumluluğunu saklı tutmaktadır¹⁰⁴.

⁹⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 319; BOZBEL, a.g.e., s. 557.

¹⁰⁰ TEKİNALP, a.g.e., s. 339; ERDİL, a.g.e., s. 151, 161; “..Öte yandan söz konusu sözleşmenin fesih suretiyle sona erdiği tarih ile karşı dava tarihleri arasındaki dönemler bakımından da, öncelikle davacı-karşı davalı Vakıf tarafından uyuşmazlığa konu eserlerin baskılarının yapıp yapılmadığı hususunun belirlenmesi, bu dönemlerde gerçekleştirilmiş baskı eylemi mevcut ise bu durum çoğaltma ve yayma hakkının sözleşme dışı ihlalini oluşturacağından, bu dönemler için 5846 sayılı FSEK’in 68. maddesi kapsamında tazminatın tayini gerekir.”11. HD. T. 25.01.2016, E. 2015/6588, K. 2016/700, www.uyap.gov.tr, Erişim T. 12.04.2016.

¹⁰¹ ERDİL, s. 154; EREL, a.g.e., s. 339; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 32; ŞAHİN, a.g.e., s. 169; PİROĞLU, (68. Madde), s. 443.

¹⁰² ERDİL, a.g.e., s. 156; TEKİNALP, a.g.e., s. 322;; EREL, a.g.e., 339; AYİTER, a.g.e., s. 258; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 394; Tekin MEMİŞ, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesinin Getirmiş Olduğu Sistemin Değerlendirilmesi, Radyo-Televizyon Yayınlarında ve Kamuya Açık Alanlarda Eserlerden Yararlanma ve Telif Hakları Zirvesi**, Ankara 2005, s. 82.

¹⁰³ EREL, a.g.e., s. 302.

¹⁰⁴ BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 860.

FSEK m. 68'in eski metnindeki “*mutad bedel*” kavramı 7. 6. 1995 gün ve 4110 sayılı Kanun ile “*rayiç bedel*” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişikliğin maddenin gerekçesinden salt madde metnini Türkçeleştirmek amacıyla yapıldığı, değişiklikte amacın “*rayice göre tespit edilecek telif ücretinin üç katını ödettirerek hak sahibinin zararını ispat yükünden kurtarmak ve böylece ispat edilemeyen zararın eser sahibinin sırtında kalmasına engel olmak*” şeklinde açıklandığı görülmektedir¹⁰⁵. Kanun'da 4110 sayılı değişiklik ile getirilen üç kat bedel hükmü caydırıcılığa dönük bir yenilik olup değişikliklerde de bu hüküm korunmuştur¹⁰⁶.

2001 tarihli 4630 sayılı yasa ile yapılan sonraki değişiklik ile “*İzni alınmamış eser sahibi sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal rayiç bedel itibariyle uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını isteyebilir.*” denilerek rayiç bedel deyimine “*emsal*” kelimesi eklenmiş ve “*sözleşme yapılması halinde isteyebileceği bedel*” kavramıyla da bir başka talep seçeneği getirilmiştir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ 11. HD. T. 02. 04. 2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271, (PİROĞLU, (68. Madde), s. 451-452'den naklen). Yazar 68 inci maddenin 05.12.1951 tarihli ilk metnindeki eser sahibi hakkının tecavüze uğraması halinde eser için kendisinden izin alınması durumunda isteyebileceği mutad bedelin %50 fazlasını talep edebilmesinin maddenin en iyi hali olduğunu savunur. PİROĞLU, (68. Madde), s. 452; TEKİNALP, a.g.e., s. 318.

¹⁰⁶ PİROĞLU, (68. Madde), s. 452.

¹⁰⁷ DEMİR, a.g.e., s. 115. “*5846 sayılı FSEK'nin 68. maddesinin 07.06.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanun ile değişikliğinden sonraki metninde "mutad bedel" kavramı "rayiç bedel", "%50 fazlasını isteyebilme" hakkı da "en çok üç katını isteyebilir" olarak değiştirilmiş ve söz konusu artırımın yapılabilmesini kusur şartına bağlayan 68. maddesinin (5.) fıkrası da yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, malî hakların ihlali halinde eser sahibinin rayiç bedel üzerinden isteyebileceği artırım oranı müteceviz aleyhine daha da ağırlaştırıldığı gibi bu artırımın kusur koşuluna bağlanması ve tarafların kusur oranlarına göre gerektiğinde % 50'nin altında bir indirim yapmak konusunda hakime tanınan takdir hakkı ortadan kaldırılmıştır... hak sahibini zararını ispat külfetinden kurtarmak ve böylece ispat edilemeyen zararın eser sahibinin sırtında kalmasına engel olmak amaçlanmış, "sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir" diyerek tazminat hesabına açıklık getirilmiştir. (HGK 20.03.2002 tarih 176/214 sayılı, HGK 02.04.2003 tarih 260/271 sayılı kararları). Ancak, öğretide de benimsendiği üzere, 4110 sayılı Kanun'la değişik 5846 sayılı FSEK'nin 68. maddesinin uygulanmasında mütecevizin kusuru aranmamakla birlikte, ortak kusurun varlığı halinde; mahkemece tecavüzün refi için alınacak tedbir niteliğini tayin açısından aynı Kanun'un 66/4. maddesi dikkate alınabileceği gibi, belirlenen toplam bedel itibariyle BK'nın 42 ve 43. maddelerinin uygulanması da mümkündür (Prof. Dr. Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s.649 Ünal Tekinalp, Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005, s.303)....-Bu bilgiler ışığında, mahkemece, BK 'nın 43. maddesinin uygulanmasını gerektirir biçimde ortak kusurları bulunup bulunmadığı tartışılmaksızın, emekli öğretmen olan ve emlakçılık yapan davalının sosyal durumu, yaptığı işe göre programı kullanma oranı, sadece çoğaltma hakkını ihlal etmiş olması, manevî hak ihlalinin bulunmaması, ceza yargılamasında zararı karşılamış olması gibi hususları, FSEK'nin 68. maddesindeki tazminatı tek kat olarak*

FSEK m. 68/f. 1, 5728 sayılı Kanun ile 23. 01. 2008 tarihinde eser sahibi “*hak sahipleri*” olarak değiştirilmiş ve uğranılan zarar unsuru maddeden çıkartılmıştır. KILIÇOĞLU’na göre maddeden zarar kavramı çıkartılmışsa da, burada malî hakların ihlali halinde hak sahibi, bir kayba uğradığı takdirde tecavüzün refi davası ile rayiç olan bedelin üç kat fazlasını talep edebilecektir¹⁰⁸. Oysa burada tecavüz çok bilinen bir sanatçı veya yazar tarafından yapılabilir. Bunun sonucunda hak sahibinin eserinin daha fazla sattığı veya film gösteriminin arttığı durumda hak sahibinin bu tecavüzden dolayı zarar değil aksine daha fazla gelir elde ettiği düşünülebilir. Bu takdirde de FSEK m. 68’in medeni ceza niteliği gözönüne alınarak zarar olmasa da hak sahibinin üç katına kadar bedel talep hakkı bulunması gerekir.

FSEK m. 68/f. 1’in 4110 sayılı kanun ile kanunun eski değişikliğindeki TBMM gerekçesinde “*eserin izinsiz kullanılması halinde hak sahibinin uğradığı zararın tazmin edilmesi ile ilgili olarak mevcut kanunun 68/1 f.’da yapılan düzenlemesiyle bu fıkra kullanılan “rayiç bedel itibarıyla” ifadesinin yanı sıra emsal bedel ifadesi de eklenmiş ve kriter belirlenmesinde kolaylık sağlanması amaçlanmıştır. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında geçen “üç kat fazlası” ifadesiyle de paralellik sağlanması amaçlanmıştır. 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu maddedeki bedel tespitinde meslek birliklerinin görüşünün esas alınması hükmü kaldırılmıştır*” açıklaması yapılmaktadır¹⁰⁹.

5728 sayılı kanun ve ceza kanunlarıyla mevzuatımızda cezaî hüküm içeren diğer kanunlar arasında paralelliğin sağlanması amaçlı ve uygulamada meslek birliklerinin çoğunlukla davacı taraf konumunda olması, uygulamanın adil olmaması, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmadığı ve meslek birliklerinden bilirkişi seçimi ile de bu ihtiyacın giderilebileceği gerekçeleri ile kaldırılmıştır¹¹⁰.

uygulanmaya gerekçe yapan kabulü doğru olmadığı gibi, davalının emekli öğretmen olması, emlakçılık yapması ve programın bir çok modülünü kullanabilecek durumda bulunmaması nedeniyle yıllık kiralama seçeneğinin uygulanması bozmayı gerektirmiştir.” 11. HD., 11.11. 2013, E. 2013/2693, K. 2013/20125; T. 24.03.2008 E. 2007/2014, K. 2008/3792.(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 11.01.2014.

¹⁰⁸ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 394.

¹⁰⁹ KAÇAK, a.g.e., s. 299.

¹¹⁰ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 650; PİROĞLU, (**68. Madde**), s. 453; GÜNEŞ, a.g.e., s. 132; Gürsel ÜSTÜN, “**Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik**

Maddedeki üç katı bedelin ne şekilde yorumlanacağına ilişkin olarak maddedeki zarar ibaresi çıkartılmadan önceki eski halinde TEKİNALP, üç katı tazminattan anlaşılması gerekenin zararın üç katı olacağı¹¹¹, KILIÇOĞLU ise zarar ile birlikte üç katı tazminata hükmedileceğini belirtmekte idi¹¹². RKHK'nun 58 inci maddesinde de benzeri düzenleme ile zararın üç katı denilmektedir¹¹³. Doktrinde “*lisans örneksemesi*”, “*varsayımsal lisans metodu*” olarak adlandırılan hesaplama yöntemleri sınai haklara ilişkin mülga KHK’larda ve yürürlüğe giren 6769 sayılı SMK’da bulunmaktadır. 6769 sayılı SMK’da da tüm sınai mülkiyete ilişkin olarak zararın tazmininin, Kanun’un 150 nci maddesindeki tazminat davası ile 151inci maddesindeki yoksun kalınan kazancın talep edilebileceği düzenlenmiştir¹¹⁴. Burada varsayılan bir ücret söz konusu olup, maddî tazminatın yoksun kalınan kazanç kısmı hesap edilmektedir. Doktrinde, “*adeta bir sözleşme varmış gibi*”, “*varsayımsal sözleşmeye göre*”, “*lisans ücretine denk bir götürü ücret*” veya “*lisans bedeli örneksenerek tazminat talebi*” gibi belirtilen bu yöntem farazî sözleşmeye dayalı ispat yükü içermeyen basit bir hesaplama aracıdır. Böylece, davacı zararın tam miktarını veya illiyet bağıını ispatla yükümlü olmayacaktır.

Yargıtay uzun süre davanın kabulünde taraflar arasında sözleşme bulunması durumunda istenebilecek bedelin üç katına hükmedilmesine karar vermektedir¹¹⁵. İki

Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının Son Metnindeki FSEK ile İlgili Hükümler ve Eleştirilerimiz”, İstanbul Barosu Dergisi, 2007/1, s. 163-169; PİROĞLU, (68. Madde), s. 453.

¹¹¹ TEKİNALP, a.g.e., s.319, 320.

¹¹² KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 55.

¹¹³ 4054 sayılı Kanun, RG.,Yayım T. 13. 12. 1994, S: 22140, Kanunun zararın tazmini başlıklı 58. maddesi, “*Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.*

Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddî zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.”düzenlemesini kapsar.

¹¹⁴ Mülga 556 sayılı MarKHK’da benzeri düzenleme farklı iki maddede yapılmış olup m. 64’de meydana gelen zarara ilişkin, m. 66’da ise yoksun kalınan kazançla ilişkin düzenleme vbulunmakta idi.

¹¹⁵ 11.HD. T. 20. 06 2013, E. 2006/119, K. 2013/125; T. 23.06.2014, E. 2014/1671, K.

katı tazminat verilmesi durumunda verilen karar bozulmakta ve karara muhalif kalan daire üyeleri ise muhalefet şerhinde hakimın takdir hakkı bulunduğunu belirtmektedir¹¹⁶. Yargıtay'ın konuyla ilgili daha sonraki bir kararında ise FSEK 68inci maddesinin uygulanmasında mütecavizin kusuru aranmamakla birlikte ortak kusurun varlığı halinde mahkemece tecavüzün ref'i için alınacak tedbir niteliğini tayin açısından m. 66/f. 4'ün dikkate alınabileceği, belirlenen toplam bedel itibarıyla TBK. 50 ve 51 hükümlerinin uygulanabileceği kararı verilmiştir¹¹⁷. Kusur değerlendirmesi ve üç katı bedelin takdiri hususunda Yargıtay'ın son dönem konuya

2014/11833; "Davacının, FSEK 68/1. f. uyarınca rayiç bedelin üç katına hükmedilmesine ilişkin talebi gözetilerek hüküm kurması gerekirken kararda yazılı gerekçelerle iki katına hükmedilmesi doğru görülmemiştir., 11. HD. 25/01/2010 T, E 2008/8996 , K 2010/757; "...Ancak, FSEK 'nun 68/1. fıkrasındaki eser sahibinin, uğradığı zararın, en çok üç kat fazlasını isteyebilir." şeklindeki düzenleme, eser sahibinin malî haklarına tecavüz halinde gerektiğinde rayiç bedelin üç katının mütecavizden istenebilmesi hususunda eser sahibine tanınmış bir seçeneğin kullanılması yetkisidir. Bu bakımdan, Kanun'da eser sahibine tanınan rayiç bedelin üç katı fazlasına kadar isteyebilme seçeneklerinden herhangi birisini kullanma yetkisi eser sahibi olan davacıya aittir. Mahkemece seçilen talep değiştirilemez..... rayiç bedelin üç katına hükmedilmesine ilişkin talebi gözetilerek hüküm kurulması gerekirken, kararda yazılı gerekçelerle iki katına hükmedilmesi doğru görülmemiş kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir." şeklinde karar vermiştir. 11.HD. T. 10.02.2010, E. 2010/10435, K. 2011/452, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 28.08.2013.

¹¹⁶ 11. HD. T. 28.09.2009, E. 2008/5307, K. 2009/9739; 11. HD. T. 20.01.2011, E. 2010/10435, K. 2011/452. (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2035, dpn. 108, 109'dan naklen), Aynı yönde, "...Oysa, mahkemece tarafların somut uyuşmazlık bakımından BK 43. maddesinin uygulanmasını gerektirir biçimde ortak kusurları bulunup bulunmadığı tartışılmaksızın, sadece rayiç bedelin üç katı olan 519.849.00 YTL'nin adalet ve hakkaniyete uygun olmadığı gerekçesiyle yazılı şekilde iki misli artırım yapılmak suretiyle kısmen kabul kararı verilmesi doğru görülmediğinden .." 11. HD. T. 27.12.2011, E. 2011/14831, K. 2011/17744.(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 12.01.2014; Fotograf sanatçısının manzara fotoğrafının izinsiz kullanımı nedeniyle manevî tazminata hükmedilmesi gerektiğinden bahisle bozulan mahkeme kararına Dairenin muhalif kalan üyesi 68inci madde uygulanması yönünden hakimın takdir hakkını belirterek şerh koymuştur.11. HD. T. 16.06.2014, E. 2014/5598, K. 2014/11532; 11. HD,T. 08. 03. 2016, E. 2015/ 5599, K. 2016/2542, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 14.07.2014; Aynı mahiyette, aynı Dairenin, T. 18.03. 2013, E. 2012/15689, K. 2014/5290; "Senede Bir Gün" isimli filmin yapımcısı tarafından ihlale dayalı FSEK m. 68 gereği açılan davada aynı şekilde muhalefet şerhi bulunmaktadır. T. 08.12.2015, E. 2015/5432, K. 2015/13111;T. 18.11.2015, E. 2015/9439, K. 2015/12193, Erişim T. 08.02.2016 (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 02.06.2014.

¹¹⁷ 11. HD. T. 27.12.2012, E. 2011/14831, K. 2012/17744, (ALICA, C. II, s. 2036, dpn. 110'dan naklen).

ilişkin kararlarında üç üye haklı olarak muhalefet şerhi koymaktadır¹¹⁸. Oysa tazminatın hesabında m. 68'deki rayiç bedel, önce uzman bilirkişiler ile tespit edilmeli, sonra da somut olaya bağlı olarak üç katı mı yoksa daha az bir miktar mı tazminata hükmedileceğine takdiren karar verilmelidir¹¹⁹. Hesaplanan miktarın üç katı üst sınır olmalıdır¹²⁰. Yargıtay'a göre FSEK m. 68/f. 1 hükmüne dayanılarak açılan bir davada, üç kat tazminat istenmediği gerekçesiyle üç kat fazlaya hükmedilemeyeceği yönünde hüküm kurulamaz. Çünkü üç kat fazlası dava ile zaten

¹¹⁸ Yargıtayda "...talep edilebilecek "en çok üç kat fazla" tazminatın tecavüzün şümulüne ve kusurun ağırlığına göre belirlemek yetkisinin mahkeme hakimine ait olduğu, ihlalin gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı BK.'nın 43/1 maddesinin (6098 s. TBK. m. 51) de bu yetkiyi desteklediği, mahkemenin bu hususları tartışmadan doğrudan belirlenen rayiç bedelin üç katına hükmetmesinin isabetsiz bulunduğu, Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili 28. 02.2013 gün 2012/133 Esas 2013/33 sayılı kararında yer verilen "maddedeki üç katı ibaresi ile hak sahiplerinin dava yoluyla isteyebileceği bedele üst sınır getirildiği, hakim taleple bağlı olduğuna dair veya takdir yetkisine ilişkin olumsuz bir düzenleme içermediği, bu sınır içerisinde kalmak şartıyla hakim dosya içeriği ve talebi de gözeterek takdir yetkisi kullanacağının açık olduğu ve her dava konusu olayda tartışılması ve değerlendirilmesi gerektiği" şeklindeki gerekçenin de muhalefet görüşümüz doğrultusunda bulunduğu hükmün bu nedenlerle bozulması gerektiği kanaatinde olduğumuzdan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz." şeklinde muhalefet şerhi düşülmektedir. 11. HD. T. 18. 03. 2013, E. 2012/15689, K. 2014/5290, Aynı Daire T. 30.05.2017, E. 2015/4042, K. 2017/1973. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 02.06.2014; Aynı dairenin T. 16.6.2014, E. 2014/5598, K. 2014/11532, T. 30.05. 2016, E. 2015/10991, K. 2016/5936, www.kazanci.com. Erişim T. 12.09. 2015.

¹¹⁹ "... düzenleme, malî haklarına tecavüz halinde gerektiğinde rayiç bedelin üç katını mütecavizden isteyebilmesi hususunda eser sahibine tanınmış bir yetkinin kullanılmasıdır. Diğer bir deyişle, Kanun'da eser sahibine tanınan rayiç bedelin üç katı fazlasına kadar isteyebilme seçeneklerinden herhangi birisini kullanma yetkisi eser sahibi olan davacıya aittir. Mahkeme seçilen talebi değiştiremez". HGK. T. 02.03.2004, 260/271, T. 20.03.2002, 176/214, 11. HD. T. 25.01.2010, 8996/757; "...davacının malî haklarına tecavüzde bulundukları iddiasıyla davalılardan FSEK'nun 68/1. maddesi hükmüne dayanarak talepte bulunduğu işbu davada, malî haklara tecavüzde bulunan davalıların tazminatla sorumlu tutulabilmeleri için kusur şart değildir. ... O halde mahkemece, davacının FSEK'nun 68/1. fıkrası uyarınca rayiç bedelin üç katına hükmedilmesini isteyebileceği gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle belirlenen tazminatın bir katına hükmedilmesi de doğru görülmemiştir." gerekçesi ile kararı bozmuştur. 11. HD, E. 2011/5205, K. 2011/9022, T. 19.7.2011, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 21.10.2012; Davacıların FSEK m. 68' e dayalı olarak açtıkları davada sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin veya emsal veya rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç katı fazlasını talep ettikleri davada, ilk açtıkları davada fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak üç kat fazlasını istemediklerinden üç kat fazla zarara hükmedilemeyeceğine ilişkin gerekçenin doğru olmadığına ilişkin, YHGK. 02.04.2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271, ERDİL, a.g.e., s. 537.

¹²⁰ "...Mahkemece, bilirkişi raporunda hesaplanan ve hüküm altına alınan miktarın, sözleşme olsaydı istenebilecek miktarın dört katı fazla olduğu gözden kaçırılarak fazla miktarda maddî tazminata hükmedilmesi doğru değildir." 11. HD., T. 6.3.2000, E. 1999/9978, K.2000/1893 (Çevrimiçi) www.kazanci.com.Erişim T. 23.03.2012; Aynı karar için bkz. KAÇAK, a.g.e., s. 301.

anlaşılmaktadır¹²¹. Yargıtay'ın, FSEK m. 68/f. 1'e göre açılan davalarda malî hakların ihlali tespit edildiğinde üç katı bedel ödenmesine hükmetmesi, fakat hukuka aykırılığın sona ermesi halinde de bu şekilde karar vermesi GÖKYAYLA tarafından haklı olarak eleştirilmektedir¹²². Bu durumda tecavüz sona erdiğinden bedel talep edilebilmesi mümkün değildir. Davacı sadece FSEK m. 70 gereğince tazminat talep edilebilmesi gerekecektir. Bu bağlamda farazî sözleşme dava açan hak sahibine ispat kolaylığı sağlamayı amaç edinmiştir.

Fikrî haklarda lisans sözleşmesi, iki tarafın karşılıklı irade beyanlarının uzlaşmasıyla kurulan, rızaî, tam iki tarafa borç yükleyen (synallagmatique) bir akittir. Bu sözleşme, fonksiyonel karşılıklılık içeren, sürekli borç ilişkisi doğuran ve kullandırma amacı güden bir sözleşmedir¹²³. Gerek basit gerekse tam lisans bir çeşit aynı hak niteliği taşır.¹²⁴ Kanun'da ruhsat veren malî hak sahibi başkalarına da aynı ruhsatı verebiliyorsa basit ruhsat, ruhsat sadece bir kimseye mahsus ise verilen ruhsatın tam ruhsat olduğu düzenlenmiştir. Lisans alan, kanundan kaynaklanan bir yetki ile karşı tarafı lisans sözleşmesi yapmaya zorlama imkânına sahip ise bu lisanslara zorunlu lisans denir¹²⁵. Kanunî lisansta ise mahkeme kararı gerekmez bir kanun hükmü gereğince lisans verilmekte¹²⁶ ve hakim kararına gerek

¹²¹ SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 907, 908.

¹²² Bir karikatürist ve ressamın eserlerinin canlandırma şeklinde bir televizyon kanalında yayınlanması durumunda taraflar arasında sözleşme bulunması durumunda talep edilebilecek miktarın göz önünde tutularak tazminat hesaplanması gerektiğine ilişkin HGK.T. 20. 03. 2002, E 2002/11-176, K-2002/214; Aynı şekilde, 4. HD. T. 12. 02. 2002, E 2001-12748 , K 2002/1613 sayılı kararında davacılar tarafından yazılan Yeşilçamda Bir Sultan adlı eserden isimsiz alıntı yaptıkları ve dava konusu yayın nedeniyle FSEK'e aykırı davrandıkları kesinleşmiş ve bu tür haksız eylemler sonucu oluşan zararların FSEK 68/I hükmüne göre belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır; 11. HD, T. 18. 05. 2005, E 2004/7215, K. 2005/5336 kararda izinsiz olarak yapılan özet maç yayını için FSEK 68/1 hükmünün uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir. GÖKYAYLA, (Değerlendirmeler), s. 14.

¹²³ TEKİNALP, a.g.e., s. 230; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 117;BOZBEL, a.g.e., s. 258, 259.

¹²⁴ REHBİNDER (2010), N. 558 ve 560; SCHACK (2010), N. 604, (TEKİNALP, a.g.e., s. 234'den naklen).

¹²⁵ REHBİNDER, Urheberrecht, s. 200; OKTAY, ÖZDEMİR, s. 16, (AYDINCIK, a.g.e., s. 63'den naklen), Doktrinde FSEK 9/2 ve 10/2 hükümlerinde zorunlu lisans bulunduğu belirtilir. ARSLANLI, a.g.e., s. 152; EREL, a.g.e., s. 265.

¹²⁶ Eski FSEK 43/2 hükmündeki her türlü yayınlarda tanıtım amacıyla kullanılan eserlerin tümü üzerinde hakları zedelemeyecek düzeydeki tanıtım amaçlı kısa tespitler için eser sahiplerinden izin alınmayacağı ve herhangi bir ücret ödenmeyeceği hükmü, kanunî ruhsata örnektir. İdari bir düzenleme ile lisans verilme imkanı varsa bu da eksik kanunî lisansdır. FSEK 47/1'deki

duyulmamaktadır. Üç katı bedel karşılığı kurulan sözleşmesel ilişki ise kanun maddesinde düzenlenmediğinden bir mahkeme kararı sonucu farazi bir sözleşme suretiyle gerçekleştiğinden kurulan hükmün sonuçları kanuni ruhsat verilmesi olarak değerlendirilemez. FSEK m. 68 hükmündeki farazî sözleşme doktrin ve Yargıtay uygulamalarında olduğu gibi ihlali gerçekleştiren lehine bir tür ruhsat sağlayan ve hukuka aykırılığı para karşılığı kanunî hale dönüştüren bir görüştür. Bu görüş kanaatimizce de hatalıdır. İhlal ile meydana gelen fiilî durumun mütecavizin yanına kâr kalmaması, mütecavizin elinde ihlale ilişkin hiçbir eser yahut malzeme bırakılmaması; buna karşın cezaî açıda uygun bir bedel takdir edilmesi daha adil olacaktır.

İhlal çoğunlukla bir kerede gerçekleşir ve biter. Örneğin, izinsiz olarak başkasının hak sahibi olduğu sinema eseri bir televizyon kanalında bir kere yayınlanmış olabilir. Bu durumda mahkemece tecavüzün varlığı araştırılarak tecavüz devam etmiyorsa ve sona ermişse tecavüzün ref'i talebi reddedilmelidir. Dava açıldığı anda tensiben verilen bir ihtiyati tedbir kararı açılan davadaki talebin reddini gerektirmez¹²⁷.

Sorumluluk hukukunda genel ilke gereği tazminat zarar miktarından az olabilir; ancak fazla olamaz. FSEK. m. 68'e göre hak sahibinin yoksun kaldığı miktarı talep edebileceği, fakat diğer taraftan talebinin yoksun kaldığı miktarla sınırlı olmadığı, söz konusu bedelin üç katına kadar da olabileceği belirtildiğinden hakim zarar ve tazminatın belirlenmesine ilişkin sorumluluk hukuku esaslarından ayrılarak bedeli takdir yetkisini kullanmak suretiyle belirler¹²⁸.

FSEK m. 68/f. 4 gereği bedel talebinde bulunan kişinin tecavüz edene karşı *"onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir.,, ifadesi ile farazî bir sözleşmenin varlığı benimsenmiştir¹²⁹.*

kararname ile memleket kültürü için önemi haiz eserlerin malî haklardan faydalanma salahiyetinin münasip bir bedel ödenerek koruma süresinin bitiminden önce kamuya mal edilmesi gösterilebilir. REHBİNDER, Schweizerisches Urheberrecht, s. 153; OKTAY, ÖZDEMİR, s. 16, (AYDINCIK, a.g.e., s. 64'den naklen) TEKİNALP, a.g.e., s. 234.

¹²⁷ ERDİL, a.g.e., 1192, 1193; TEKİNALP, a.g.e., s. 319; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2144; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 449, 450.

¹²⁸ GÖKYAYLA, (**Değerlendirme**), s. 15, 16.

¹²⁹ HIRSCH, a.g.e., s. 191; ARSLANLI, a.g.e., s. 218; BELGESAY, a.g.e., s. 128; AYİTER, a.g.e., s. 258; EREL, a.g.e., s. 255.

ÜSTÜN'e göre davanın başında farazî nitelikte olan sözleşme, hukukî menfaatlerin dengelenmesi amacına da uygun olacak şekilde, hükmedilen bedelin ödenmesi ile gerçek bir sözleşmeye dönüşmektedir. Böylece hükmün kesinleşmesi ile eser sahibi rayiç bedele, mütecaviz de hukuka aykırı eyleme ilişkin belirlenen bedeli ödeyerek bazı malî haklara ulaşmaktadır¹³⁰.

Bir sözleşmede, sözleşmeye aykırılık halinin gereği olarak borçlunun sorumlu tutulması için kusurunun bulunması gerekir. Borçlu kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Eğer taraflar arasında farazî de olsa bir sözleşme bulunduğu kabul edilirse sözleşmeler hukukuna ait hükümlerin uygulanması nitekim kusur yönünden de sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlerin uygulanması ve davalının da kusurunun aranması gerekir. İhlalin haksız fiil olarak değerlendirilmesi ile tarafların bir lisans sözleşmesi yaptığı farzedilmesi farklı sonuçlar doğurmaktadır. Yargıtay, taraflar arasında hak kullanımı yetkisi devir sözleşmesinin varlığı ve devrin konusunu oluşturabilecek malî hakların kullanılmasını sağlayacak şekilde umuma arz manevî yetkisinin de ihlal eden tarafından kullanılabilmesini belirtmektedir. Yargıtay konuya ilişkin, *".. farazî sözleşme ilişkisi sebebiyle kullanımına izin verilen malî hakların niteliği itibariyle davacıya ait manevî haklardan eserin umuma arzına da muvafakat edildiğinin kabulü gereklidir"* şeklinde geniş yorum yapmaktadır. GÖKYAYLA'nın da haklı olarak eleştirdiği üzere; Kanun hükmünden kaynaklanan bu aksaklık Yargıtay'ın bu görüşü ile eser sahibini sözleşme yapmak istemediği bir kişiyle sözleşme yapmış gibi kabul edilecektir. Ayrıca, ihlali yapan, bir bedel ödediği düşüncesi ile hukuka aykırı da olsa müdahalesine devam etme hakkına sahip olduğunu düşünecektir. Sözleşmeler hukuku bakımından irade kurucu unsuru göz ardı edilmek suretiyle, ücret karşılığı hukuka aykırılığa izin verilemez. Hak sahibinin talebi ile ödeme yapıldığında çoğaltılan nüshalar piyasaya sürülürse, bunların piyasaya sürülmesi yasallaşır. Bu durumda piyasada korsan yayınlar özgün baskılar ile birlikte bulunacaktır. Yazar sadece bir bedel ödenmesinin tecavüzün refi için yeterli olmadığını, konuya ilişkin mahkeme kararlarının hem tecavüzün ref'i davası, hem de kanundaki temel ilkelerle

¹³⁰ ÜSTÜN, a.g.t., s. 343; VON Tuhr, a.g.e., s. 158, dpn. 61-63, s. 159 dpn., s. 144, dpn. 72a; OLGAC, (**Borçlar**), s. 42, 43, dpn. 690.

paralellik taşımadığını belirterek, bizzat kanun hükmünün yanlışlığa yol açtığını bu nedenle kanunda bir değişiklik yapılması gerektiğini belirtmektedir¹³¹.

Kanaatimizce bedel hesaplanmasını kolaylaştırmak amacıyla düzenlenen bu maddenin açıklanması amacıyla doktrin tarafından geliştirilen farazî sözleşme kavramının manevî hak ihlaline muvafakat edilmesine varacak derecede genişletilmesi hukuka aykırıdır. Kurulan hüküm ile taraflar arasında ihlale konu farazi sözleşme kurulmaktadır. Üç katı bedel ödenmesi daha sonraki bir tecavüzü yasal hale getirmez. FSEK m. 68 hükmünün düzenlenmesindeki amaç, meydana gelen bir zararı gidermek değil, tecavüz eden kimselere verilen ceza ve caydırıcı mahiyetteki bir bedelin ödetilmesi aynı zamanda hak sahiplerini hak aramaya teşvik edici bir unsur olarak da düşünülmesidir.

FSEK m. 68/f. 1 hükmü farazî bedelin ödemeye esas tutarın hak sahipleri ile sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedele göre belirlenmesi şeklinde veya kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedel olmak üzere iki yöntem getirmektedir. Doktrinde 5728 sayılı Kanun ile 2008 yılında maddeye eklenen “*rayiç bedel*” deyimine ilişkin meslek birliklerinin hak takibine yetkili olduğu durumlarda m. 41 ve 42 çerçevesinde umuma açık mahallerde kullanım, yayım ve iletime ilişkin sözleşmeye bağlanmış tarifelerde veya mahkemece belirlenen tarifiede yer alan bedel olabileceği ileri sürülür¹³².

Yargıtay, FSEK m. 68/f. 1’e göre hükmedilecek telif tazminatı olarak adlandırılan bedeli, diğer maddî ve manevî tazminatlardan ayırmaktadır¹³³. Yargıtay, rayiç bedel tayininde taraflarca verilen teklifin de gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda meslek birliğince tecavüzün gerçekleştiği yıla ait bir yıllık tarife bedeli bulunuyorsa tarife bedeli üzerinden, taraflar arasında sözleşmeye dayalı belirlenmiş

¹³¹ GÖKYAYLA, (Değerlendirme), s.19-21;YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2028.

¹³² ALICA, a.g.e, s. 2017; GÖKYAYLA, (Değerlendirme), s.299; TEKİNALP, a.g.e., s. 318.

¹³³ FSEK m. 84, “Bir işareti, resmi ve sesi, bunların nakle yarayan bir alet üzerine tespit eden veya ticarî maksatla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayınlanmasını men edebilir. Tecavüz eden tacir olmasa bile birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete müteallik hükümler uygulanır. Eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar benzer usullerle tespit edilen resimler ve sinema mahsülleri hakkında da bu madde hükmü uygulanır.” şeklindedir. 11 HD, T. 25.02.2010, E. 2008/11423, K. 2010/2165.(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 23.06.2013.

bir bedel varsa bu bedelin esas alınması ve talep varsa bunun üç katına hükmedilmesi gerekir¹³⁴.

Davacının maddede düzenlenen rayiç bedel, emsal bedel kriterleri arasında seçim yapmasına gerek yoktur. Farazî bedel m. 41 ve 43'e göre belirlenmiş rayiç bedel bulunmadığı haller ile bu maddeler dışında gerçekleşen kullanım ve malî hak ihlalleri yönünden uygulanabilir¹³⁵. Çoğaltılmış kopyalara ilişkin ref yöntemini belirleyen m. 68/f. 2 ve 3'de sadece sözleşme bedeli yöntemine yer verilmesi de bu kapsamdadır. Temsil, umuma arz hakları işin niteliği gereği çoğaltılmış kopyalar yoluyla ihlal edilebilecek malî haklar arasında yer almadığından ikinci fıkrada rayiç bedel yönteminden söz edilmemiştir.

KILIÇOĞLU, FSEK m. 68'deki farazî sözleşme ilkesinin uygulandığı hallerde eserin piyasadaki değerinin değil, *“ taraflar arasında bir sözleşme yapılmış olsaydı talep edilebilecek bu işlerde geçerli olan olağan bedel ”*in göz önünde tutulması gerektiği görüşündedir¹³⁶.

FSEK m. 68/f. 1 kapsamında açılan bir davada rayiç bedel talebine ilişkin açılan davanın kabulü ve hükmedilen bedelin fiilen ödenmesi durumunda artık tecavüzde bulunanın elinde bulunan eser nüshalarının mütecaviz tarafından kullanılıp kullanılamayacağı da doktrinde tartışmalıdır. Çoğunluk görüşüne göre, hükmedilen tazminat ödendikten sonra sözleşmeden doğan borcun ifa edilmiş sayılması nedeniyle çoğaltma ve yayım hakkını kendi nam ve hesabına kullanarak, çoğalttığı nüshaları kanunî şartlar dairesinde yayımlayabilir. Davanın kabulü halinde tecavüz

¹³⁴ Yargıtay, *“ taraflar arasında bir sözleşme olmaması halinde ilgili meslek kuruluşundan rayiç bedel tespit edilerek tazminatın hesabı ilke olarak doğrudur. Ne var ki, somut olayda davalı T...A.Ş. nin açtığı ihaleye davacıların katıldığı ve 25.03.1997 tarihinde fiyat belirlemek suretiyle teklif verdikleri de anlaşılmaktadır. Şu halde, davacılar ile davalı T...A.Ş. arasında sözleşme imzalanırsa idi teklifle belirlenen fiyat üzerinden yapılacağı kuşkusuzdur. Artık burada taraflar arasında sözleşme bedeli belirli ve somutlaşmış olduğuna göre, farazî bir sözleşmenin varlığı ile bunun bedeli üzerinden tazminat hesaplanması doğru görülmemiştir. ”* şeklinde kararı ile belirlenmiş bir bedel bulunduğu durumda bunun üzerinden hesaplama yapılması gerektiğine hükmetmiştir. 11. HD. 19.03.2002, E. 2001/10702, K. 2002/2515, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 02.02.2013.

¹³⁵ ALICA, a.g.e., s. 2017; Aksi yönde TEKİNALP, a.g.e., s. 318.

¹³⁶ KILIÇOĞLU, s.17; Yargıtay 11 HD., taraflar arasında farazî sözleşme bulunduğu görüşü ile üç kat bedel istenebilmesine ilişkin çeşitli ilkeler belirlemiştir. 11 HD. 21.10.2003, 11539/10196; 20.03.2002, 11-176/214.

eylemi geriye dönük olarak hukuka uygun hale gelmektedir¹³⁷. Bu görüş ve Yargıtayın da aynı doğrultudaki uygulamasının aksine olan görüşe göre ise; ceza niteliğinde olan bir ödeme sonrasında hukuka aykırı bir işlem meşrulaşmaz. Caydırıcı nitelikteki üç misli ödemenin cezaî bir yükümlülük olduğu düşünülürse tecavüzde bulunanın hak sahibi olduğu düşüncesi mantıklı değildir. FSEK m. 68/son hak sahibine bu hak ve yetkileri tanırken mütecavize de bu hakkı verdiği maddeden anlaşılamamaktadır. İhlalde bulunan farazî sözleşmenin nimetlerinden yararlanmamalı, fakat külfetlerine katlanmalıdır. Azınlığın bu görüşü eser sahibinin menfaatlerini korumaya daha uygundur¹³⁸.

Yargıtay FSEK m. 68 uyarınca malî hak tazminatı taleplerinde, bu talebe bağlı olarak dava konusu ile sınırlı kalmak üzere taraflar arasında kanun gereği bir farazî sözleşme ilişkisi, doğduğunu, davacının aynı zamanda bir borç altına girdiğini belirterek ihlalde bulunanın müdahalesinin men'ine karar verilemeyeceğini belirtir¹³⁹. Yargıtay içtihatlarıyla, farazî sözleşme ilişkisinin, farazî sözleşme anlamını aşacak boyutta, mütecavize gelecekte tecavüze devam etmek hususunda izin verilirmişçesine genişletilmesi adalet kavramı ile bağdaşmaz. Eser sahibi lehine koruma için kanun maddesinin yorumu yoluyla aşırılığa gidilmesi kanaatimizce uygun değildir.

Bu kapsamda, üç kat bedelin ödenmesi haksız fiilî hukuka uygun hale getirmez. Bir ilim ve edebiyat eserinin izinsiz çevirisini yapan kimse kurulan hüküm ile bedelin üç katını ödedikten sonra bu kez eseri, sinema eserine çevirmesi halinde eser sahibi izinsiz bu kullanım için hak talep edebilecektir. Üç katı bedel o ana kadar

¹³⁷ ARSLANLI, a.g.e., s. 218; TEKİNALP, a.g.e., s. 302; EREL, a.g.e., s. 302.

¹³⁸ YASAMAN, (**Tazminat**) , s. 811; ERDİL, a.g.e., s. 533.

¹³⁹ Yargıtay,“Davacı yararına FSEK m. 68 uyarınca bedele hükmedilmesi nedeniyle ayrıca tecavüzün men'inin istenemeyeceği, bedeli almakla taraflar arasında sözleşme yapılmış gibi bir durum doğduğunu, bu nedenle davalının kullanma ve çoğaltma durumunun yasallaştığı, maddenin düzenlenme şeklindeki amacın da bu olduğunu belirterek, mahkemece bedel hükmedildiğine göre, davanın tecavüzün men'i bölümünün reddi gerektiğini” belirtmiştir. “...dava konusu edilen ihlaller ile sınırlı kalmak üzere taraflar arasında bir farazî sözleşme ilişkisi, bir lisans sözleşmesi meydana geldiği kanunen kabul edilmiş olduğundan davalının müdahalesinin men'ine karar verilemez.”. 11. HD. E.11539, K 2003/10196, T. 31.10.2003, <http://www.kazanci.com>. Erişim T. 08. 07. 2014.

kullanıma ilişkin olan ve sadece o kullanım için hesaplanan rayiç bedelin üzerinden hükmolunan bir cezadır. Yeni oluşacak ihlalleri yasallaştırmaz.

Dava sonunda, taraflar arasında farazî sözleşme kurulduğu varsayıldığında da mahkemenin kararında FSEK m. 52 hükmündeki munzam şekil şartına uygun olarak hangi hakların kazanıldığının tek tek belirtilmesi gerekir. Bunun sebebi ise usul hukuku kurallarına göre hakimın sözleşme şartlarına müdahale edememesidir.

Mali hakları takip yetkisine sahip meslek birlikleri de FSEK m. 68 gereği farazî bedel talebi dışında, izinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa, çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesi gibi diğer ref yöntemlerini talep edebilirler. Dava açma yetkisi, FSEK 80 hükmü uyarınca malî hakları kullanma yetkisi devralınmış ise meslek birliğine geçer¹⁴⁰. Komşu hak sahipleri de ihlal durumunda FSEK 68. maddesi uyarınca ref davası açarak üç katı bedel talep edebilirler¹⁴¹.

Dava sonucunda davalıyı maddî tazminat ödemeye mahkûm eden ilâm, taraflar arasında gerçekte sözleşme ilişkisi kurmamaktadır. Bu nedenle FSEK m. 68 hükmündeki üç katı bedel, eser sahibinin haklarına tecavüz dolayısıyla meydana

¹⁴⁰ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2008; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 623; “...O halde, eseri yayınlanan birlik üyesi müzik yapımcılarından alınan yetki belgelerinin düzenlenme tarihi itibarıyla bu belgelerin kapsamına giren müzik eseri işletme belgesi fonogramların ve bunların içeriklerinin neler olduğunun, tayin olunacak uzman bilirkişi ya da bilirkişilere tesbitinden sonra oluşacak sonuca göre mevcut ve muhtemel tecavüzün önlenmesine karar verilmesi gerekirken, sadece yayımlandığı belirlenen fonogramlar bakımından davanın kabulü isabetsiz olmuştur.” 11. HD. T. 23.12.2004, E. 2004/13432, K. 2004/12777.(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 25. 07. 2013.

¹⁴¹ “..dava konusu yayın FSEK 'nun 1. ve 5/2. maddesi kapsamında bir sinema eseri değildir. Ancak, davacı yayın kuruluşunun gerçekleştirdiği dava konusu futbol maçı yayını üzerinde FSEK 80.maddesi uyarınca komşu hak sahipliği bulunmaktadır. Radyo ve TV kuruluşunun eser sahibine komşu hakkının doğumu için söz konusu yayını gerçekleştirmiş olması yeterli olup, FSEK kapsamında koruma elde edilmesi için yayın konusunun mutlaka eser olması gerekmez. Yine, bu yayının eser niteliğine sahip olmaması davacı TV kuruluşunun yayın hakkının ihlali xhalinde FSEK nun 68. maddesi uyarınca zararının üç katını talep etmesine de engel değildir. Çünkü, FSEK 80. maddesinin sondan ikinci fıkrasına göre komşu hak sahipleri de eser sahipleri gibi tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davası haklarından faydalanabilirler. FSEK 68. maddesine göre, malî haklara tecavüz halinde oluşan zararın tazmininin istenmesi de tecavüzün ref'i davası olduğuundan komşu hak sahibi olan davacı FSEK'nun 80. maddesi yoluyla aynı yasanın 68/1. maddesi uyarınca zararının üç katını talep edebilir.” 11. HD. T. 23.12.2005, E. 2005/13440, K. 2005/12765, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 02.10.2013.

gelen maddî zararın tazmin edilmesine ilişkin bir tazminat hesaplama yöntemi değildir. Nitekim bu bir medenî cezadır. Fakat uygulamada tazminat davası olarak algılanmaktadır. Dolayısıyla, farazî sözleşme kavramı, bir mahkeme kararında yeniden tekrarlanan ihlalleri yasallaştıramaz ve yeni tecavüzlerin hukuka uygunluk sebebi olamaz¹⁴². Dava sonrasında davacının davalı tarafından, manevî haklarının ihlaline de muvafakat ettiği yorumu yapılamaz.

ÜSTÜN, FSEK m. 68/ f. 4'ün istisnai niteliği gereği, “*rayiç bedelin üç katı tazminatın*” sözleşmesel bir cezaî şart niteliğinde olduğunu davanın sonucunda kanunî oransal ve farazi nitelikte bir alacak mahiyetine dönüştüğünü belirtir¹⁴³. Oysa bu çalışmamızda daha önce de belirtildiği üzere; cezaî nitelikteki uyuşmazlıktan/davadan dolayı, davalıyı caydırmaya yönelik talep edilen medenî ceza niteliğindeki bir miktardır¹⁴⁴.

İhlalin hukuka aykırı bir haksız fiil oluşu, m. 68'in uygulanarak mahkeme ilâmının, davacı iradesini dikkate almaksızın sözleşme ilişkisi kurması ve gerçek bir ruhsat ilişkisi yaratması mümkün değildir. Burada, davacı ve ihlali gerçekleştiren arasında gerçekte bir görüşme yapılmadığı hâlde, sanki yapılmış gibi (hypothetical negotiation) bedel belirlendiği için, uygun bir lisans bedeli, farazî olaylar temel alınmak suretiyle hesaplanmaktadır¹⁴⁵.

Farazî lisans ilişkisinden yola çıkılarak bedelin hesaplanmasında emsal ve rayiç bedel dikkate alınır. Bu bedelin üç katı üst sınırdır¹⁴⁶. İhtisas mahkemelerince, radyo ve televizyon gibi iletişim araçlarının yayınlarındaki izinsiz kullanımlara ilişkin rayiç bedelin tespiti, ilgili meslek birliklerinin belirledikleri tarifelere göre yapılmaktadır¹⁴⁷.

¹⁴² Özel hukuk cezası hakkında bkz. OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 86, dpn. 250; Markalara ilişkin benzeri bkz. Hamdi YASAMAN, Anlam ALTAY, Tolga AYOĞLU, Sinan YÜKSEL, **Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, C. 2**, 2004, İstanbul, s. 1181; KAYA, (**Marka Hukuku**), s. 294, dpn. 118.

¹⁴³ ÜSTÜN, a.g.t, s. 215.

¹⁴⁴ Bkz. yukarıda s. 214.

¹⁴⁵ SARAÇ, a.g.e., s. 289.

¹⁴⁶ YASAMAN, (**Fikir ve Sanat**) s. 189.

¹⁴⁷ Davacının malî hakları kendisine devredilen eserlerin izinsiz olarak davalıya ait televizyon kanalında yayınlanması nedeniyle açtığı tazminat talepli davada, Yargıtay, bilirkişi raporunda,

FSEK m. 68 hükmündeki tazminat, bütünlük taşıyan bölünmeyen bir tazminat değildir. Zarar gören, FSEK m. 70 hükmündeki tazminat talebi gibi FSEK 68 kapsamındaki talebini de bir defada isteyebileceği gibi birkaç defada isteyebilir¹⁴⁸.

a. Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda yer alan benzer durum

RKHK'da m. 58/2'de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 68'deki düzenlemeye benzer bir düzenleme bulunmaktadır¹⁴⁹. Rekabeti kısıtlayanın, ağır ihmal ya da kast derecesinde ağır kusuru varsa üç kat tazminat verilebilirken, FSEK m. 68'de hatalı olarak kusur şartına yer verilmemiştir. Her ikisinde amaç, zarar vereni caydırmaaktır. Ref'e yönelik olarak tedbir kararı verilirken hakim FSEK m. 66/ f. 4 hükmüne göre kusuru değerlendirmektedir. Ceza miktarının belirlenmesinde de bunun geçerli olması gerekir¹⁵⁰.

Rekabetin Korunması Hakkındaki 4054 sayılı Kanun'un 58/f. 2 hükmünde rekabet ihlali halinde idari yaptırımlara ek olarak, rekabeti kısıtlayıcı eylemlerden kaçınma hususunda caydırıcı ve zarar görenleri dava açma hususunda teşvik etme amaçlı tazminat talebi bulunmaktadır¹⁵¹. Ayrıca zararın giderimi, rekabetin ihlali

Radyo ve Televizyon yayımları Telif Hakkı Ödeme Esasları Genel Tebliği uyarınca, musiki eseri meslek birliği üyesi olan kuruluşlarca, meslek birliğine sağladıkları brüt reklam geliri üzerinden, ulusal televizyonlar için anonim şirketleşme tarihinden hesaplama yapıldığını, oysa 27 Ocak 1998 tarih 23243 sayılı RG. de yayınlanan Tebliğ'in 5/b maddesinde %1 oranın esas alınacağını, anılan tebliğin 01.01.1998-31.12.1998 dönemine ilişkin düzenleme getirdiğini, davacının tazminat istemine dayanak olarak gösterilen tüm tebliğleri sunması için davacı vekiline süre verilmesi gerektiğini belirtmiştir. 11.HD. 24.04.2002, E. 2002/166, K. 2002/3750 bkz. ERDİL, s. 116, 117.

¹⁴⁸ EREL, a.g.e., s. 339; ŞAHİN, a.g.e., s. 170.

¹⁴⁹ Bu düzenlemeye göre, *“ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kast veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.”* Aynı düzenleme AB rekabet hukukunda da bulunmaktadır. Amerikan rekabet hukukundaki Clayton Kanunu'nun 4. maddesinde de bulunan bu düzenlemede kusur ve davacının talebi şartları bulunmamakta olup hakim kendiliğinden üç katı tazminata hükmedebilir. İlhan YİĞİT, **Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık İstanbul 2013, s. 262.

¹⁵⁰ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 81.

¹⁵¹ Murat ŞAHİN, **Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri**, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2013, s. 199.

sonucu elde edilen gelirin rekabeti ihlal edenin elinde kalmamasını sağlamak ve ihlali gerçekleştireni cezalandırmak amacı bulunmaktadır¹⁵².

RKHK 58 inci maddesi uyarınca, hakim durumun kötüye kullanılması halinde, zararların tazmini, zarar verenin; kast veya ağır ihmali ile kusurlu bulunması halinde ise, maddî zararı ya da elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel kârın üç katını talep etme hususunda zarar görene, ek seçimlik hak tanınmıştır. Hafif ihmal durumunda üç katı tazminata hükmolunamaz. Amerikan hukukundan ilk kez 1994 yılında RKHK’a giren üç kat tazminat buradan esinlenilerek 1995 değişikliği ile FSEK m. 68’e girmiştir¹⁵³.

Zararın gerçek miktarının ispatlandığı durumlarda da üç katı tazminata hükmolunur¹⁵⁴. RKHK’un 58inci maddesine göre hesaplanacak üç katı tazminatın ölçütünde ilk olarak zarar görenin uğradığı maddi zarar ikinci ölçüt ise zarar verenlerin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârlar olup bunun üzerinden üç katı tazminat belirlenir¹⁵⁵. Doktrinde azınlıkta olan görüş¹⁵⁶ hakimın cezai tazminatın koşullarının oluşup oluşmadığına karar vereceği, bu miktar üzerinde takdir hakkının bulunmadığını savunmakta, çoğunluk görüşüne göre ise bu tazminatın tarafların kusur derecesi ve hafifletici sebeplere dayanarak hakim tarafından takdir hakkı kullanılarak belirleneceği yolundadır¹⁵⁷. 58inci maddenin cezai mahiyeti olsa dahi teşebbüslerin gücü, tarafların kusuru, tazminat doğuran ilişkinin boyutu, gerçek

¹⁵² Edward D. Cavanagh, “**Detrebling Antitrust Damages: An Idea Whose Time Has Come?**”, 61 Tul. L. Rev. 77, 1986, 1987, s. 783, (Heinonline Database), (YİĞİT, a.g.e., s. 263).

¹⁵³ Rekabet Hukukumuzun temelini oluşturan AB Hukukunda (Roma Antlaşması ve 17 Sayılı Tüzük) tazminat yükümlülüğüne ilişkin konu ülkelerin ulusal hukuklara bırakılmıştır. Ateş AKINCI, **Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2001, s. 361, 396-397; İnan, “**Eleştirel Bir Bakış**”, s. 44; Ayhan KORTUNAY, “**AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından ‘De Lege Ferenda’ Düşünceler**”, Rekabet Dergisi, 2009/1, s. 84-85; Hale Gündüz, Sinan Bozkuş, “**Rekabet İhlalinden Doğan Zararların Hesaplanması: AB Uygulaması Bağlamında Genel Yaklaşımlar**”, Rekabet Dergisi, 2012/1, s. 63, 104, (DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 87; dpn. 348’den naklen).

¹⁵⁴ İKİZLER, a.g.e., s. 369, (YİĞİT, a.g.e., s. 266’dan naklen).

¹⁵⁵ A.e., s. 277.

¹⁵⁶ Aslan, a.g.e., s. 793, 794, (A.e., s. 277).

¹⁵⁷ İKİZLER, a.g.e., s. 372, 373; GÜRZUMAR, **Özel Hukuk**, s. 134; SANLI, **Haksız Fiil**, s. 257; AŞÇIOĞLU, ÖZ, s. 184, (YİĞİT, a.g.e., s. 277).

zararın ispatındaki güçlük gibi hususlar dikkate alındığında hakimın üç katını belirlemede takdir hakkı bulunması gerekir¹⁵⁸.

RKHK'da tazminat davasında düzenlenirken üç kata kadar bedel ise FSEK'de ref davasında düzenlenmiştir.

b. Sınai haklara ilişkin düzenleme

Sınai hakların ihlalinde, yoksun kalınan kazanç olarak hak sahibi, tecavüz edenin rekabeti olmasaydı hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir; tecavüz edenin elde ettiği kazanç veya tecavüz edenin, söz konusu hakkı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ise ödemesi gereken lisans bedeli seçeneklerinden birisini seçer. 10. 01. 2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m. 151'de düzenlenen bu seçimlik haklar ise, davacının talebine göre uygulanmaktadır. Yürürlükten kaldırılan MarKHK m. 66/II; PatKHK m. 140/II; EndTasKHK m. 52/II'de de aynı hükümler bulunmaktadır.

Medenî cezada bu bedelin tespiti sonrası bu bedel üç katına kadar hakim tarafından takdir edilebilmektedir. 6769 sayılı Kanun m. 151/f. 3'de yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında özellikle sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler göz önüne alınır¹⁵⁹.

Sınai mülkiyet kapsamında doktrinde de uygun lisans bedelinin ihlal öncesinde tarafların anlaşabilecekleri ücret olduğu ve hesaplama yapılırken, somut olayın özelliğine göre hak sahibinin daha önceden verdiği lisanslar; lisansın kapsamı, lisans konusunun niteliği, popülerliği, kullanım miktarı, büyüklüğü, önceki lisans teklifleri; piyasa durumu vb. kriterlerin değerlendirileceği belirtilir¹⁶⁰. Bu hem tazminatın

¹⁵⁸ İKİZLER, a.g.e., s. 373, (YİĞİT, a.g.e., s. 277).

¹⁵⁹ MarKHK m. 66/f. 3 “Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler gözönünde tutulur.” şeklinde düzenlenmekte idi.

¹⁶⁰ Tahir SARAÇ, **Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması**, Ankara Seçkin Yayınevi 2003 Bası, s. 289-291; SULUK, ORHAN, Cilt III, s. 540; Sabih ARKAN, C. II, s. 248; Cahit SULUK, **Tasarım Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 501; DEMİRBAŞ, a.g.e, s. 92.

hesaplanmasında hem de diğer sınai haklara ilişkin KHK'lar ve şu an yürürlükte bulunan Sınai Mülkiyet Kanunu'ndaki düzenlemelerle uyumu gerçekleştirir.

c. FSEK tasarısındaki durum

Fikir ve Sanat Eserleri Kanun Tasarısının 22nci maddesi ile üç katı bedele ilişkin tartışmaları sona erdirebilecek hakimın takdir hakkını düzenleyen bir değişiklik yapılmaktadır¹⁶¹.

Maddenin ilk fıkrasında “*sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin, iki katından az olmamak kaydıyla, üç katına kadar hükmedilebilir.*” ibaresi ile hakimın takdir hakkı vurgulanmış aynı zamanda bir alt sınır da getirilmiştir. İkinci fıkrasında da aynı şekilde ilk fıkra ile uyumlu “*iki katından az olmamak kaydıyla üç katına kadar*” ibaresi konulmuştur. Bu bedelin takdirine ilişkin de FSEK m. 66/f.4 hükmünün dikkate alınacağı belirtilmektedir.

¹⁶¹ Tasarının 68inci maddeyi değiştiren 22inci maddesi şu şekildedir. “ Bir eserin hak sahibinin izni olmaksızın, işlenmesi, temsili veya umuma iletilmesi hallerinde hak sahibinin talebi üzerine mahkemece, sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin, iki katından az olmamak kaydıyla, üç katına kadar hükmedilebilir. Davacının bir meslek birliği olması halinde, davalı ile aynı sınıflandırmaya tabi kullanıcılarla meslek birliği arasında yapılan sözleşmelerde esas alınan bir yıllık tarife bedeli, rayiç bedel olarak kabul edilir.

Tecavüz edenin elinden çıkmamış izinsiz çoğaltılan eser ve nüshalar bakımından hak sahibinin talebi üzerine mahkemece;

a)Çoğaltılmış nüshalar ile çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasına veya

b)Çoğaltılmış nüshalar ile çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların, üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesine veya

c)Sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin, iki katından az olmamak kaydıyla, üç katına kadar hükmedilebilir.

Çoğaltılmış nüshalar, tecavüz edenin elinden çıkmışsa hak sahibinin talebi üzerine mahkemece, sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin iki katından az olmamak kaydıyla, üç katına kadar hükmedilebilir. İzinsiz yayımlı nüshalar hakkında, hukuka uygun çoğaltılmış olsalar dahi, bu fıkra hükümleri uygulanır.

Hak sahibinin bedele ilişkin talebi, sözleşmeden doğmuş sayılır. Bedel talebinde bulunan hak sahibi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olsaydı haiz olabileceği hak ve yetkileri ileri sürebilir.” <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

Tasarıda maddede birinci ve ikinci fıkralardaki hak sahibine tanınan talep hakkı mahkemenin takdirine bağılı olarak en çok üç kat fazlasına kadar verilebileceğı yerinde bir düzenleme olarak getirilmek istenmiştir. Ancak tartışmalara yol açan hakimnin takdirine ilişkin kusur durumuna maddede yer verilmemesi bunun yine FSEKm. 66/f. 4üncü maddesine gidilerek uygulanabilmesi kanaatimizce Tasarıda bir eksikliktir. Tasarıda genel olarak meslek birlikleri lehine ağırlıklı olarak yeni düzenlemeler getirirken 5846 sayılı Kanun'da eleştirilere neden olan birçok maddesine dokunulmamıştır.

3.Bedel Davası Açılabilmesinin Şartları

FSEK m. 68 hükmü gereğı bedel davası açılabilmesi için koruma süresi dolmamış bir eser bulunması¹⁶², davayı açan kimsenin eser sahibi veya malî hak sahibi ya da ruhsat sahibi olması gerekmektedir. İhlalin hak sahibinin malî haklarının kanundaki sınırlamaları dışında kalması gerekir. FSEK m. 68 hükmü gereğince açılacak bedel davasının dışındaki FSEK m. 70 hükmü gereğı açılan davalarda, dava konusu eser niteliğinde değıl ise davaya devam edilerek FSEK m. 70/f. 2 yerine TBK hükümleri kapsamında haksız fiil veya gerçek olmayan vekaletsiz işğörme hükümleri uygulanırken m. 68 gereğince açılan davada eğer dava konusu fikrî ürün eser değılse

¹⁶² 1995 yılında m. 27 ile yapılan değışiklikle çelişki giderilmiş ve koruma 70 yıl olarak düzenlenmiştir. Gerekçesinde fikrî haklar ve ilgili belirli hakların koruma sürelerini uyumlaştıran Konseyin 29.10.1993 tarih ve 93/98 EEC. sayılı Direktifi ile kabul edilen koruma sürelerinin 70 yıl olması nedeni ile paralellik sağlamak için 70 yıl olarak değıştirildiğı belirtilmiştir; "... üzerindeki malî hakların belli bir süre belirtilmeksizin başkalarına devrine ilişkin sözleşmenin geçerlilik süresinin, sözleşmenin yapıldığı 13.07.1994 tarihinde yürürlükte bulunan 5846 sayılı FSEK. nun 29. maddesinde açıklanan sinema eserlerinin aleniyet tarihinden itibaren 20 yıllık koruma süresi ile sınırlı bulunmasına, aynı yasanın 59. maddesi uyarınca koruma süresi sona erdikten sonra devralan kişinin sahibi bulunduğı malî hakların sona ereceğinin tabi bulunmasına ve 51. maddesine göre de, ileride çıkarılacak mevzuatla koruma süresinin uzatılmasından doğacak yetkilerden eser sahibi veya eğer sahibi ölmüş ise 63.madde gereğince mirasçuları yararlanacağından, davacı şirketin, davalıların murisi olan eser sahibi ile yaptığı ve 1974 tarihinde aleniyet kazanan sinema eserleri üzerindeki malî hakların devrine ilişkin 13.07.1994 tarihli sözleşmeye dayalı olarak 21.02.2001 tarih ve 4630 /16 sayılı Yasa ile değışik 5846 sayılı FSEK' nun 27.maddesi ile uzatılan koruma süresinden istifadesinin mümkün bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir." 11. HD. T. 04.12. 2007, E. 2006/7876, K. 2007/15295, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11.06.2014.

bedel talebinde bulunulamaz¹⁶³. Belli bir şekil almamış fikirler, herkesin serbestçe kullanabileceği şekillerin unsurları, teknik elemanlar, genel saikler, hususiyet taşımayan unsurlar bu davaların konusu olamaz¹⁶⁴. Dava konusu ürün eser olmasına rağmen malî hak ihlali yoksa FSEK m. 70/f. 2 hükmünce açılan davada, TBK m. 50-52; m. 70/f. 3 hükmüne göre açılan davada, TBK m. 526 vd. hükümlerindeki vekaletsiz iş görme gereği araştırma yapılarak hüküm kurulacaktır.

a. Malî hakkın ihlali

Bu davada davacı, FSEK m. 68 hükmü gereğince açıkça bedel talebinde bulunmalıdır. Bu davada kusur, zarar veya kötüniyet aranmaz. Kusurun varlığı ve ağırlığı davacının FSEK m. 68 gereğince talep edebileceği üç kat telif tazminatının tamamına hükmedilip hükmedilmeyeceği açısından önemlidir¹⁶⁵. Uyuşmazlık öncesi taraflar arasında bir sözleşmenin bulunup bulunmaması veya eserin alenileşip alenileşmemesi de dava şartı değildir. Davacının bir malî hakkının ihlal edildiğini ispat etmesi yeterlidir¹⁶⁶. Hukuka aykırı davranış, yapma veya yapmama şeklinde ortaya çıkabilir. FSEK m. 66/f.4 hükmünde aranan kusur tazminat davaları için gereken bir şarttır. Eğer tecavüz bir işletmede çalışan tarafından işlenir ise çalıştırılanın yahut bir tüzel kişinin organı tarafından işlenir ise organın kusuru aranmaz¹⁶⁷.

¹⁶³ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 676; TEKİNALP, a.g.e., s. 334; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2141.

¹⁶⁴ BGHZ 5, s. 3 vd.- Hummel I; BGHZ 73, s. 292- Flughafenplane; BGH, GRUR 1995, s. 582-Silberdistel, (ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 618'den naklen); ÜSTÜN, a.g.t., s. 283.

¹⁶⁵ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1941; HGK, E. 2010/4-607, K. 2010/663, T. 15.12.2010, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T.12.01.2013; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 643-645.

¹⁶⁶ TEKİNALP, a.g.e., s.311; ARIDEMİR, a.g.e., s. 184.

¹⁶⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 311; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 633; NAL, SULUK, a.g.e., s. 137; “*tam ruhsat sahiplerinin malî hak sahipleri gibi tecavuzun önlenmesi ve tazminat davası açabileceklerini, hatta açmadıkları takdirde doğacak zararlardan malî hak sahibine veya eser sahibine karşı sorumlu olabileceklerine dair.*” 11.HD. T.11.03.1999, E. 9958/3423, YKĐ., Temmuz 2000, s. 41-43.

Maddedeki rayiç bedel ibaresi de bir eserin piyasadaki değeri için kullanılmakta iken burada eserin piyasadaki değeri değil, taraflar arasında sözleşme yapılmış olması halinde istenebilecek bedel ifade edilmek istenilmiştir¹⁶⁸.

Ceza niteliği taşıyan üç katına kadar bedele hükmedilmesi için objektif olarak hukuka aykırılığın bulunması yeterli görülmüştür. Kanaatimizce 4110 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önceki hale uygun olarak üç katına kadar bedele hükmetmek için kusurun bulunmasına ilişkin kanun hükmünde açıklık bulunması uygun olurdu.

b. İhlalin koruma süresi içinde gerçekleşmesi

Fikrî hakların korunması kültürel yaşamı ve endüstriyi geliştirmek amacı taşıması yanında sadece eser sahipleri ile değil bu kültürel çalışma çeşitlerinin umuma arzı ve kullanıcı ve tüketicinin bunlara ulaşımı ile de ilgilidir¹⁶⁹.

FSEK m. 27 gereğince eser üzerindeki malî haklar eser sahibinin yaşamı boyunca ve sonrasında da öldüğü yılı takip eden yılın ilk gününden itibaren 70 yıl boyunca korunur¹⁷⁰. Bağlantılı haklar da aynı şekilde 70 yıl korunur. İcra üzerindeki malî hakları koruma süresi ilk tespitin yapıldığı tarihten, yapılmamışsa icranın meydana geldiği tarihten itibaren başlar¹⁷¹.

¹⁶⁸ KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 56.

¹⁶⁹ Gillian DAVIES, **Copyright and The Public Interest, Modern Legal Studies**, Second Edition, Thomson Sweet&Maxwell, 2002, s. 230.

¹⁷⁰ EREL, a.g.e., s. 111; BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 312; TEKİNALP, a.g.e., s. 163; ŞAHİN, a.g.e., s. 152; Sui-Generis veri tabanları aleniyet tarihinden itibaren 15 yıl korunurlar. Ad alamet ve şekiller ile işaret resim ve seslerde süre belirtilmemiştir. Zamanla ayırtedici niteliği ya da eserin bu isimle kamuya sunulması ile başlar. Aynı isme sahip iki eserden daha önce kamuya sunulan korunur. Alamet ve dış şekiller için de aynı kural uygulanır. Mektup, hatıra ve günlüklerde koruma süresi yaşam boyu ve ölümden itibaren 10 yıldır. Resim ve portreler, tasvir edilen kişinin, bu kişi ölmüşse FSEK m. 19/f. 1 de sayılan kimselerin izni olmadan tasvir edilenin hayatı boyunca ve ölümünden sonra 10 yıl süre ile kamuya sunulamaz. ARSLANLI, a.g.e., s. 53; ARIDEMİR, a.g.e., s. 8; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 132, 133; AYİTER, a.g.e., s.148; Faruk ÇETİNKAYA, “**Fotoğrafın Tarihi ve 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Fotoğraf Eserleri**” Fikrî ve Sınai Haklar Özel Sayısı, İstanbul Barosu Dergisi Özel Sayı 4, s. 34.

¹⁷¹ SULUK, NAL, a.g.e., s. 130. Fonogram ve film yapımcıları üzerindeki hakların koruma süresi ilk tespitin yapıldığı tarihten, yayınlar üzerindeki haklar ise programın ilk kez yayınlandığı andan itibaren başlar. Bağlantılı haklar için kanunda belirtilen 70 yıllık koruma süresi AB süre Direktifindeki 50 yıllık kesin süre ile uyumlu değildir. İcracı sanatçılar FSEK m. 82/f.5 gereği 70 yıllık koruma süresine tabii iken icrayı organize eden müteşebbise FSEK 80/A-7. b göre verilen hakların koruma süresi kanunda belirtilmemiştir. UrhG §. 82 hükmüne bakılarak

İşlenme ve derlenme eserlerde koruma süresi asıl eserin koruma süresinden bağımsızdır. Veri tabanları FSEK Ek m. 8 uyarınca aleniyetten itibaren 15 yıl korunurlar¹⁷².

AB Koruma süresi direktifi ile belirlenen kesin koruma sürelerine ilişkin 1/95 sayılı OKK gereği Türkiye, bu konudaki mevzuatını uyumlulaştırmayı kararlaştırmıştır¹⁷³. Sinema eserlerindeki kısa koruma süresinin 70 yıla çıkartılması sonucu 70 yıl dolmamış eserler için bu süre uygulanabilecek, bitenler için 70 yıl olan bu süre uygulanamayacaktır¹⁷⁴. FSEK m. 70 hükmündeki tazminat davasında ise davanın koruma süresi içinde açılması gerekmez. Koruma süresi dolmuş olsa dahi dava açılabilir. Bedel davası ise koruma süresi içerisinde açılır, süre dolmuş ise bedel davası açılmaz. Koruma süresi sonrasında eser üzerinde hak sahipliği sona ereceğinden ve 68inci madde gereğince üç katı bedel talep edilebilmesinin ön şartının da tecavüze konu fikri ürünün korunmakta olan bir eser olmasından yola çıkılarak bu durumda eser koruması kalkacağından ref talep edilemez ve üç katı bedel talep edilemez. Öte yandan haksız fiil oluşturan bir fiilin bulunması, hak sahibinden izinsiz bir kullanım ve meydana gelen zarar da bulunduğu haksız fiil şartları oluştuğunda 70inci madde gereği tazminat talep edilebilir. Bu süre içinde hukuka aykırı olarak çoğaltılan nüshaların, koruma süresinin bitiminden sonra da yayımlanmaması gerekir¹⁷⁵.

Bu kapsamda ATEŞ, 12.06.1995 tarihinden sonra tamamlanmış olsa bile yapımına bu tarihten önce başlanan sinema eserlerinin tek sahibinin yapımı

icranın ilk aleniyet tarihinden itibaren, şayet icranın tespiti yayınlanırsa yayım tarihinden itibaren 25 yıl olarak hesaplanır. Temel NAL, **Probleme des türkischen Urheberrechts aus der Sicht des deutschen und europäischen Rechts**, München 2000, (KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s.130, 131'den naklen); YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C.II, a.g.e., s. 2487; EREL, a.g.e., s. 216.

¹⁷² BOZBEL, a.g.e., s. 222.

¹⁷³ 93/98 sayılı Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Hakların Koruma Sürelerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin Konsey Direktifi ile eserlerle ilgili koruma sürelerinin birbirinden farklı olması malların serbest dolaşımını engelleyen önemli bir olgudur. Direktifle, eser sahibi bakımından koruma süresi, yaşam boyu ve ölüm tarihinden itibaren en az 70 yıl, bağlantılı hak sahipleri için ise en az 50 yıl olarak kabul edilmiştir.

¹⁷⁴ ÜSTÜN, a.g.t., s. 235.

¹⁷⁵ MÖHRİNG, NİCOLİNİ, LÜTJE, prg. 97, Anm 67, s. 905, (ÖZTAN, **(Fikir ve Sanat)**, s. 622'den naklen).

olduğunu, değişikliğin bu tarihten sonraki yapımlara uygulanacağını belirtir¹⁷⁶. Kanaatimizce 1995 değişikliği sırasında devam eden sinema eserleri yönünden doğan yasal boşluğun, kanunun amacı göz önüne alınarak yapımcının eser sahibi sayılmaması ve FSEK m. 8/f. 3'de sayılan sürelerin kabul edilmesi gerekir.

Yapımı veya koruma süresi devam eden eserler yönünden ise, yapımcı 20 yıllık koruma süresince eser sahipliği sıfatı ile haklarını kullanabilir. Kalan sürede ise kanunda sayılan eser sahiplerinin korumadan yararlanması gerekir.

4110 sayılı Kanunun getirdiği koruma süresi komşu haklar¹⁷⁷, sinema eserleri, bilgisayar programları ve veri tabanları bakımından Kanun'un yürürlüğe girdiği 12.06.1995 tarihinden sonra alenileşen eserlere, işlenmelere ve ürünlere uygulanacağı kabul edilmiş, bu tarihten önce alenileşen bu tür eserler ve haklar için eski koruma süreleri uygulanacağı düzenlenmiştir. Bir televizyon kuruluşunca yayınlanan bazı sinema eserlerinin sahibi olduğu iddiasıyla davacının açtığı eser sahipliğinin tespiti, tecavüzün önlenmesi ve ref'i ile telif ücreti ve tazminat davasında, sinema eseri sahipliğine ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanmasını düzenleyen kuralın Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle açılan iptal davasında mahkeme, FSEK. Ek m. 2 "*Bu Kanunun sinema eseri sahipliği ile ilgili hükümleri, 4110 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 12/6/1995 tarihinden sonra yapımına başlanan sinema eserlerine uygulanır.*" biçimindeki son fıkrasının, "*diyalog yazarı ve animatörler*" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir¹⁷⁸.

¹⁷⁶ ATEŞ (Eser) a.g.e, s. 277, 278.

¹⁷⁷ FSEK Tasarısında Kanun'da kavram karmaşasına yol açan "*komşu haklar*" tanımı madde metninden çıkarılmış, bağlantılı haklar ifadesinin içine alınmıştır. Tasarının genel gerekçesinde değişiklik amacının "*ülkemiz konumunun güçlendirilmesi için etkin, adil ve işler bir telif hakları sistemi oluşturulması hedefiyle gerçekleştirilen Kanun değişikliğinin, ülkemiz kültür endüstrisinin güçlendirilmesine, toplu hak yönetimi sisteminin daha işlevsel ve güçlü hale getirilmesi ile lisanslamanın yaygınlaştırılmasına, kullanıcıların eserlere erişiminin kolaylaştırılmasına, nitelikli eser üretiminin teşvik edilmesine ve kamuoyu genelinde telif bilincinin artırılmasına hizmet etmesi*" olarak belirtilmiştir. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

¹⁷⁸ Sinema eserlerine ilişkin de FSEK m. 8'in ilk hâlinde "*imal ettiren (yapımcı)*" sinema eseri sahibiyken, 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle "*yönetmen*", "*özgün müzik bestecisi*" ve "*senaryo yazarı*" sinema eseri sahibi olarak kabul edilmiş, 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bu eser sahiplerine "*diyalog yazarı*" ve canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde "*animatör*" eklenmiştir. Kanun'un m. 10/2 fıkrasının atfıyla uygulanması gereken adi şirkete ilişkin hükümler uyarınca ise sinema eseri sahipleri, eser üzerindeki haklardan elde

Kanaatimizce 1995 yılı öncesi yapılan filmlerde yapımcıya hem eser sahipliği hem de bağlantılı hak sahipliği tanınması FSEK'in mantığına ve uluslararası sözleşmelere aykırıdır. Kanunların geçmişe yürütülmesi yasağı gereği de madde geçmişe etkili olamaz. Bu durum gözönünde bulundurularak Kanun Tasarısında 31inci madde ile Ek 2nci maddede düzeltmeye gidilmiş ve Tasarı ile getirilen uygun bedel talep etme hakkı da değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonraki kullanımlar için 1995 tarihinden

edilen bütün kazançları aralarında eşit olarak paylaşmak ve bunlara ilişkin kararları oybirliğiyle almakla yükümlüdürler. Buna göre, kuralla diyalog yazarı ve animatör yönünden eser sahipliğine ilişkin hükümler geriye yürütülerek 12.6.1995 gününden sonra yapımına başlanıp 3.3.2001 gününe kadar meydana getirilmiş olan sinema eserlerinin üç kişiden oluşan eser sahipleri beş kişiye çıkarıldığı ve daha önce sinema eseri sahibi olan yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarının eserin meydana getirilmesiyle birlikte kazanmış oldukları mülkiyet hakkı kapsamında yer alan fikrî hakları üzerindeki kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf yetkileri azaltıldığından kural, diyalog yazarı ve animatörler yönünden sinema eseri sahipliğine ilişkin hükümleri geriye yürütüp, eser sahipliği statüsünden doğan, kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş olan fikrî haklar üzerindeki yetkileri azaltmak suretiyle kazanılmış hak ve hukuk güvenliği ilkelerini ihlal ettiği ve mülkiyet hakkını zedelediği gerekçesi ile, *"diyalog yazarı ve animatörler"* yönünden Anayasa'nın 2 ve 35. maddelerine aykırılıktan FSEK ek 2. maddesinin *"Bu Kanunun sinema eseri sahipliği ile ilgili hükümleri, 4110 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 12/6/1995 tarihinden sonra yapımına başlanan sinema eserlerine uygulanır."* biçimindeki son fıkrasının, *"diyalog yazarı ve animatörler"* yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline 29. 12. 2011 gününde karar verilmiştir. Yapılan düzenleme ile 1995 yılından önce bir sinema filmini imal ettiren yapımcı, ek 2nci madde nedeniyle hem 50 yıl daha eser sahibi olarak kalmaya devam ederken, hem de aynı Kanun m 80 gereğince bir de film yapımcısı olmasından dolayı *"bağlantılı hak sahibi"* durumuna gelmektedir. Böylece film yapımcıları hem 50 yıl daha eser sahibi olmaya devam edip hem de yapımcı sıfatını elde ederek bağlantılı hak sahipliğine de sahip olmaktadır. Yönetmen, senaryo yazarı, diyalog yazarı, özgün müzik bestecisi gibi sinema eserinin gerçek sahipleri, ilave 50 yıl daha hak sahibi olamamakta ve hemen her gün televizyonlarda yayınlanan filmlerden dolayı herhangi bir gelir elde edememektedir. Başvuru kararında, 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu sinema eserlerinde koruma süresinin yirmi yıldan yetmiş yıla çıkarılmasından, 4110 ve 4630 sayılı Kanunlar ile yapılan değişikliklerle sinema eseri sahibi olarak kabul edilenlerin yararlandırılmadıkları, sinema eserleri dışındaki eser türlerinin sahipleri ile bağlantılı hak sahipleri yönünden zaman bakımından uygulamaya ilişkin düzenleme yapılmadığı, bu nedenle eşitlik ilkesi, mülkiyet hakkı ve devletin sanatçıyı koruma görevinin ihlal edildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10uncu, 35inci ve 64üncü maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Diyalog yazarı ve animatör yönünden eser sahipliğine ilişkin hükümler geriye yürütülerek 12.6.1995 gününden sonra yapımına başlanıp 3.3.2001 gününe kadar meydana getirilmiş olan sinema eserlerinin üç kişiden oluşan eser sahipleri beş kişiye çıkarılmakta ve daha önce sinema eseri sahibi olan yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarının birlikte kazanmış oldukları mülkiyet hakkı kapsamında yer alan fikrî hakları üzerindeki kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf yetkileri azaltılmaktadır. Dolayısıyla kural, diyalog yazarı ve animatörler yönünden sinema eseri sahipliğine ilişkin hükümleri geriye yürütüp, eser sahipliği statüsünden doğan, kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş olan fikrî haklar üzerindeki yetkileri azaltmak suretiyle kazanılmış hak ve hukuk güvenliği ilkelerini ihlal etmekte ve mülkiyet hakkını zedelemektedir. Açıklanan nedenlerle kural, *"diyalog yazarı ve animatörler"* yönünden Anayasa'nın 2 nci ve 35inci maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal kararı verilmiştir. AYM T. 29.12.2011, E. 2010/73, K. 2011/176, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr.

önceki sinema eserlerini de kapsar şekilde uygulanacaktır¹⁷⁹.

c. Bedelin talep edilmiş olması şartı

Mali haklardan biri veya birkaçı ihlal edildiğinde, hak sahibinin talebi halinde m. 68 hükmündeki bedele hükmedilebilecektir¹⁸⁰. Bu davada genel olarak talep halinde hak sahibi yararına farazî sözleşme bedeli veya rayiç bedele hükmedilir. Davacı bedel talebinde bulunmuşsa; ancak üç katı talep edilmemişse mahkeme üç katı bedele hükmedemez¹⁸¹.

d. Zarar ve kusurun varlığının gerekmediği

FSEK m. 68'deki rayiç bedel mütecavizin kusursuz sorumluluğuna dayanmaktadır. FSEK m. 66/f. 4'de ise davalının kusur veya kusursuzluğuna bağlı olarak talep edilebilecek bedele sınırlar getirilmiştir. Buna karşılık haksız eyleme dayanan klasik tazminat davalarındaki şartlardan birisi kusur sorumluluğudur. Kusursuz sorumluluk ise istisnadır.

¹⁷⁹ “Bu Kanunun sinema eseri sahipliği ile ilgili hükümleri, yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarı bakımından 4110 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 12/6/1995 tarihinden; diyalog yazarı ve animatör bakımından 4630 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 21/2/2001 tarihinden sonra yapımına başlanan sinema eserlerine uygulanır. Ancak bu Kanunun 25 inci maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen uygun bedel talep hakkı, 12/6/1995 tarihinden önce yapımına başlanmış olsa dahi, 8 inci maddesinde sayılan sinema eseri sahipleri hakkında uygulanır.” “Bu değişiklikte tanınan uygun bedel talep hakları, değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşen kullanımlar için uygulanır.”. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

¹⁸⁰ “..Ancak, tazminat tutarı belirlenirken haksız eylem tarihinde yürürlükte bulunan 5846 sayılı FSEK.nun 68/1. maddesine göre, eser, hak sahibinin izni olmaksızın tercüme edilmiş, diğer bir surette işlenmiş, radyo ile yayınlamış veya temsil edilmişse, hak sahibinin rızası alınsaydı talep edebileceği olağan bedelden en çok %50 fazlasının istenebileceği gözetilmek gerekirken, mahkemece, FSEK.nun 68. maddesine göre yapılan hesaplamada ise; 20.09.2004 tarihli bilirkişi görüşü de kısmen benimsenerek, haksız eylem nedeniyle uğranılan fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç esasına göre tazminata hükmedilmiş olup, olağan telif ücretinin taraflar arasında sözleşme yapılması halinde istenebilecek bir bedel olduğu ve söz konusu ücretin belirlenmesinde fiili zarar ve yoksun kalınan kazancın dikkate alınması mümkün bulunmadığının gözden kaçırılmış olması doğru değildir.”.11. HD, T. 14.07.2006, E. 2005/5095 K. 2006/8411.(Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 11.09.2012.

¹⁸¹ HGK. T. 02. 04. 2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 15. 06. 2014.

Kusur ve zarar dışındaki haksız fiilin unsurları olan hukuka aykırı fiil ve nedensellik bağı da tecavüzün ref'i davasında geçerli olacaktır¹⁸².

Doktrin haklı olarak kusur aranmaksızın davacının FSEK m. 68'deki tüm taleplerde bulunabileceği belirtilir¹⁸³. Kanunda yapılan değişiklik ile 68inci maddede kusur ibaresi kaldırılmışsa da FSEK 66ıncı maddesinde kusurun gözönüne alınacağı düzenlenmiştir. Ancak bu üç katı bedelin takdirinde gözönüne alınacaktır. Kanun koyucu, davacıyı davalının kusurunu ispattan kurtararak genel hükümlerden ayırmış ancak üç kat bedelin değerlendirilmesinde yeniden kusur ve ağırlığının dikkate alınmasını istemiştir. Davacının kusuru olmasa dahi üç kat bedel farazî sözleşmenin ve somut olayın şartlarına göre aşırı ve hakkaniyet dışı da olabilir¹⁸⁴.

FSEK m. 68'de değişiklik öncesi rayiç bedel talebi uğranılan zarara bağlanmışken değişiklik sonucu zarar unsuru maddeden çıkartılmıştır. TEKİNALP'ın da belirttiği gibi rayiç değer veya emsal değer ölçüsü seçildiği takdirde zararın varlığı ref davası için maddenin önceki halinde de gerekmemektedir. TEKİNALP, eski madde metnindeki, rayiç ya da emsal bedeli, “*nesnel ücret*” olarak tanımlamakta ve ihlâl uğrayan eser sahibinin, kolayca saptanabilen bir telif ücretinin bulunmaması halinde bu yola başvurulacağını ifade etmektedir¹⁸⁵.

Eser sahibi sözleşmesel ilişki yerine FSEK m. 68 kapsamında bedel davasını açtığında, eser sahibi ile ihlalde bulunan arasındaki sözleşmede mütecaviz, bazı hafif kusurlarından dolayı sorumlu tutulmamışsa bedel davasında sözleşme ile bağışık tutulduğu sorumluluk ağırlaştırılmaz. Sözleşme ile mütecavizin hafif kusurlarından dolayı sorumsuzluğu öngörülmüşse, bu hükümler FSEK m. 52'ye kıyasen sadece

¹⁸² ARIDEMİR, a.g.e., s. 183.

¹⁸³ TEKİNALP, a.g.e., s. 319; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 395; HGK. T. 15.12.2010, E. 2010/4-607, K. 2010/663, 11.HD. T. 19.07.2011, E. 2011/5202, K. 2011/9022, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C. II, s. 2033, dpn. 102, 103'den naklen).

¹⁸⁴ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C. II, a.g.e., s. 2037.

¹⁸⁵ Yazar; ilk şık seçildiğinde, “*öznel ücret*” denilen bedelin, tecavüze uğrayan eser sahibi dolayısıyla belirlendiğini, nesnel ölçü olan emsal veya rayiç bedelin eser sahibine göre değiştiğini, yabancı eserlerde de Türkiye şartlarına göre hesaplama yapılamayacağını, o kişinin o eser için aldığı ücreti yani, onun aldığı veya diğer eserleri için almakta olduğu ücret esas alınarak gözönünde tutulmadığını, çünkü tanınmış bir eser sahibi ile az tanınmış eser sahibinin telif ücretleri arasında fark bulunduğu herkese aynı ölçünün uygulanamayacağını belirtir. TEKİNALP, a.g.e., s. 318, 319.

sorumsuzluğunun yazılı olarak tek tek sayıldığı ve açıkça tanımlandığı eylemler için geçerli olmalıdır. Bununla birlikte TBK m. 115/f. 1 uyarınca borçlunun ağır kusurundan kaynaklanan sorumluluğu sözleşmeyle kaldırılamayacağından ihlalde bulunanın sözleşmeye aykırılığında ağır kusuru varsa eser sahibi herhalde bedel davası açabilir¹⁸⁶.

e. Taraflar arasında sözleşme bulunmasının talebe engel olmadığı

Taraflar arasında dava konusu eserin bazı malî haklarına ilişkin bir sözleşme bulunduğu takdirde mütecaviz tarafından sözleşme ihlal edildiğinde de malî hak veya ruhsat sahibi FSEK m. 68 kapsamında rayiç bedel talep edebilecektir. Taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılık, ya eser sahibinin sözleşmesel yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen diğer tarafın ihtarı sonrası temerrüt şeklinde yahut diğerinin sözleşme dışına çıkarak hak ihlali gerçekleşmesi şeklinde olabilir. Sözleşme kapsamındaki malî hakka ilişkin sözleşmeyi aşarak edimin kötü ifa edilmesi ile malî hakkın ihlali durumunda FSEK m. 68 uyarınca hükmedilen bedelden sözleşme kapsamında peşin ödenen miktar düşülecektir. Açılan davada hakim, somut olayda kanuna uygun ve geçerli bir sözleşmenin bulunup bulunmadığını araştırarak sözleşme kapsamı dışında devredilmeyen yahut ruhsat verilmeyen hak yönünden men ve ref kararı vermesi gerekir. Sözleşmede belirlenen telif hakkı bedelinin ödenmesi için açılan davada ise eser sahibi veya icracı sanatçı aleyhine 68. madde uyarınca dava açılmaz¹⁸⁷.

Bedel davası sonucu üç katı bedel almak amacıyla taraflar arasında sözleşmesel ilişki bulunduğu halde eser sahibinin kötü niyetli olarak sözleşmenin diğer tarafını sözleşmeye aykırı davranma veya sözleşme harici malî hakları ihlale teşvik etmesi

¹⁸⁶ Bkz. TEKİNAY, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 981-980 deki görüşler, ÜSTÜN, a.g.t., s. 272; Mülga 818 sayılı BK m. 99 ise *“Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mesuliyetten beraati tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevelliüt ediyorsa; haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hakim, bu şartı batıl addedebilir. „, hükmü gereği hakim kararı gerektiğini belirtmekte idi.*

¹⁸⁷ 11. HD. T. 17.06.2008, E. 2007/753, K. 2008/8027, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 1938.

halinde eser sahibinin bu şekilde menfaat sağlamasına izin verilmemiştir. Sözleşmenin tarafı olan hak sahibinin, karşı tarafın bu kötü niyetini yazılı delille ispatlaması gerekir¹⁸⁸.

Sözleşmesel sorumluluk sözleşme ile başkasına karşı verilen taahhüdü veya sözleşmenin ihlalden doğan zararı tazmin yükümlülüğünü ifade eder. Bu sorumluluk için bir borç, borcun yerine getirilmemesine dair kusur, zarar ve illiyet bağı bulunmalıdır. TBK m. 112 gereği borçlu zararın meydana gelmemesi için halin icap ettirdiği bütün tedbirleri aldığını yani kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulur¹⁸⁹. Haksız fiil niteliğindeki ihlallerde de hak sahibi FSEK m. 68 hükmünden yararlanabiliyor ise bu durumda kusur ve zararı ispat etmesi gerekmediğinden FSEK m. 70/f. 2 gereği tazminat talebi yerine üç kat bedel talebinde bulunması onun için daha uygundur¹⁹⁰. Kusur ve ağırlığı zararın takdirinde ve alınacak önlemlerde etkili olur¹⁹¹. Davanın dayanağı haksız fiil olduğundan TBK m. 49 vd. hükümleri tamamlayıcı hükümler olarak uygulanır. FSEK m. 68 hükmünün uygulanabilmesi için ise dava açıldığı takdirde tecavüzün devam etmesi gerekir. Haksız fiilde kusurun ispatı zarar görene ait iken sözleşmelerde alacaklı kusur karinesinden yararlanır. Borçlu, kusursuzluğunu ispat etmedikçe zarardan sorumludur¹⁹².

¹⁸⁸ ÜSTÜN, a.g.e., 270, 271; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 981.

¹⁸⁹ TANDOĞAN, (**Mes'uliyet Hukuku**), s. 415-430; KILIÇOĞLU, (**Tazminat**), s.17; TBK m. 112 hükmü gereği “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*”

¹⁹⁰ Maddede, 4110 sayılı kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, eser sahibinin olağan telif ücretini en çok %50 fazlasıyla isteyebileceği, bunun için tecavüz edenin kusurunun olması gerektiği, kusur bulunmadığı takdirde tecavüz edenin sağlayabileceği yararlanma sınırını aşamayacağı, düzenlenmişti. Değişiklik ile kusur oranı aranmamış ve genel olarak tecavüzün refi davalarında kusur aramayan m. 66/f. 3’ün uygulanacağı ve rayiç bedel itibarıyla uğranılan zararın en az üç katının talep edilebilmesi için kusurun aranmayacağı belirtilmiştir. EREL, a.g.e., s. 299.

¹⁹¹ TEKİNALP, a.g.e., s. 319; KAÇAK, a.g.e., s. 246.

¹⁹² KILIÇOĞLU, (**Tazminat**) s. 18; “... Eğitim merkezi müdürü sıfatını taşıyan “Üniversite Öğretim Görevlisi” konumundaki davalının hak sahiplerinden izin alınmadan yapılacak kitap basımının ve iktibas sınırlarını aşmanın telif haklarının ihlali sonucunu doğuracağını bilmemesi mümkün olmadığı gibi, FSEK’nun 66 maddesi gereğince de temsilci sıfatı ile eylemin işlenmesinde kusurlu olmasının dahi aranmadığı belirgindir. Hal böyle olunca davalı Üniversite ile Üniversitenin haksız fiil tarihindeki Sürekli Eğitim Merkezi Müdürü olan davalı

Taraflar arasında sözleşme olması halinde eğer sözleşme ihlal edilmişse m. 68 uyarınca sözleşmenin feshi gerekmeksizin bedel davası açılabilir.

Ruhsat sahiplerinin farazî bedel, çoğaltılan nüshalar veya temin edilen kârın verilmesi talebi halinde somut olayın özellikleri ve ruhsat kapsamı değerlendirilerek bir karar verilmelidir. 5728 sayılı Kanun değişikliği sonucu hak sahibi kapsamına ruhsat sahipleri de girdiğinden farazî bedel talebinde bulunabilirler. Yargıtay, daha öncesinde bu kimselerin farazî bedel isteyemeyeceğine ilişkin kararlar vermiştir¹⁹³.

Taraflar arasında sözleşme bulunduğu takdirde sözleşmeye aykırılık nedeniyle ref davası değil, sözleşmeye aykırılıktan açılan davada taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ve TBK. 112 vd. hükümleri uygulanır. Fakat; sözleşme harici bir ihlal fiilî varsa tecavüzün refi davası açılabilir. Örneğin, 1000 adet kitap basımı için yapılan sözleşmenin ihlal edilerek; sözleşmede belirlenenden fazla kitap çoğaltarak piyasaya sürülmesi gibi. Sözleşmenin ihlali ile birlikte hak sahibinin mutlak hakkı da ihlal edildiğinden, haksız fiil ile sözleşmeye aykırılık arasında haklar yarışacak ve hakkı ihlal edilen dilerse haksız fiil hükümlerine, dilerse sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre talepte bulunabilecektir¹⁹⁴.

Doktrinde alacaklının güvenini boşa çıkaracak tavır ve hareketlerde bulunmak, güvensizlik ortamı aktin müspet ihlali sayılmaktadır¹⁹⁵. Eser sahibinin sözleşmeye değil, mütecevizin kanundan doğan sorumluluğuna dayanmayı tercih etmesi halinde aktin feshine veya ihtara, süre tayinine gerek kalmadan ihlalde bulunan aleyhine maddî, manevî tazminat yahut FSEK m. 68 kapsamında bedel davası açabilir¹⁹⁶. Kanaatimizce davacının bu yola başvurarak bedel talebinde bulunması onun lehine bir tutum olacaktır. Açılan davada kanundan doğan dava hakkına dayanıldığında

ihlal oluşturan eylemden zincirleme sorumludurlar.” YHGK, T. 15.12.2010, E. 2010/4-607, K. 2010/663, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. C.II, s. 1953.

¹⁹³ 11. HD. T. 20.01.2006, E. 2005/166, K. 2006/33; Aynı Daire T. 20.11.2007, E. 2006/6776, K. 2007/14566, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2011’den naklen).

¹⁹⁴ BELLİCAN, a.g.t., s. 564.

¹⁹⁵ TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, s. 1304 dpn. 7; ÜSTÜN, a.g.t., s. 270.

¹⁹⁶ Doktrindeki sözleşmeye aykırılığın bir haksız fiil teşkil ettiği takdirde sözleşmeye dayanan sorumluluğun doğabilmesi için ihtara veya süre tayinine gerek olmadığına ilişkin bkz TEKİNAY, BURCUOĞLU, AKMAN, ALTOP, a.g.e., s. 982; ÜSTÜN, a.g.t., s. 269.

ıslah suretiyle akdi ilişkiye dayanılması da mümkündür¹⁹⁷.

f. Sözleşmelere ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi

Tecavüzün ref'i davasında üç kat fazlasına kadar bir bedel verilmesi talep edildiğinde, talep kabul edilirse m. 68/son gereği taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi doğacağı görüşüne göre sözleşme zamanaşımı 10 yıldır¹⁹⁸.

Yargıtay kararlarında ise genellikle tecavüzün ref'i talep edilebilecek hallerde haksız fiil olduğu kabul edilerek haksız fiil zamanaşımının uygulanacağı; fakat üç katına kadar bedel talep edilen hallerde, taraflar arasında farazî bir sözleşmenin bulunduğu belirtilerek sözleşmeye aykırılık halleri bakımından geçerli olan zaman aşımının uygulanacağı benimsenmektedir¹⁹⁹. Farazî bir sözleşme sözkonusu olduğunda Yargıtay da TBK m. 146'ya göre on yıllık zamanaşımı süresini uygulamaktadır²⁰⁰. Oysa FSEK m. 68'e dayanan davalar genellikle haksız fiil teşkil eden hukukî olaylara dayanmakta iken davranışı haksız fiil olarak nitelendirip daha sonra TBK'nda düzenlenen genel zamanaşımı süresinin uygulanacağını kabul edilmesi ve aynı fiilin manevî hakları da ihlal ettiğinden bahisle ceza zamanaşımı süresinin uygulanacağını benimsenmesi çelişki yaratmaktadır. Hukuka aykırı eylem haksız fiil niteliği taşıyorsa uygulanan yaptırıma bakılmaksızın tüm hallerde TBK 72 hükmüne göre zamanaşımı belirlenmelidir. Talebin tecavüzün ref'i ya da tazminat

¹⁹⁷ TEKİNAY, BURCUOĞLU, AKMAN, ALTOP, a.g.e., s. 983; ÜSTÜN, a.g.t., s. 272.

¹⁹⁸ ÜSTÜN, (**Fikrî Haklar**), s. 979; PİROĞLU, (**68. Madde**), s. 450.

¹⁹⁹ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 115; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 637; EREL, a.g.e., s. 368, 369; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 459; "FSEK m. 68 hükmüne dayalı telif tazminatı yönünden zaman aşımı süresinin BK m.125 uyarınca 10 yıl olduğu ve somut olayda bu sürenin dolmadığı, manevî tazminat isteminin ise temelinde haksız fiil niteliğinde bulunduğu, eylem tarihinde yürürlükte olan FSEK m. 71.uyarınca manevî hakların ihlaline ilişkin suçlar için geçerli bulunan ceza zamanaşımı süresine tabi olduğu, somut uyuşmazlıkta 2005 yılı Nisan ve Temmuz aylarında basılan kitaplar için 765 sayılı TCK'nın 102/4 maddesi uyarınca 5 yıl ve 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 66/e bendi uyarınca 8 yıl olduğu.." 11.HD. 02/11/2009 T, E 2009/5070, K 2009/11205; Müzik eserinin bir reklam filminde kullanılarak sekronizasyon hakkının ihlal edilmesinde FSEK 68. maddesi gereği talepte bulunulabilir. Davada sözleşmesel ilişki kurulduğundan 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. 11. HD. 2012/13254, K. 2014/3487 K. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 01.06.2014.

²⁰⁰ 11. HD, T. 30.03.2009, E. 2007/14902 , K.. 2009/3814; 11. HD. T. 17.05.2011, E. 2009/11960, K. 2011/6049, 11 HD. T. 25. 02. 2014, E. 2012/13254, K. 2014/3487, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 20.12.2013.

olması yönünden ayırım yapılmamalı, fiil suç oluşturuyor ise ceza zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Aynı fiil nedeniyle farklı hukukî sebeplerden dolayı açılan davalarda birbirinden farklı zaman aşımı uygulanması doğru değildir²⁰¹. Aynı zamanda sözleşmesel ilişki verilecek mahkeme kararı sonrasında kurulacağından öncesinde bedel talep edileceği safhada zaten herhangi bir sözleşme sözkonusu değildir.

Farazî bedel veya üç katı tazminat haksız fiil oluşturan davalının eyleminin gerçekleştiği tarihtir. Eylem devam ediyorsa, eylemin sona erdiği tarihte zamanaşımı süresi başlar²⁰².

Yargıtay uygulamasında davada ıslah edilen kısma da dava tarihinden itibaren temerrüt faizi uygulanması gerektiği görüşündedir. Kanaatimizce bir yandan farazî sözleşme ilişkisi nedeniyle taraflar arasında sözleşme varmış gibi zamanaşımı uygulanırken diğer tarafta bunun haksız fiile dayanması nedeniyle ıslah edilen kısma da dava tarihinden temerrüt faizi uygulanması gerektiği, sözleşmesel ilişkilerdeki temerrüdün oluşması için ihtarname gönderilmesi gerektiği kuralına uyulmaması kendi içinde çelişkili bir durumdur. Kural olarak haksız fiil oluşturan hak ihlallerinde genel dava zamanaşımının uygulanması zorlama bir durum olup borçlar hukukunun temel ilkelerine de aykırı bir uygulamadır. Burada 2 ve 10 yıllık haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanması, faize ilişkin de haksız fiil nedeniyle haksız fiilden itibaren faiz uygulanması gerekir ancak FSEK m. 68/f. 6'da hak sahibinin tecavüz edene karşı sözleşmeye dayalı bütün hak ve yetkileri haiz olacağı düzenlendiğinden Kanun'un bu haliyle zorunlu olarak TBK 146 hükmünün uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır.

²⁰¹ GÖKYAYLA, (Değerlendirme), s. 26.

²⁰² ERDİL, a.g.e., 1192, 1193; TEKİNALP, a.g.e., s. 319; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2144; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 449, 450.

g. Bağlantılı hak sahipleri hakkında da uygulanabileceği

5728 sayılı kanun ile bağlantılı haklardan kaynaklanan malî hakların ihlali de 68. madde kapsamına alınmıştır²⁰³. ÜSTÜN yapılan değişiklik sonucunda, FSEK m. 68/f. 4 anlatımının, sanki çoğaltma hakkı dışındaki malî haklar yönünden eser sahipleri aleyhine; bağlantılı hak sahipleri lehine olacak şekilde yoruma açık olduğunu; oysa birinci fıkradaki iznin icra, fonogram, yapım sahiplerinin eser sahiplerinden alacağı izin değil, bunları kullananların icracı fonogram yapımcısından alması gereken izin olduğunu ve bu nedenle eser sahipleri aleyhine bir düzenlemenin bulunmadığını belirtir²⁰⁴. TEKİNALP, FSEK m. 68/f. 4 “*ikinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin FSEK m. 52 gereğince izin vermiş olması gerektiği*” hükmündeki “*başka hak sahiplerinin*” FSEK m. 68/f.1’de sayılan “*icranın, fonogramın ve yapımların*” sahipleri dışındaki hak sahipleri olduğunu, bunun dışında hak sahibi bulmanın ise güç olduğunu belirtir²⁰⁵.

GÖKYAYLA m. 68/f. 1 ve m. 80/f. son ile kanunda ikilik yaratıldığını, m. 80 son fıkrasında “*Eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı haklara sahip olanlar da eser sahipleri gibi tecavüzün ref’i, tecavüzün men’i ve tazminat davası haklarından faydalanırlar.*” hükmünün bulunduğunu belirtir²⁰⁶. 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahiplerinden izinsiz işlemek, çoğaltmak, çoğaltılmış nüshaları yaymak, temsil etmek veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmenin malî hak ihlali olarak sayıldığı, bunların sınırlı sayılmadığı görülmektedir. Kiralama, ödünç vermek, yeniden iletme ve gelişmelerle ortaya çıkacak diğer malî haklar da bu kapsama dahildir. TEKİNALP, değişikliğin bir yenilik olmadığını Kanun’un 80/ son

²⁰³ Emre GÖKYAYLA, “5728 sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Fikrî Mülkiyet Hukuku 2010, (Editör Tekin Memiş) İstanbul, 282-304.

²⁰⁴ ÜSTÜN, a.g.m., s. 6.

²⁰⁵ TEKİNALP, a.g.e., s. 322.

²⁰⁶ GÖKYAYLA, “68. Madde”, s. 291.

fikrasında zaten bu hakkın bulunduğunu belirtir²⁰⁷. Maddenin birinci fıkrasında malî hakları tecavüze uğrayan kişi için “*eser sahibi*” derken, değişiklik ile “*hak sahibi*” denilerek, malî hakları devralan kimseyi de kapsayacak şekilde düzenleme yapılmış, “*bağlantılı eser sahiplerine de uygulanır.*” denilerek; icracılar, bale dansçıları, varyeteciler, orkestra ve tiyatro oyuncularını gibi topluluk oluşturan icracıları ve bağlantılı olarak eserin devredilmesini de kapsayarak FSEK. 80/son fıkrası düzenlemesini güçlendirmiştir²⁰⁸.

4.Hakimin Bedeli Takdir Yetkisi

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68inci maddesi Kanun’un 1952 yılında yürürlüğe girdiği ilk halinde mütecavizin kusurunun bulunması halinde mutad sözleşme bedelinin %50 fazlasını isteyebileceği ve bu miktarın üst sınır olduğu doktrinde kabul edilmiştir. Kanun’da 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile “*mutad bedel*” kavramı “*rayiç bedel*”, “*%50 fazlasını isteyebilme*” hakkı da “*en çok üç katını isteyebilir*” olarak değiştirilmiş ve söz konusu artırımın yapılabilmesini kusur şartına bağlayan FSEK m. 68/f. 5’de yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, FSEK 66/ f. 4 hükmü gereği ihlale uğrayan haklar, tecavüzün kapsamı, kusurun olup olmadığı, varsa ağırlığı ve tecavüzün ref’i halinde tecavüz edenin uğraması muhtemel zarar takdir edilerek halin icabına göre bir karar verilmesi gerekmektedir. FSEK 66 ve 68 arasındaki genel hüküm özel hüküm ilişkisi nedeniyle m. 66’daki bu hüküm m. 68 için de uygulanacak ve takdire göre rayiç bedelin tayin ve tespiti gerekecektir²⁰⁹.

²⁰⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 317.

²⁰⁸ Bağlantılı hakları da kapsamına alan düzenleme sonucu radyo TV yayınları bakımından da m. 68 hükmü uygulanabilmektedir. 11. HD. 18.05.2005, E. 2004/7215, K. 2005/5336 Yayınlanmamış kararı, (KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 139’dan naklen).

²⁰⁹ FSEK m. 68 metninin ilk hali davacının mutad sözleşme bedelinin %50 fazlasını isteyebileceği ve kusursuz ise talep edilecek bedelin davalının tecavüz eylemi nedeniyle elde ettiği faydanın üst sınırını aşamayacağı şeklinde idi. Bu durumda talep edilecek bedel sözleşme bedelinin altına düşebilir. Maddî yarar elde edilmemişse davacı herhangi bedel talep edemeyecektir. Cezaî nitelikte olduğu için kusur şartı aranmıştır. ARSLANLI, a.g.e., s. 215; AYİTER, a.g.e., s. 258.

FSEK m.68'in eski madde metnindeki farazî bedel ile beraber emsal veya rayiç bedel yerine tek olarak rayiç bedel kullanılmışsa da bu bedelin kanun uyarınca tespit edileceği belirtilmiş, fakat ne şekilde tespit edileceğine ilişkin kriterler öngörülmemiştir²¹⁰.

FSEK m. 68 hükmünde 1995 tarihinden önce eser sahibinin işleme temsil ve radyo ile yayım hakları ile çoğaltma ve yayma haklarının ihlali suretiyle elde edilen nüshalar bakımından iki ayrı fıkrada düzenleme yapılmışken 4110 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmış ve “*sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılmış*” ibaresi eklenmiştir. Sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır²¹¹. Emredici mahiyette olan bu hüküm TBK m. 12’de belirtilen ve hakim olan şekil serbestisi kuralının uygulanamayacağı istisnai alanlardan birisidir²¹². Yazılı geçerlilik şartındaki amaç, eser sahibinin haklarını korumak, haklarını devrederken onu daha dikkatli düşünmeye sevk etmektir²¹³.

Yargıtay’ın uygulamalarında da 2004/48 sayılı AB Direktifi dikkate alınmamakta ve mahkemelere takdir hakkı tanımadan üç kat bedelin ödenmesi zorunlu tutulmaktadır²¹⁴. Yargıtay da FSEK m. 68 hükmündeki bedel talebini kanundan doğan medenî bir ceza olmasına rağmen telif tazminatı olarak nitelendirmektedir²¹⁵.

²¹⁰ TEKİNALP, a.g.e., s. 317, 318.

²¹¹ EREL, a.g.e., s. 343; TEKİNALP, a.g.e., s. 232.

²¹² TBK. m.12 kural olarak sözleşmelerin geçerliliğinin, kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı olmadığını kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin, kural olarak geçerlilik şekli olduğunu ve öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı düzenlenmiştir. TBK m. 13 ise, kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulmasının zorunlu olduğunu, m. 14 yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması gerektiğini, kanunda aksi öngörülmedikçe imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinlerin de yazılı şekil yerine geçeceği düzenlenmiştir. TBK m. 15 imzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılmasının zorunlu olduğu, güvenli elektronik imzanın da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğuracağını düzenler.

²¹³ VON Tuhr, a.g.e., s. 532; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 102; TUNÇOMAĞ, (Cezai Şart), s. 219.

²¹⁴ “...FSEK nun 68/1.fıkrası, eser sahibinin malî haklarına tecavüz halinde gerektiğinde rayiç bedelin üç katının mütecevizden istenilebilmesi hususunda eser sahibine tanınmış bir seçeneğin kullanılması yetkisidir. Bu bakımdan, Kanun'da eser sahibine tanınan rayiç bedelin üç katı fazlasına kadar isteyebilme seçeneklerinden herhangi birisini kullanma yetkisi eser sahibi olan

Davacı genel olarak ref talebinde bulunmuşsa, mahkeme sözleşme veya rayiç bedel ya da bunun üç katının ödenmesine re'sen karar veremez. Hakim, talep yeterince açık değilse HMK m. 31 ve 119/1-ğ uyarınca talebi açıklattırmalıdır²¹⁶. Farazî bedelin tespiti için açıklama yaptırılmadan rapor doğrultusunda ıslahın bu talebe ilişkin olduğu yorumuna gidilemez. Çünkü davacının talebine göre arada farazî sözleşmenin doğup doğmayacağı belli olacak ve davacı FSEK m. 68 gereği üç katı bedel talep etmiş ise farazî sözleşmeye dayalı bedel talebi ile birlikte bedel kapsamındaki nüshaların ref'i istenemeyecektir. Kanunun bu hükmü gereği yapılan uygulama tecavüzü teşvik edici ve buna prim veren bir düzenlemedir. Bunun hakkaniyet, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi gerekçelerle yine kanun düzenlemesi ile gerçekleştirilmesi yerinde olmamıştır.

Tazminatın hesaplanmasında emsal ve rayiç bedel dikkate alınarak zararın üç katı şeklinde belirtilen bedel azamî bedeldir²¹⁷. FSEK m. 68 hükmü uyarınca açılan davaların hukukî niteliğinin haksız fiil olması nedeniyle maddede sözü edilen rayiç bedelin ihlalin yapıldığı tarih esas alınarak tespiti gerekir²¹⁸. FSEK m. 68 uyarınca açılmış bulunan davanın hukukî niteliği haksız fiil olduğundan anılan maddede sözü edilen rayiç bedelin, ihlalin yapıldığı tarih esas alınarak tespiti gerekir²¹⁹.

Yargıtay farazi sözleşme kurulduğunu kabul etmişken rayiç bedelin tespitinde haksız fiillerde olduğu şekilde ihlal tarihini dikkate almaktadır. Bu çelişkinin giderilmesi için kanaatimizce Kanun Tasarısında rayiç bedelin hangi tarihe göre tespit edileceğine ilişkin düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

davacıya aittir. Mahkeme seçilen talebi değiştiremez., 11. HD T. 25.01.2010, E. 2008/8996, K. 2010/757; Yine aynı yönde; HGK'nun T. 02.03.2004, K. 260/271; T. 20.03.2002, K 176/214; 11.HD. T. 25.01.2010, K. 8996/757; 11 HD. T. 19.07.2011, E. 2011/5205, K. 2011/9022; (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 12.11.2013.

²¹⁵ 11.HD. T. 02.11.2009, E. 2009/5070, K.2009/11205, (BOZBEL, a.g.e., s. 555, dpn. 1314); TEKİNALP, a.g.e., s. 319; YASAMAN, (**Tazminat**) s. 811; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 649.

²¹⁶ Davacı maddî tazminat talebini bilirkişi tarafından hesaplanan üç kat bedel tutarına ıslah ettiği takdirde m. 68 uyarınca talepte bulunduğu anlamına gelecektir. 11.HD, T. 25.04.2012, E. 2010/16573, K.2012/6758.

²¹⁷ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2037.

²¹⁸ 11. HD. 31.10.2003, E. 2003/11539, K. 2003/10196, ERDİL, a.g.e., s. 536.

²¹⁹ "...FSEK'nun 68 nci maddesi uyarınca açılmış bulunan davanın hukukî niteliği haksız fiil olduğundan anılan maddede sözü edilen rayiç bedelin, ihlalin yapıldığı tarih esas alınarak tesbiti gerekeceği..." 11. HD. T. 31.10.2003 E. 11539, K. 2003/10196,(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11.02.2011.

Hakim, somut olayın özelliklerine, tecavüz edenin kusurunun ağırlığına, tecavüzün sonuçlarına, tecavüz edenin hukuka aykırılığı gidermek amacıyla bir çabasının bulunup bulunmadığına göre hükmedilebilecek bedeli TMK m. 4. gereğince takdir yetkisine sahiptir. Yoksa hakim herhalde bedelin üç katına hükmetmesi zorunluluğu yoktur. Türk Medeni Kanunu m. 4 gereği, kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri gözönünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir. Hükmün çizdiği sınırlar, hükmün amacı ve korunmak istenen menfaat durumu hakimi bağlar²²⁰. FSEK m. 66/f. 4 hükmü bu nedenle dikkate alınmalıdır. Yargıtay'ın kabul ettiği farazî sözleşme görüşü tecavüz edenin kusurunu ve kusurunun ağırlığını incelemeyi gerektirir. Çünkü sözleşmeye aykırılık hallerinde TBK m. 114 hükmünün yaptığı atıf gereği tazminatın hesabında TBK 51 ve 52 hükümlerinin göz önünde tutulması gerekir²²¹. Üç katına kadar bedelin talep edildiği hallerde tecavüzün ağırlığı, tecavüz edenin kusurunun derecesi, tecavüzün sonuçları değerlendirilmeden bedelin üç katına hükmedilmesi FSEK m. 66/f. 4 hükmüne de aykırıdır. 1995 yılı öncesi FSEK m. 68/f. 5 hükmünde kusurun varlığının düzenlenmesi ve kusur bulunmadığında talep edilecek miktarın mütecavizin bundan sağlayabileceği istifade hududunu aşamayacağı²²² hükmünce kusur varsa, mutad bedelin en çok % 50 fazlası, yoksa elde edilenle sınırlı bir miktara hükmedilebilirdi²²³. Kanun'da 4110 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde kusur aranmakta iken sonrasında aranmamaktadır. GÖKYAYLA, 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile kusurun aranmasına ilişkin fıkranın maddeden çıkartılmasının isabetli olmadığını belirtir. Yargıtay'ın FSEK m. 68 uygulanmasında kusur şartını aramaması kanun gereğidir. Fakat kusur ve varsa ağırlığı, bedelin tespitinde göz önünde tutulmalıdır. Kusur ve derecesi gözönünde tutulmadan doğrudan üç kat bedele hükmedilmesi doğru olmadığı gibi;

²²⁰ OĞUZMAN, BARLAS, a.g.e., s. 89.

²²¹ Canan KÜÇÜKALİ, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesindeki Hakimin Takdir Hakkı”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, C. 15, S. 2, Y. 2016 (Özel Sayı), Armağan Cilt II, (s. 241-256), s. 244.

²²² ARSLANLI, a.g.e., C. II, s. 215.

²²³ Ae., s. 214, 215; AYİTER, a.g.e., s. 258; Hakimin takdir hakkının bulunduğu ile ilgili Kanun değişikliği öncesinde Yargıtayın verdiği karar, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 25. 05. 2014, 11. HD. T. 22. 01. 1998, E. 1997/9221, K. 1998/246.

TBK 112 gereği sözleşmeler hukukunun ana ilkesinin kusurlu sorumluluk olması nedeniyle Yargıtay tarafından benimsenen farazî sözleşme görüşü de kusurun değerlendirilmesini gerektirir²²⁴. Bu nedenle karar verilirken kusurun hiç etkisi yokmuş gibi hüküm kurulması doğru değildir²²⁵.

Kanun ya haksız fiilde sorumluların iç ilişkide birbirine rücu etmesinde, kusurun ağırlık derecesine ve yaratılan tehlikenin yoğunluğuna bakarak rücu miktarını belirlemesinde olduğu şekilde hakime takdir hakkı vermiştir. Ayrıca, (TBK m. 62/1) “*durumun gereği*” vb. ifadelerle hakimin takdir hakkı bulunduğunu belirtmiştir. Haksız fiillerde uğranılan zarar miktarının tam olarak ispat edilemediği hallerde TBK m. 50/f. 2 gereği hakimin, olayların “*olağan akışını*” ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirlemesi de böyledir. Kanun metninin yazılışından maddede kullanılan “*hükmedilebilir*”, “*yapılabilir*” vb. ifadeler hakimin takdir hakkının bulunduğuna işaret eder. Haksız fiil sorumluluğunda, zarar görenin, zararı doğuran fiile razı olmuş olması vs. hallerde hakimin tazminatı “*indirebilir*” ya da tamamen “*kaldırabilir*” olması da böyledir (TBK m. 52/1)²²⁶.

FSEK m. 68/f. 1’de “*en çok*” ve “*üç kat fazlasını isteyebilir*” lafzına göre kanaatimizce “*en çok*” ifadesi, üç kat yerine somut olayın şartlarına göre bir kat, iki kat gibi bir oranda hüküm kurulmasına imkan verir. Kusur ve zarar ifadesi maddeden çıkarılmış olsa da Kanunun amacı gözetilerek, bu ifadenin “*üç katına kadar*” şeklinde anlaşılması gerekir²²⁷.

FSEK m. 68 hükmündeki üç kat fazlası “*tam üç katı şeklinde anlaşılması gerektiği*” şeklinde düşünen yazarların²²⁸, ve Yargıtay görüşünün aksine, bu ifadenin “*hakimin takdiri ile belirlenmesi gereken bir bedel olması*” şeklinde anlaşılması

²²⁴ GÖKYAYLA, “**Değerlendirme**”, s. 23. TBK m. 112 gereğince sözleşme gereği borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

²²⁵ A.e., s. 23-28.

²²⁶ Seyfullah EDİS, “**Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi**”, AÜHFD, 1973/1-4, s. 183-184.

²²⁷ K. Emre GÖKYAYLA, “**Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi**”, FSHD, 2012/30, s. 23.

²²⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 302; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 397; YASAMAN, (**Tazminat**), s. 808.

gerekir. Nitekim AYM. de 12. 07. 2013 günlü Resmi Gazetede yayınlanan karar gerekçesinde İstanbul 1. Fikrî ve sınaî Haklar Hukuk Mahkemesi tarafından mahkemeye yapılan başvuruda eser sahiplerinin haklarının ihlali halinde uğradıkları zararın en çok üç kat fazlasını isteyebileceğine ilişkin FSEK m. 68/ f. 1 ile davanın taraflarından birine gerçekte hak etmediği fahiş bir kazanç sağladığı, bunun da adalet ve hakkaniyet hislerini rahatsız edeceği, örneğin bir milyon dolarlık rayiç bedelin üçle çarpılıp sonra da toplamı üzerinden en yüksek faiz yürütülerek 4-5 milyon dolara varan bir meblağ üzerinde ödetilmesinin adalet duygularını inciteceği, ihlali özendireceği düşünüldüğünde adil olmadığı belirtilmiştir. AYM kararında burada hakimin takdir hakkı bulunduğunu, 68inci maddede de bunun düzenlendiğini belirtmiştir²²⁹. Yargıtay ise AYM'nin bu kararına rağmen sonraki kararlarında ve 2015 yılında oybirliği ile olmasa da aynı uygulamasını ısrarla sürdürmüştür²³⁰. Yargıtay aynı yıl, bir kararında da davalının ekonomik durumunu gözeterek üç kat bedeli iki kata düşüren ilk derece mahkemesinin kararını , “FSEK 66/4. maddesi uyarınca, tarafların ekonomik ve sosyal durumu, davalılara yüklenebilecek kusur, aynı iş yerinde bir başka bilgisayarda aynı işlemi gören lisanslı yazılımın da bulunması, ele geçirilen lisanssız yazılımın davalı işletmesi yönünden işlev ve değeri, işletmenin büyüklüğü, üç kat telif tazminatının davalı yönünden doğuracağı

²²⁹ AYM, T. 28.02.2013, E. 2012/133, K. 2013/33, R.G. 12 Temmuz 2013, S. 28705. <http://legalbank.net/belge/aym-e-2012-133-k-2013-33-t-28-02-2013/1350654>.

²³⁰ 11. HD. T. 24. 06. 2014, E. 2014/19083, K. 2015/8814. Kararda muhalefet görüşünde “*Her ne kadar 1995 yılında çıkartılan 4110 sayılı Kanun ile 5846 sayılı FSEK’da AB müktesebatına uyum amacıyla bazı değişiklikler yapılmış ise de, sonraki yıllarda da aynı amaçla FSEK’de birçok ilave değişiklikler yapılmıştır. Halen boşluk bulunan noktalarda ise, mehz AB Yönergelerine uygun yorum tarzının tercih edilmesi gerekmektedir. Mehz Yönergelerden, 2004/48 Sayılı Fikri Mülkiyet Haklarının Etkin Korunmasına İlişkin AB Uygulama Yönergesi’nin (Enforcement Directive) 26 no’lu başlangıç hükmünde de hak sahibine ödenecek tazminat miktarının, “hâkim tarafından, olayın bütün yönleri değerlendirilerek tespit edilmesi” gerektiği ifade olunmuştur.* (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:195:0016:0025:en:PDF>). Yukarıda anılan nedenlerle, yerel mahkemece, davalının telif hakkı ihlali eylemindeki kusur durumu tartışılmaksızın, FSEK 68.maddesindeki “üç katı...” ibaresinin bir zorunluluk gibi algılanarak telif tazminatına hüküm olunması yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.” gerekçesi bulunmaktadır. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 23. 07. 2016; Aynı şekilde T. 26.04. 2016, T. 2015/7583, K. 2016/4676, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr. Erişim T. 0. 02. 2017.

ekonomik ve sosyal sonuçları gözetererek, davalıların iki kat bedel ödemesi hükmüyle onamıştır²³¹.

Dev yazılım şirketlerine bağımlılığımız ve ülke genelindeki bilgisayar programlarında yabancı şirketlerin yazılımlarının kullanımı halinde davacı tarafından dava dosyasına rayiç bedele esas olacak şekilde daha öncesinde yapmış oldukları yüksek bedelli lisans sözleşmelerinin emsal olarak sunulması sonucu küçük bir işletme sahibinin kullanmakta olduğu bir veya birkaç bilgisayarındaki kısıtlı bir izinsiz kullanım nedeniyle belirlenen rayiç bedel çok yüksek olabilmektedir. Mahkemelerce kusur durumu dikkate alınmaksızın bunun üç katına hükmetmesi, Kanun'da ve uluslararası sözleşmelerde de aykırı bir hüküm bulunmamasına rağmen Yargıtay tarafından üst sınırın ısrarla uygulanması ülke menfaatlerine de aykırı bir uygulamadır. FSEK 68'de düzenleme bulunmadığı durumda genel hüküm niteliğindeki FSEK m. 66 hükmü uygulanacak ise de yapılan değişiklik ile Kanun koyucu farazî bedel ve üç kat olan medenî ceza nitelikli ödemeyi kusura bağlamaktan çıkartarak hâkimin takdir yetkisini getirmiştir²³².

Anayasa Mahkemesinin maddeye ilişkin yorumu sonrasında, Yargıtay'ca halen üç katı miktarın uygulanmasında ısrar edilmesi yerinde değildir. Anayasa mahkemesi kararı sonrası verilen bozma kararı üç katına kadar arttırım seçeneğini kullanma yetkisinin davacıya ait olduğunu belirtmiş ve AYM'nin 28.02.2013 gün 133/33 sayılı karar gerekçesinden de bahsederek *"İtiraz konusu kural eser, icra, fonogram veya yapımın izinsiz kullanılması halinde hak sahiplerinin dava yoluyla isteyebileceği*

²³¹ 11. HD, T. 19.06.2015, E.2014/18483, K. 2015/ 8539 . Aytül ÖZKAN, Ahmet Fatih ÖZKAN, **"Fikir ve Sanat Eserleri Bağlamında Tecavüzün Ref'i Davası ve Üç Kat Bedel Sorunu"** s. 121'den naklen) Hacettepe HFD, (s.103–134). <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C6S1makale5.pdf>.

²³² 11. HD. 31.10.2003, E. 2003/11539, K. 2003/10196, ERDİL, a.g.e., s. 536; "... FSEK'nun 68/1. fıkrasındaki eser sahibinin "uğradığı zararın, en çok üç kat fazlasını isteyebilir" şeklindeki düzenleme, malî haklarına tecavüz halinde gerektiğinde rayiç bedelin üç katını mütecavizden isteyebilmesi hususunda eser sahibine tanınmış bir yetkinin kullanılmasıdır. Diğer bir deyişle, Kanun'da eser sahibine tanınan rayiç bedelin üç katı fazlasına kadar isteyebilme seçeneklerinden herhangi birisini kullanma yetkisi eser sahibi olan davacıya aittir. Mahkeme seçilen talebi değiştiremez. Yargıtay kararları da bu yöndedir. (HGK'nun 02.03.2004 gün ve 260/271 sayılı, 20.03.2002 gün ve 176/214 sayılı kararları, 11. HD'nin 25.01.2010 gün ve' 8996/757 sayılı kararı)...".şeklinde maddedeki üç katı tazminata ilişkin takdir hakkının bulunmadığını belirtmiştir.11. HD., T. 19.07.2011, E. 2011/5205, K. 2011/9022, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11. 03. 2012.

bedele üst sınır getirmiştir. Kural, hakim taleple bağlı olduğuna dair veya takdir yetkisine ilişkin olumsuz bir düzenleme içermemektedir. Bu sınır içerisinde kalmak şartıyla hakim dosya içeriği ve talebi de gözetilerek takdir yetkisi kullanacağı açıktır. Öte yandan dava edilen eser, icra, fonogram veya yapımın bedelini belirleme görevi de hakime bırakıldığından hüküm altına alınacak bedelin belirlenmesinde hakim takdir yetkisinin olmadığından söz edilemez." şeklindeki açıklamanın da bağlayıcı olmamakla beraber yol gösterici mahiyette bulunduğu ve gerekçenin Dairemizin 27.11.2011 gün ve 14831/17744 sayılı ve yine 4. Hukuk Daire'nin 30.09.2002 tarih 5472/10458 sayılı kararlarında da açıklanan ödenecek rayiç bedelin bu sınır içinde tespitinde hakim takdir yetkisi bulunduğu ve 5846 sayılı FSEK 66/4 ve 818 sayılı BK 42 ve 43 maddelerinin dikkate alınabileceğine ilişkin görüşle de çelişkili olmadığı halde, mahkemece kararda yazılı gerekçeyle rayiç bedelin (2) katına hükmedilmesi de doğru görülmemiştir." şeklindeki ifadeleriyle bozma gerekçesini hakim tamamen takdir hakkı bulunduğu argümanı ile savunurken gerekçe ile çelişir şekilde, rayiç bedelin iki katına hükmeden yerel mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir²³³.

Doktrinde bir görüş, kusurun; üç kat bedel talebinde bir şart olarak aranmayacağını sadece alınacak tedbirler bakımından dikkate alınacağını savunurken²³⁴, diğer görüş alınacak tedbirler kadar miktarın belirlenmesi bakımından da, kusurun dikkate alınacağını savunmaktadır²³⁵. Katıldığımız bu görüş uyarınca, her ne kadar davanın açılabilmesi için davalının kusurlu olması aranmasa da, kusurun ağırlık derecesi söz konusu ceza miktarının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan, 1995 tarihli değişiklik ile kusur unsurunun maddeden çıkartılması isabetsiz olmuştur. Kanun tasarısında maddede tekrar kusur unsurunun getirilmesi yerinde olacaktır.

Diğer yandan temel bir problem olarak günümüze yansıyan, korsan bilgisayar yazılım kullanımının yarısından fazlası gelişmekte olan ekonomilerde

²³³ 11. HD, T. 23.06.2014, E. 2014/1671, K. 2014/11833; (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 02.06. 2016.

²³⁴ EREL, **Fikir ve Sanat**, s. 339; KILIÇOĞLU, "**Hukuksal Koruma**", s. 72; KILIÇOĞLU, **Fikrî haklar**, s. 449. ÜSTÜN, "**Maddî Tazminat**", s. 265.

²³⁵ MEMİŞ, "**68. Madde**", s. 86 vd.

gerçekleşmektedir. 2010 yılı itibarıyla Türkiye’de korsan yazılım kullanımı % 63 oranındadır²³⁶. Bu oran 2015 yılı itibarıyla % 58’dir²³⁷. Bu nedenle yabancı yazılımlar için FSEK m. 68 gereği hükmedilecek üç katı bedel, Türkiye ekonomisi açısından ülkeye bir külfet olarak dönmektedir. Bu nedenle hakim takdir hakkını kullanarak somut olayın özellikleri ve kusur durumunu dikkate alarak yerine göre bu medenî cezayı uygulamamalı veya üç katı bedelden daha aşağı miktarlara hükmedebilmelidir. Kanaatimizce yorum farklılıklarını gidermek amacıyla FSEK’de yapılacak yeni bir düzenleme ile medenî ceza yaptırımında, kusur ve ağırlık derecesinin 68inci madde içinde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Fikrî ve sınaî haklar hukukunda eğilim, gelişmemiş ve gelişmekte olan ülkeler aleyhine, gelişmiş ülkeler ve bu ülkelerde bulunan büyük sermaye grupları lehine, koruma alanlarının genişletilmesi yolundadır²³⁸. Tek tip koruma modelinin her ülkeye uygun olmayacağı göz önüne alındığında özellikle gelişmekte olan ülkelerin, gelişmiş ülkelere göre, daha esnek fikrî haklar benimsemeleri gerekmektedir²³⁹. Bunun aksine takdire dayalı belirlenecek bir bedelin üst sınırdan uygulanması adil değildir.

5. Mukayeseli Hukuk Uygulamaları

Mukayeseli hukukta medenî cezanın öngörüldüğü hukuk sistemlerinde de, kast derecesinde, pervasızca davranışlar halinde maddî tazminat talebine ek olarak medenî cezaya hükmedilmektedir. Hukuk sistemimizce benimsenen Kıta Avrupası hukukunda, tazminattan daha ağır bir yaptırım öngören böyle bir düzenlemede hiç kusur unsuruna yer verilmemesi ne bizim hukuk uygulamamızla ne de medenî cezanın asıl olarak uygulandığı Anglo-Sakson uygulaması ile bağdaşmaktadır.

²³⁶ BSA-IDC 2008 Global Software Piracy Study, May 2009, (BERBER, a.g.m., s. 112’den naklen)

²³⁷ http://globalstudy.bsa.org/2016/downloads/studies/BSA_GSS_US.pdf. Erişim T. 02. 02. 2017.

²³⁸ MEMİŞ, (Değerlendirmeler), s. 3, 4.

²³⁹ ZCORREA, M. Carlos, Tercüme eden: Güneş İlhami, “Fikrî Mülkiyet Hukuku: Gelişmekte Olan Ülkelerden Bir Perspektif”, FMR, C. 5, Y. 2005, S. 2, s. 15, 16, 24.

ABD hukukunda zararın ispat edilemediği durumlarda davalıyı cezalandırmak ve dava açılmasını teşvik amaçlı “*multiple damages*” denilen, genellikle zararın iki ya da üç misli olarak verilen likit bir tazminat bulunmaktadır²⁴⁰. Tüketici hukuku, rekabet hukuku, sınai haklara ilişkin fikrî mülkiyet hukukunda öngörülen misli tazminatta üst sınır belirlenmişken medenî cezada böyle bir üst sınır yoktur.

İsviçre ve Alman hukuklarında malî haklar açısından böyle bir genel hüküm bulunmazken meslek birliklerinin gözetim-takip masrafları için öngörülen lisans zammı da uygun bedelin iki katıdır²⁴¹. Alman hukukunda hak ihlallerinde mahkeme içtihatları ile şekillenen tazminat hesaplama yolları, fiili zarar, yoksun kalınan kazanç, lisans kıyaslaması ve kazanç iadesi şeklindedir²⁴². Bu taleplerin sebebi de fikri hakların kolaylıkla ihlal edilebilir olmaları nedeniyle onlara özel bir koruma sağlanması gereğidir. Fikri hak ihlallerinde, hakkaniyete uygun bir oranda tazminat talep edilebilecektir. AB ülkelerinde bu düzenleme, yargı içtihatları sonucu oluşan üçlü hesaplama metodunun kanunlaştırılması sonucu oluşturulmuştur. Hakkı ihlal edilen taraf, bu üç hesaplama yönteminden birini tercih edecektir.

Tazminat miktarının hesaplanması hususunda Alman hukukunda üç farklı hesaplama yöntemi bulunmaktadır. Lisans kıyaslaması şeklindeki tazminat hesaplaması yönteminde fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının ispatına gerek yoktur. İhlalin ispatı yeterlidir. Bu hesaplama Alman hukukunda kanuni bir dayanağı olmaksızın mahkemelerce hakkaniyet düşüncesi ile örf ve adet kuralı haline getirilmiştir. Bunun temelinde hiçkimsenin haksız fiille sözleşmeye dayalı lisans

²⁴⁰ Örnek olarak, ABD’nin Washington eyaleti sınırlarında lisanssız bilgisayar ürünlerini kullanarak satışa sunan, taklit ürünleri üreten rakip üreticiler aleyhine dava açılabilir. Zararın üçüncü kişiden istenebilmesi için mahkemece verilecek karardan en az 90 gün önce davanın yazılı ihtar ile üçüncü kişiye bildirilmesi gerekmektedir. Üretici, rakip üreticiyi zarara uğratma kastıyla veya bilerek hukuka aykırı lisanssız bilişim teknolojilerini kullanarak ihlali gerçekleştirdiğinde USCA m. 6/ b bendi gereği zararın üç katına kadar tazminata hükmedilebilir. Burada üç katına kadar ibaresi ile hakim takdir hakkı düzenlenmiştir. Leyla Keser BERBER, “**ABD Haksız Rekabet Yasası (Unfair Competition Act) Çerçevesinde Fikrî mülkiyet Haklarına Uyumun Bilişim Teknolojisi Sektörü Özelinde Sürdürülebilir Ekonomik Kalkınmaya Etkisi ve Sağlayacağı Avantajlar**”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, S. 2, Y. 2013, s. 117.

²⁴¹ KOCHENDÖRFER, Mathias, “**Verletzerzuschlag auf Grundlage der Enforcement Richtlinie?**”, ZUM 2009, 389 vd. (BOZBEL, a.g.e., s. 559’dan naklen); MEMİŞ, (68. Madde); DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 96.

²⁴² LENDVAI, s. 68, (BELLİCAN, a.g.t. s. 548’den naklen).

hakkı kazanan bir kimseden daha iyi konumda olmaması gerektiği düşüncesi yatmaktadır ki ortada farazi bir sözleşme varolduğu düşünülür²⁴³.

Alman Medenî Kanunu'nda BGB 339 ila 345 maddeleri arasında cezai şart düzenlenmiştir²⁴⁴. Alman hukukunda, zararın belirlenmesinde lisans kıyaslaması yapılmaktadır²⁴⁵. Federal Hükümet, özel hukukta tazminat hesaplaması çerçevesinde lisans kıyasına dayanan hesaplama yönteminin, uğranılan zarara karşılık geldiği varsayımına dayandığını, buna karşılık, iki kat lisans bedeli oranında tazminat belirlenmenin, hukuka uygun olmayacağını, böyle bir varsayımın, ampirik temellere dayanmayacağını ileri sürmüştür²⁴⁶.

Alman fikrî haklar Kanunu UrhG § 110'da fikri hak ihlalinde belli şartlarda hak sahibine belli bir meblağ ödenmek suretiyle ref ve men taleplerinin önüne geçme imkanı tanınmış olup mütecaviz kusursuz ise ve hak sahibinin taleplerinin yerine getirilmesi mütecavizin orantısız çok büyük zararına neden olacaksa ve zararın giderilmesi mümkünse hak sahibine, sözleşme yapılması halinde ödenecek munasip bir bedel ödenmek suretiyle zararın tazmini yoluna gidilmektedir. Bu şekilde, hak sahibinin bu kullanıma izin vermiş olduğu varsayılır²⁴⁷. Alman Fikri haklar kanunu (UrhG. § 97/f. 2) ve FSEK m. 68'de düzenlenen rayiç bedel tespiti ile bu düzenleme paralellik taşır²⁴⁸. Sadece belirli malî haklara ilişkin ve belirli alanlardaki müzik eserleri bakımından meslek birliği GEMA²⁴⁹ lehine normal tarifenin iki katı talep

²⁴³ BELLİCAN, a.g.t., s. 550.

²⁴⁴ Ömer ÇINAR, "Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medenî Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y. 8, S. 16, Güz 2009, s. 91-115.

²⁴⁵ v. Wolff (Wandtke/Bullinger), Urheberrecht, UrhG § 97 Rn. 78, (BGH GRUR 1962, 509, 513 Dia-Rähmchen II), (DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 96'dan naklen.).

²⁴⁶ Direktifin iç hukuka aktarılmasında, Alman Federal Hükümeti yasa tasarısı gerekçesi ile götürü şekilde bir ihlal zammı verilmesine karşı çıkmıştır. (BT-Drucks. 16/5048, 37). Federal Konsey tarafından yapılan, iki kat lisans bedeli oranında, kazanç varsayımına dair teklif (BT-Drucks. 16/5048, 53 f.), Federal Hükümet tarafından reddedilmiştir (BT-Drucks. 16/5048, 61 f.) v. Wolff (Wandtke/Bullinger), Urheberrecht, UrhG § 97 Rn. 81 v. Wolff (Wandtke/Bullinger), Urheberrecht, UrhG § 97 Rn. 81, (DEMİRBAŞ, a.g.e. s. 97'den naklen).

²⁴⁷ BOZBEL, a.g.e., s. 551; BELLİCAN, a.g.t., s. 550.

²⁴⁸ Kanunda tazminatın yerine kazancın geri verilmesi talebinde bulunulabileceği belirtilmişse de kazancın geri verilmesi eser sahibinin haklarının ihlalinde tazminatın hesaplanması türü olarak nitelendirilmektedir. V. GAMM, Kn 35; FROMM, NORDEMANN, Kn 41; ULMER, prg. 131, II 3(BELLİCAN, a.g.t., 550'den naklen).

²⁴⁹ Müzik Eserleri Temsil ve Mekanik Çoğaltma Hakları Topluluğu

edilebilir²⁵⁰. Kamuya açık lokanta, büfe, mağaza ya da klinik gibi yerlerde müzik eserinin izinsiz temsil edilmesi halinde GEMA, iki kat ücret talebinde bulunabilmektedir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bir olayda GEMA'nın müzik eserlerinin reklamlarda kullanımına ilişkin hakları takip yetkisinin bulunmadığı yönünde karar oluşturmuştur. Yüksek Mahkeme fikri mülkiyet hukukunda devredilen hakların açıkça belirtilmesi gerektiğini, aksi takdirde devredilmeyen hakların eser sahibinin tasarrufu altında kalacağına hükmetmiştir²⁵¹.

Alman Hukukunda direktife uyum amacıyla § 97 UrhG'de yapılan düzenlemelerle uyarlanmış nihai metinde yer almasa da %100 GEMA artışının uygulanmasına devam edileceği uyum kanunu gerekçesinde gösterilmiştir. AB hukukunda asgari olarak normal lisans bedeli tazminat olarak düzenlenmişken Alman uygulaması iki kat lisans ücreti uygulamasına devam edilmesinden yanadır²⁵². AIPPI²⁵³, ihlalin ihmal suretiyle gerçekleşmesi halinde lisans ücretinin 1,5 katı, kasıtlı ise 2 katı olarak ücretlendirilmesine ilişkin yasal düzenlemeler yapılması hususunu teklif etmiştir²⁵⁴. Lisans kıyaslaması, uğranılan zararın ispatının gerekmediği ve zarar verenin ihlal ile elde ettiği kazancın farazi lisans ücreti adı altında tazminat talebine konu edildiği bir yöntemdir.

²⁵⁰ ZUM 1986, 199, 201 – GEMA-Vermutung III); v. Wolff (Wandtke/Bullinger), Urheberrecht, UrhG § 97 Rn. 78. (DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 97'den naklen).

²⁵¹ Ulrich Reber, "Supreme Court rules on GEMA licensing practice for use of music in advertisements
<http://www.internationallawoffice.com/Account/Login.aspx?ReturnUrl=http%3a%2f%2fwww.internationallawoffice.com%2fNewsletters%2fMedia-Marketing-Sports-Entertainment%2fGermany%2fSKW-Schwarz-Rechtsanwlte%2fSupreme-Court-rules-on-GEMA-licensing-practice-for-use-of-music-in-advertisements>

²⁵² KOCHENDÖRFER, Mathias, "**Verletzerzuschlag auf Grundlage der Enforcement Richtlinie?**", ZUM 2009, 389 vd. (BOZBEL, a.g.e., s. 559 'dan naklen).

²⁵³ International Association for the Protection of Intellectual Property - Uluslararası Fikri Mülkiyet Hakları Koruma Derneği). Merkezi İsviçre'nin Zürih şehrinde bulunan uluslararası dernek Türkiye'nin de dahil olduğu 64 ülkede, ulusal grup olarak yapılanmış ve faaliyet göstermektedir.

²⁵⁴ HAFT, DONLE, EHLERS, NACK, GRUR Int 2005, 403, karşı. HAEDKKE, MAXIMILIAN, "**Die Gewinnhaftung des Patentverletzers**", GRUR 2005, 529, (BOZBEL, a.g.e., s. 559, 560'dan naklen).

ABD’ de zararın ispatı gerekmeyen minimum zarar şeklinde (statutory damages) özellikle patent ve marka hukukunda tespit edilen ya da takdir edilen zararın katlarını esas alan (treble damages) tazminat ödemesi ile uygulanmaktadır²⁵⁵.

1976 tarihli Amerikan Telif Hakları Kanununa göre²⁵⁶ hakkı ihlal edilene, tecavüzün ağırlığına göre davalının davacıdan lisans almış olsaydı, en fazla üç yıllık ödeyeceği lisans bedelinin iki katı ek bir ücret tazminat olarak verilir. (§ 504 (d))²⁵⁷. Mütecavizin yaptığı giderlerin zarar hesabında düşülmesi gerekir²⁵⁸. Amerikan doktrininde, battaniye lisans (blanket license) denilen tecavüz sonrası, mütecaviz ile eser sahibi arasında bu şekilde bir lisans sözleşmesi yapılmak suretiyle dava masraflarından kaçınılabileceği belirtilir²⁵⁹.

Sadece ABD Kanunlarında bulunan adil kullanım, akademik amaçlarla kullanımlar içindir. Uluslararası düzenlemelerde, "*adil anlaşma*" adı verilen yakın anlamlı bir doktrin bulunur²⁶⁰.

AB hukukunda medeni ceza bakımından ülkeler teşvik edilirken tazminat yükümlülüğü ulusal hukuka bırakılmıştır. Fikri Mülkiyet Haklarının Korunması Hakkındaki 2004/48 sayılı AB Direktifi²⁶¹ m. 13 b. 1’de kusura dayalı tazminata alternatif olarak, uygun durumlarda asgari izin alınmış olması halinde ödenecek

²⁵⁵ DREIER, Kompensation und Prävention, s. 174-176, (DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 100’den naklen).
²⁵⁶ 1976 tarihli USCA (The Copyright Act of 1976) Telif Hakları Kanunu için bkz. (Çevrimiçi) www.copyright.gov/title17/92chap5.pdf, s. 160, 161, Erişim T. 03.04.2012.

²⁵⁷ Douglas, LICHTMAN, William LANDES, **Indirect Liability For Copyright Infringement: an economic perspective**, Harvard Journal of Law & Technology, Volume 16, Number 2, Spring 2003, s. 402 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=379201, Erişim T. 11.05.2013.

²⁵⁸ YEH Brian T., **Intellectual Property Rights Violations: Federal Civil Remedies and Criminal Penalties Related to Copyrights, Trademarks, and Patents**, s. 13, (Çevrimiçi) www.fas.org/sgp/crs/misc/RL34109.pdf, Erişim T. 03.04.2013.

²⁵⁹ LICHTMAN, LANDES, Volume 17, Number 2.

²⁶⁰ Gillian DAVIES, **Copyright and the Public Interest, Second Edition, Thomson, Sweet&Maxwell, London 2002, s. 105-107.**

²⁶¹ 29 Nisan 2004 Tarihli Direktif (Directive 2004/48/EC of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights), <http://eur-Lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:195:0016:0025:en>: PDF (6.5.2012 tarihinde erişildi).TÜZÜNER, “**Farazî Sözleşme İlişkisi Hakkında Bir Yargıtay Kararının Tazminat Hukukunun Esasları Çerçevesinde İncelenmesi**”, 2012/ 2 Ankara Barosu Dergisi. s. 70-95.

toplam bir miktarın (a lump sum) tazminat ödemesini düzenlemiştir²⁶². Direktif m.13/1-b’de “*Alternatif yöntem olarak, mütecavizin söz konusu fikrî mülkiyet hakkını kullanmak için izni olsaydı ödeyeceği bedel*” tazminatın hesaplanmasında dikkate alınır.

Anglo Sakson hukukunda ise tazminatın cezalandırıcı özelliği ağır basmakta, fikrî hak ihlalleri çok ağır yaptırıma tabi tutulmaktadır²⁶³. Common Law sisteminde sözleşmede kararlaştırılan şartların cezaî nitelik taşımaları halinde geçersiz kabul edilerek uygulanmadığı, bu şartlar altında artık bir cezaî şart değil, “*belirlenmiş tazminat kaydı*” “*liquidated damages clause*” uygulandığı görülmektedir²⁶⁴.

İsviçre Hukuku’nda da mütecavizin davacıdan kanuna uygun bir şekilde ruhsat almış olması faraziyesine göre tazminatın asgari sınırı belirlenir. İsviçre mevzuatında Kanun’un 62 nci maddesi ihlal durumunda tecavüzün önlenmesi, durdurulması ve ihlalde bulunanın elindekilerin menşeiini bildirmesine ilişkin hüküm getirmiştir²⁶⁵. İsviçre hukukunda lisans kıyaslaması, sadece zarar hesaplama yöntemi olarak kabul görmekte²⁶⁶, Yüksek mahkeme meslek birliklerinin tarifelerine koydukları iki kat

²⁶² WALTER, GOEBEL (Walter/v. Lewinski), Copyright, no 13.13.17; A.e, no 13.13.4; (OJ L 157/78 of 30.4.2004); Madde gerekçesinde ise, bu yöntemin, gerçek zararın tespit edilemediği hallerde alternatif olarak uygulanacağı, burada amacın, medenî ceza öngörülmesi şeklinde bir yükümlülük değil, hak sahibinin araştırmalar ve kimlik tespiti için katlanmak zorunda olduğu masrafların hesabında objektif kriterlere dayanan tazminata izin vermek olduğu belirtilmiştir Recital (26). (DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 94’den naklen); BİLGE, M. Emin, a.g.m., prg. 39-41, (Çevrimiçi) www.e-akademi.org.Erişim T. 11.02.2013.

²⁶³ Koruma altındaki müzik eserinin ticarî amaçla radyo reklamlarında izinsiz kullanımında mahkeme telif ücretinin 3928 katına hükmetmiştir. Mills Music, Inc. V. Arizona, 187 USPQ 22(D. Arizona 1975; Jochen PAGENBERG, “**Die amerikanische Schadensersatzpraxis im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht- Mehrfacher Schadensersatz für Patentverletzungen als Modell für Europa?**”; GRUR Int 1980, s. 286, 288, (BOZBEL, a.g.e., s. 558, dpn. 1326’den naklen).

²⁶⁴ OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 503 vd.;EREN, (**Genel Hükümler**), s. 1171; YILDIRIM, a.g.m., s. 362.

²⁶⁵ Telif Hakkı ve Komşu Haklar Hakkında Federal Kanun’un 62nci maddesi hükmü, “Bir edimin ifasına yönelik dava (İfa davası) başlığı ile; Telif hakkı veya bir komşu hakkı ihlal edilen veya ihlal edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalan kişi, hâkimden, ihlalin gerçekleşmesi muhtemelse bunun önlenmesini; ihlal halen devam etmekteyse, bunun durdurulmasını; Karşı tarafı, elinde bulunan ve meşru olmayan bir yolla piyasaya sürülen ya da meydana getirilen nesnelerin kaynağını göstermeye zorlamasını isteyebilir. Borçlar Kanunu uyarınca açılan, maddî tazminatın ödenmesine, manevî zararın giderilmesine ve kazancın iş görme hükümlerine göre geri verilmesine ilişkin davalar saklıdır.

²⁶⁶ İsviçre kanunî düzenlemesinde, önleme ve durdurma davalarının yanı sıra, maddî ve manevî tazminat davası, vekaletsiz iş görmeye dayanan elde edilen kazancın iadesi davası, bir madde

lisans bedeli kıyası şeklindeki talepleri, özel hukuktaki sözleşme cezası niteliğinde kabul ederken, hak ihlallerinde, iki kat lisans uygulamasına izin vermemektedir²⁶⁷.

Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu da “*mahkeme, davacı tarafından yoksun kalınan olumsuz ekonomik sonuçları, davalı tarafından elde edilen yararları ve ihlal edilen hak sahibinin manevî zararlarını dikkate alır*” hükmünü getirmiştir²⁶⁸. Davacının talebi ile mahkeme, mütecavizin ihlal ettiği hakkı kullanmak için izin almış olması durumunda ödeyeceği bedelden az olmamak üzere götürü bir miktara hükmedebilir (CPI. art. L331-1-3). Eser Sahibi Hakkı ve Komşu Haklar Hakkında Federal Kanun da denklik prensibi başlığı ile belirli kriterler uyarınca hesap edilmesi gereken tazminatı belirlemektedir²⁶⁹. Tazminat, hakkın lisans sözleşmesine uygun kullanılmasında ödenecek tarifeden daha az olamaz (LDA. art. 60/3, 19/1).

Hukukumuzda ise üç katı bedel direktifte bulunmamasına rağmen ısrarla uygulanmaktadır. Kanaatimizce ya AB hukukuna paralel biçimde tazminat davası açmayı teşvik etmeli yahut üç katı bedel talebinin somut olayın özelliğine göre hakimın takdir hakkı ile belirlenerek uygulanması gerekmektedir.

6.Rayıç Bedel Miktarının Belirlenmesi

FSEK m. 68 ile haksız fiil olan ihlale yönelik somut olayın özelliğine göre farazî sözleşme bedeli tespit edilir ve mahkemece hükmolunacak üç katı bedel rayiç bedel üzerinden hesaplanır²⁷⁰. Somut olaya en yakın rayiç değerinde, objektif

içinde fıkralar halinde düzenlenmiştir. (Art. 62 OR), Barbara K. MÜLLER, Reinhard OERTLI, Urheberrechtsgesetz (URG), 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2012, S. 617 N 14, 16, (.DEMİRBAŞ, a.g.e. s.98’den naklen).

²⁶⁷ Felix LOCHER, “**Zu den vermögensrechtlichen Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen nach schweizerischem Recht vor dem Hintergrund neuerer Gerichtsentscheide**”, GRUR Int, 2007, 275 – beck-online, s. 279 [BGE 122 III 463 (Portrait-Fotografie)], s. 279, (DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 98’den naklen).

²⁶⁸ Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu için bkz. (Çevrimiçi) www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20120506, (TÜZÜNER, a.g.m.’ s. 86’den naklen)

²⁶⁹ Federal Kanun için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19920251/index.html#Erişim.T.21.03.2012>.

²⁷⁰ “..Öncelikle, davacının izni olmaksızın eserinde değişiklik yapıldığından bahisle manevî hakkının ihlali nedeniyle açılacak tazminat talebinin hukukî dayanağı 5846 sayılı FSEK 70/1 maddesi olup koşullarının varlığı halinde takdir edilecek manevî tazminat tutarının

etkenler, subjektif etkenler, malî hakların türüne ilişkin özel etkenler gözönüne alınır²⁷¹. Subjektif etkenler; eser sahibi ve gerçekleşen ihlale ilişkin etkenlerdir. Objektif etkenler ise eserin türü, niceliği, sanatsal-bilimsel-işlevsel ağırlığı ve toplumsal etkisi gibi etkenlerdir.

Rayiç bedel, emsal bir malî hakkın kullanımı için daha önce yapılmış sözleşme örnekleri, satışlara ait bilgiler ve faturaların ibrazı ile tespit edilir²⁷². Yargıtay kararlarına göre rayiç bedel, tecavüz tarihinde, sözleşme yapılmış olması halinde istenebilecek rayice uygun gelen karşılık şeklinde tanımlanır²⁷³. Emsal faturaların mahkemeye sunulması halinde mahkeme meslek birliğinin konuya ilişkin tarifesi bulursa dahi bunun üzerinden hesaplama yapamaz²⁷⁴. Örnek olarak; Meslek Birliğince fonogram hakkı sahibinin malî hakkının ihlali nedeniyle açılan davada mahkemece FSEK'e göre tecavüzün ref'ine ilişkin tarifeyle dayalı üç kat bedel

belirlenmesi hakime aittir. Bu bakımdan ancak malî hakların ihlali halinde uygulanması mümkün olan 5846 sayılı FSEK 68. maddeye dayalı olarak ve bu maddede yazılı rayiç bedelin 3 katını oluşturacak şekilde manevî tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir." 11. HD. T. 28.10.2013, E. 2013/13250, K. 2013/18919.(Çevrimiçi) www. uyap.gov.tr. Erişim T. 11.01.2014.

²⁷¹ ÜSTÜN, a.g.t., s. 282; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2018; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), a.g.e., s. 647; Davalının Yeni Sahrada bulunan alışveriş merkezindeki şubesinde söz konusu parçaların izinsiz çalındığının tespit edildiği, bu şekilde davalının izinsiz yayın yaptığı iddiası ile açılan davada mahkemece davaya konu tüm müzik eserleri yönünden davacının takip yetkisinin bulunduğu dosyaya sunulan emsal sözleşmelere göre birbirinden çok farklı değerleri içeren 5 adet sözleşmeye taraf olanlardan, davalının durumuna en çok benzeyenin iş konusu, metrekaare alanı benzerlikleri nedeniyle belirlenen 3 katı tazminata ilişkin mahkeme kararı onanmıştır.11. HD. T. 07.10.2013, E. 2013/777, K. 2013/17709, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 02.12.2013.

²⁷² PİROĞLU, (**68. Madde**), s. 451; Aynı doğrultuda Yargıtay 11. HD. T. 08.12.2009, E. 2008/11623, K. 2009/12644 sayılı kararında davalıların isimlerinin eser üzerinde yer almamasının kitabın satış sayısına olabilecek etkisi değerlendirilerek tazminatın belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2019, dpn. 55.

²⁷³ 4. HD, T. 18. 07. 1958, E. 1957/7180, K. 1958/5077, OLGAÇ, (**Fikir Hakları**), s. 92.

²⁷⁴ Sezen Aksu'nun "Sen Ağlama" adlı müzik eserinin izinsiz davalılara ait telefon santralinde bekleme müziği olarak kullanılmasında FSEK m. 68 kapsamında talep edilen bedelin rayiç bedel üzerinden hesaplanması gerekirken Meslek Birliğinin tarifesi dikkate alınarak bedel hesaplanması bozmayı gerektirmiştir. 11. HD. T. 19.11.2015, E. 2014/17236, K. 2015/12334, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 07.02.2016. Yine Yargıtayın başka bir kararında, davacıların murisinin bestecisi olduğu "Gurbette Ömrüm Geçecek" adlı eserlerin yer aldığı CD örnekleri ve bunlarla ilgili bandrol adedi ve satış fiyatları dosyaya ibraz ettirildikten sonra alınan bilirkişi raporunda söz konusu deliller dikkate alınmaksızın ve sadece sektörde yapılan araştırma sonucu edinilen soyut bilgilere dayalı olarak rayiç bedelin belirlendiğini, oysa aralarında müzik eğitimi konusunda bir öğretim üyesinin ve sektörden bir bilirkişinin bulunduğu yeni heyetten rapor alınarak rayiç bedelin belirlenmesi gerektiği gerekçesi ile karar bozulmuştur. 11. HD. T. 05. 11. 2012, E. 2011/10682, K. 2012/17421, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 21. 06. 2015.

talebinin reddine dair verilen kararda Yargıtay, olayda iki müzik eserinin bir defa çalınmış olmasına dikkat çekerek olaya özgü bedelin hesaplanması gerektiğini belirtmiştir²⁷⁵.

Mahkeme, gerçekleşen ihlalde eserin kullanım amacı, karakteri, yayımlanan eserin özelliği ve kullanılan kısmın eserin bütününe oranı ile muhtemel potansiyel pazara bu kullanımın etkisi olmak üzere dört ana faktörü değerlendirerek somut olaya göre rayiç bedeli belirlemektedir²⁷⁶. Tecavüz fiiline ilişkin etkenler açısından ilk olarak eser sahibinin ihlal edilen malî hakları, her malî hakkın kendine özgü nitelikleri gözönüne alınarak ihlale uğrayan bu hak veya alt türlerine göre değişen medya türü, coğrafi alan, süre, adet ve benzeri türden boyutu veya kapsamı, gözönüne alınır²⁷⁷. Objektif değerlendirme ancak hak sahibinin kolayca tespit edilebilecek bir telif ücreti olmaması durumunda yapılır²⁷⁸.

İhtisas mahkemelerince, radyo ve televizyon gibi iletişim araçlarının yayınlarındaki izinsiz kullanımlara ilişkin rayiç bedelin tespiti, ilgili meslek birliklerinin belirledikleri tarifelere göre yapılmaktadır²⁷⁹.

FSEK m. 68 hükmündeki rayiç bedel ve sözleşme bedeli yöntemleri birbirine alternatif değildir. Bu nedenle davacının seçim yapmasına gerek yoktur²⁸⁰. Rayiç

²⁷⁵ 11. HD. T. 31.05.2011, E. 2009/13653, K. 2011/6640, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2026.

²⁷⁶ DAVIES, a.g.e., s. 107; “*Davalı tarafça kullanılan resmin, davalının işyerinin girişinde ve tanıtım amaçlı broşürlerinde çoğaltma yoluyla kullanıldığı anlaşıldığına göre, bu kullanımlara ilişkin olarak sözleşme yapılması halinde talep edilebilecek ücretin belirlenmesi gerekirken aylık bazda ve kanıtlanamayan bilbord kullanımı dikkate alınarak hesaplama yapılması doğru değildir.*” 11. HD. T. 30.05.2017, E. 2015/14042, K. 2017/1973, www.uyap.gov.tr, Erişim T. 09. 06. 2017.

²⁷⁷ MILLER, DAVIS, a.g.e., s. 353.

²⁷⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 323.

²⁷⁹ Davacının malî hakları kendisine devredilen eserlerin izinsiz olarak davalıya ait televizyon kanalında yayınlanması nedeniyle açtığı tazminat talepli davada, inceleme yapan Yargıtay Dairesi, bilirkişi raporunda, Radyo ve Televizyon yayınları Telif Hakkı Ödeme Esasları Genel Tebliği uyarınca, musiki eseri meslek birliği üyesi olan kuruluşlarca, meslek birliğine sağladıkları brüt reklam geliri üzerinden, ulusal televizyonlar için anonim şirketleşme tarihinden hesaplama yapıldığını, oysa 27.0cak 1998 tarih 23243 sayılı RG. de yayınlanan Radyo ve Televizyon Yayınları Telif Hakkı Ödeme Esasları Genel Tebliği’nin 5/b maddesinde %1 oranının esas alınacağını, anılan Tebliğin 01.01.1998-31.12.1998 dönemine ilişkin düzenleme getirdiğini, davacının tazminat istemine dayanak olarak gösterilen tüm tebliğleri sunması için davacı vekiline süre verilmesi gerektiğini belirtmiştir. 11.HD. 24.04.2002, E. 2002/166, K. 2002/3750 bkz. ERDİL, s. 116, 117.

bedel mütecavizin mali hak sahibinin izni olsaydı kullanımı sonucu hak sahibine ödemesi gereken bedeldir. Bu bedel hak sahibinin eseri için aldığı öznel ücret esas alınarak hesaplanır. Diğer kıstas ise nesnel ücret olarak FSEK m. 68/f. 1 de düzenlenmiştir²⁸¹. FSEK m. 68/f. 1 hükmünce, “*Bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedel*” Kanun’un 41 ve 43. maddesi çerçevesinde sözleşmeye bağlanmış tarifelerde veya mahkemece belirlenen tarifiede yer alan bedeldir. Maddelerde meslek birliklerince tespit edilen tarife ve ortak tarifeler, uzlaşma komisyonu kurulması halinde görüşmelerle uzlaşılan tarife ve mahkemece belirlenen tarife bedelinden bahsedilmektedir. Maddelerde rayiç bedelden bahsedilmemektedir. Söz konusu hükümler ve çıkarılan yönetmelikler çerçevesinde umumi mahallerde ve yayınlarda kullanıma dair bir rayiç bedel ortaya çıkmaktadır. Yargılama esnasında seçilen bilirkişilerce meslek birliklerinin tarifeleri ve emsal sözleşmeler üzerinden tespit yapılmaktadır. Maddede bulunmamış olsaydı bile FSEK m. 41 ve 42 gereği, hak sahipleri üyesi oldukları meslek birlikleri aracılığıyla bu bedeli isteyebilirdi²⁸².

FSEK m. 41 ve 43 kapsamında belirlenen umumi mahallerde kullanım ve yayım bedelinin uygulanabileceği temsil, yayım ve kamuya iletimde rayiç bedel yöntemi uygulanır. Farazî sözleşme ise belirlenmiş rayiç bedel bulunmadığı hallerde anılan maddeler dışında gerçekleşen malî hak ihlallerinde uygulanır²⁸³. İhlalin devam ettiği süreye göre bedel talep edilir. Bazen ihlal tarihinin tespiti güç olabilir. Doktrinde, bedelin hesaplamasında kanundaki öngörülen yöntemin, FSEK’te bu hesaplamaya ilişkin bir düzenleme bulunmaması, bu nedenle neyin kastedildiğinin anlaşılamadığı

²⁸⁰ Aksi görüşte ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 647, 648.

²⁸¹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 109.

²⁸² Umuma açık mahaller ve yayım veya iletim yapan kuruluşlar, eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım veya iletimine ilişkin hak sahiplerinden veya üyesi oldukları meslek birliklerinden izin alır ve sözleşmelerde yazılı malî hak ödemelerini FSEK 41 ve 42 maddeler hükümlerine göre yaparlar. Umuma açık mahaller ve yayım ve iletim yapan kuruluşlar, bu amaçla belirli kriterlere göre sınıflandırılır veya sınıflandırma dışı bırakılır. Bu nedenle ihlale konu umumi mahal veya yayım kuruluşunun sınıflandırmada hangi kategoride yer aldığı önemlidir. Bu kategorideki mahal ya da yayıncı kuruluşun kullanımının tarifedeki karşılığı tespit edilir. YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2023.

²⁸³ İşleme, çoğaltma ve yayım haklarının ihlallerine ilişkin çoğaltılmış nüshalara ilişkin 68/ f. 2 ve 3’de sözleşme bedeli yöntemine yer verilmesi de bu bunu desteklemektedir. Temsil ve kamuya iletim haklarına ilişkin ikinci fıkrada rayiç bedelden söz edilmemektedir. ALICA, a.g.e., s. 2017.

hususu da eleştirilmektedir²⁸⁴. Eserler farklı niteliklere sahip olduğundan toplumda her eserin gördüğü ilgi farklı olabilir. Emsal değerin tespitinde gözönüne alınacak verilerin içeriğini, niteliklerini belirleyecek bir formül oluşturmak suretiyle rayiç bedeli tespit etmek gerekir²⁸⁵.

Tespit edilen tarifeler ortak tarifeler veya bu tarifeler üzerinde müzakere yapılarak uzlaşılan sözleşmeler olabileceği gibi uzlaşma komisyonu müzakereleri ile anlaşmaya varılan tarifeler veya mahkeme kararı ile tespit edilen tarifeler de belirlenen bedeller olarak beş ayrı bedel grubu şeklinde olur. FSEK m. 68 uyarınca tespit edilen bedelin bunların tamamını kapsayıp kapsamadığı belli değildir. Meslek birliklerinin hazırladığı tarife veya ortak tarifeler kamuya açık mahaller veya yayıncı kuruluşlarca kabul edilerek sözleşmeye bağlanmış ise bu bedel farazî bedele rayiç olabilir. Aksi durumda yahut dava açılmış ise nihai karar ile mahkemece belirlenen tarife bedelleri o yıla ait rayiç bedel olarak esas alınır. Komisyon veya yargı önüne taşınan tarifeler yıl içinde yapılan ihlaller bakımından rayiç bedel kabul edilmelidir. Kategori eylemin tarifiedeki karşılığı, tarifenin geçerli olduğu yıl itibarıyla rayiç bedel tespit edilerek tazminat hesaplanmaktadır²⁸⁶.

Yargıtay, öncesinde fikrî hakka tecavüz sebebiyle açılan davadaki ilâmın, geleceğe yönelik ve ilk davanın davalısına tecavüze devam etme yetkisi tanıyacak boyutta farazî sözleşme ilişkisi kurduğunu düşünmekte ve maddî tazminat hesabına

²⁸⁴ GÖKYAYLA, (Değerlendirme), s. 299; TEKİNALP, a.g.e., s. 318.

²⁸⁵ FSEK m 68/f.1 hükmünün son cümlesinde değişiklik öncesinde yer alan, meslek birliklerinin görüşünün alınmasına ilişkin hüküm Yargıtay'ın, 2003 yılında vermiş olduğu bir kararda; *"...ilgili meslek birliğinin görüşü de rayiç bedelin belirlenmesinin yegâne ölçütü olmayıp, sadece rayiç bedelin belirlenmesinde nazara alınması gereken bir kıstastan ibarettir."* şeklindeki yorumu sonrasında, kanundaki son değişiklikle bu hüküm de kaldırılmıştır. YHGK, T. 20.03.2002, E.1 1-176, K. 214, <http://www.kazanci.com>. YHGK, 2002 yılında verdiği bir kararda, FSEK m. 68/f. 1 hükmünü yorumlarken; *"..Somut olayın özelliğine göre, varsayımsal sözleşme bedeli tayin edilirken eser sahibinin bilimsel/sanatsal yeteneği, üretim kapasitesi gibi sübjektif nitelikleri, eserin beğeni ölçüsü, sayfa sayısı, estetik görünümü, nitelik ve niceliği, ihlâl edilen malî hakkın türü, coğrafi kapsamı, ihlâl süresi, ihlâlin yapıldığı vasıta, bunun geniş halk kitlesine ulaşımı gibi objektif kriterler dikkate alınarak eser sahibi izinsiz yayın yapanla sözleşme yapması halinde, bu sözleşme uyarınca isteyebileceği bedel, bunun faizi 68. madde uyarınca açılacak davada dikkate alınacaktır."* der.

²⁸⁶ ALICA, a.g.e., s., s. 2023.

ilişkin bu kavramı gerekçe göstererek, manevî hak ihlalinin tazminine ihtiyaç duymamaktaydı²⁸⁷.

Farazî bedel talebiyle açılan davada sonradan ıslah yolu ile talep iki veya üç katına çıkarılabilir²⁸⁸.

FSEK 68 gereği açılan davada bedelin birden fazla davada talep edilebilmesi 6100 sayılı HMK m. 109'a da uygundur. HMK 107nci maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davası da farazî bedel taleplerinin niteliğine uygundur²⁸⁹.

FSEK m. 68 ref yöntemine ilişkin tamamlayıcı nitelikte özel bir düzenleme getirmiştir²⁹⁰. Davanın açılabilme şartları ve kapsamı, tarafları, sorumluluk konuları, m. 68'de özel bir hüküm yoksa genel hüküm niteliğindeki m. 66'da belirlenmektedir.

Rayiç bedel tespitinde örneğin, bir sinema eserinin izinsiz video kaset şeklindeki

²⁸⁷ “...söz konusu farazî sözleşme ilişkisi sebebiyle kullanımına izin verilen malî hakların niteliği itibariyle davacıya ait manevî haklardan eserin umuma arzına da muvafakat edildiğinin kabulü gereklidir. Ayrıca, önceki davada, davacı tarafından, FSEK 15. ve 70. maddesine dayalı olarak manevî hak tazminatı istenilmiş olup, aynı Kanun'un 67/3. fıkrasına dayalı olarak eser sahibinin adının belirtilmesi yolunda bir talep bulunmadığına göre, önceki mahkeme kararıyla oluşan farazî sözleşmeye uygun olarak davalı TV kanalında davaya konu müzik klibinin ilk tespitinin yapıldığı haliyle gerçekleştirilen umuma iletilmesi eyleminde davacının FSEK 15. maddesi uyarınca adının belirtilmesine ilişkin manevî hakkının ihlal edildiği iddiasının reddine dair mahkeme kararının gerekçesinde de bir isabetsizlik bulunmamaktadır. İlk dava neticesinde ortaya çıkan mahkeme ilâmı sayesinde ortaya çıkan farazî sözleşme ilişkisi sayesinde, davalı film yapımcısı, “film yapımcısı hakkını aslen iktisap etmiştir”. “Film yapımcısı hakkının iktisabıyla birlikte bu hakka bağlı olarak Kanunla film yapımcısına tanınan malî haklar da davalı tarafından” kullanılabilir. Söz konusu “müzik klibinin davalı televizyon kanalında umuma iletimi için davacıdan izin alınması gerekli” değildir. “Müzik klibinin davalı televizyon kanalında yayınlanmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır”. “Farazî sözleşme ilişkisi sebebiyle kullanımına izin verilen malî hakların niteliği itibariyle davacıya ait manevî haklardan eserin umuma arzına da muvafakat edildiğinin kabulü gereklidir”.11. H.D. T. 24.11.2010, E. 2010/11881 K. 2010/11996.(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11.02. 2015.

²⁸⁸ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2032-2033; Tazminat davaları kural olarak kişinin zararına göre tespit edilir. Farazî bedele ilişkin açılan bu davada zarara bağlı olmayan ve zararı aşan bir miktar söz konusudur. FSEK 68. madde düzenlemesinde olduğu gibi, İş Kanunu 17/f. 3 deki düzenleme, İİK 68, 72nci maddeleri, 556 sayılı KHK 67 nci maddesi 551 sayılı KHK 141inci maddesi hükmü de aynı mahiyettedir. Burada rekabeti korumak, tüketiciyi korumak, kollamak, haksız fiilî gerçekleştireni caydırmak ve mağduru dava açmaya teşvik etmek amacı güdülür.

²⁸⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 325; PİROĞLU, (68. Madde), s. 450; 11. HD. T. 25.02.2014, E. 2012/13254, K. 2014/3487, Yargıtay bu kararında taraflar arasında sözleşmesel bir ilişkinin doğduğu sonucundan hareketle hükmün ilan edilmesinde de davacının bir menfaati veya haklı bir sebebi bulunmadığını belirterek ilan isteminin reddi gerektiğini belirtmiştir. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 29.06.2014.

²⁹⁰ TEKİNALP, a.g.e., s. 296.

çoğaltılması durumunda kaset adedi, dağıtımın yapılacağı coğrafi alan ve belirli bir süre ile sınırlandırılmış olarak verilen, işleme hakkının video kaset olarak dublajlı nüshaları ve yabancı bir dilde alt yazı olarak işlenmesi veya yayın hakkının belirli bir bölgede, televizyon, kablolu televizyon, uydu yayını şeklinde yayını, filmlerin gösterildiği TV kanallarının şifreli ya da şifresiz oluşu, yayın alanı, hitap edilen kitle, yayma hakkının video kasetin belli bölgede ve sayıda kiralanması hususu, temsil hakkının belirli bir bölgede doğrudan temsili gibi hususlar gözönüne alınır²⁹¹.

Alman hukukunda rayiç bedelin tespitinde meslek birliklerinin tarifelerine, böyle bir tarife yoksa ihlalin kapsamı, süresi ve yoğunluğuna, ihlali gerçekleştirenin kazancı ve cirosuna, mağdurun kazancı ve cirosundaki düşüşe, eserin ve eser sahibinin tanınmışlığına, ihlal ile hüküm zamanı arasında geçen süre için hesaplanacak faiz gibi kıstaslara göre rayiç bedel hesaplanmaktadır²⁹².

Türkiye uygulamasında izinsiz olarak umumi mahallerde kullanım ve yayıncı kuruluşlar tarafından yayın nedeniyle açılan davalarda, bilirkişi incelemesi ile meslek birliklerinin tarifeleri ve emsal sözleşmeler üzerinden farazî bedel tespit edilir²⁹³. Hak sahibi seçimini sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin üç katından yana kullanmışsa, kendisinin diğer eserleri için aldığı veya almakta olduğu ücretin esas alınarak kıyasen hesaplama yapılması gerekir²⁹⁴.

Eser türlerinin hitap ettiği kitle, eserin sayfa sayısı, gösterim uzunluğu, çalınma süresi veya çizim alanı gibi unsurlar birçok eser türünde farklıdır²⁹⁵. Eserin beğeni ölçüsü, estetik görünümü, nitelik ve niceliği, ihlal edilen malî hakkın türü, coğrafi kapsamı, ihlalin süresi, ihlalin yapıldığı vasıta, gibi objektif kriterler göz önüne alınır.

²⁹¹ ERDİL, a.g.e., s. 544.

²⁹² REBER (Ahlberg/Götting), BeckOK, UrhG § 97 Rn. 124-125 (BGH GRUR 1982, 301 – Kunststoffhohlprofil II) (DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 111'den naklen).

²⁹³ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2022.

²⁹⁴ TEKİNALP, a.g.e., s. 322; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 648; "68. maddeye göre hak sahibi seçimlik olarak ya sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği bedelin en çok 3 katını ya da rayiç bedele göre 3 katını isteyebilir. Bu mahkeme tarafından değiştirilemez." 11. HD. T. 25. 01. 2010, E. 2008/8996 K. 2010/757.(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 12.04.2013.

²⁹⁵ ÜSTÜN, a.g.t., s. 283.

Eser sahibinin sanatsal kişiliği ve tanınmışlığıyla birlikte eser müzik eseri ise müzik klbinin hitap ettiği kitle, coğrafi alan, bu eserin klbe katkısı, kullanım şekli ve eserin satışları gözönüne alınarak farazî sözleşme ilişkisi kurulur. Edebi ve bilimsel eserlerde eser türü yönünden rayiç bedeli etkileyen unsurlar, basım adedi ve coğrafi alandır²⁹⁶. Güzel sanat eserlerinde o kimsenin daha önce vücuda getirdiği eserler değerlendirilebilir. Sinema eserlerinde; Gösterim sayısı, yayın ise yayın adedi, kaset, CD adedi, yayınlandığı coğrafi alan dikkate alınır.

Edebi ve bilimsel eserlerde uzunluk, tiyatro ve sinema eserinde süre, sözsüz sahne eserlerinin oynama süresi, plan, proje benzeri çizimlerde pafta sayısı ve ölçekle değerlendirilerek metrekare olarak yüz ölçümü, mühendislik hesaplarında ise sayfa adedi, müzik eserlerinde beste ve söz çalınma süresi kaset sayısı, plak adedi, güftelerde uzunluk, güzel sanat eserlerinde; sanatsal veya işlevsel amaç olacak şekilde eserin boyutları, sinema eserlerinde uzunluk süresi dikkate alınacaktır²⁹⁷.

Fotokopi yoluyla kitap çoğaltma eyleminde, bedel hesaplanırken davalı işyerinin konumu, hitap ettiği kitle, kitabın ve yazarın nitelikleri gözönünde bulundurulur²⁹⁸.

Tiyatro oyun müziği eseri sahibinin mali haklarına dayalı taleplerinde eserin sözkonusu tiyatro oyunu için meydana getirilmiş musiki eseri olması, müziğin tiyatro oyununun temsiline katkı oranı, kullanım süresi ve bu tür oyunlarda musiki eser sahibine yapılan ödemelerle ilgili teamülün de dikkate alınarak telif bedelinin belirlenmesi gerekir²⁹⁹.

Edebiyat, güzel sanatlar, sinema ve müzik eserlerinde eserin sanatsal yönü;

²⁹⁶ 11. HD, T. 24. 11. 2010, E. 2010/11881, K. 2010/11996. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 10.01.2014.

²⁹⁷ MILLER, DAVIS, a.g.e., s. 357;Davalının eserin okurlarına ücretsiz olarak dağıtım konusunda davacı ile yaptığı sözleşmeye aykırı şekilde piyasaya sürdüğü iddiasıyla talep edilen maddî ve manevî tazminat davasında Yargıtay, yayıncı bir uzmanın da yer alacağı bilirkişi kurulundan, davacı kurum kayıtları da incelenerek, davacı kurumun sözlük baskılarında bir defa yapılan ortalama baskı sayılarının ne miktarda bastırıldığı da araştırıldıktan sonra maddî tazminat talebi konusunda karar verilmesini belirtir. 11. HD. 19. 06. 2001, E. 2001/3837, K. 2001/5630, (ŞAHİN, a.g.e., s. 178'den naklen).

²⁹⁸ ARIDEMİR, a.g.e., s. 190.

²⁹⁹ 11. HD. T. 03.05.2016, E. 2015/10827, K. 2016/4990. www.uyap.gov.tr, Erişim T. 06.11.2016.

mimarlık eserlerinde mimari eserin sanatsal işlevselliği, değerlendirilmektedir³⁰⁰.

Bir yazarın kitaplarının belli bir sayıda basılması karşılığı alınan bedel, aynı düzeydeki bir yazarın benzer nitelik ve nicelikteki bir eserinin çoğaltma ve yayma haklarının ihlalinde de emsal olacaktır. Rayiç bedel, davalının iktisap edeceği malî hakların tespiti ile ihlal edilen malî hakların hangi tür veya alan, süre, adet üzerinden hangi sınırlamalarla davalıya devredilebileceğinin tespiti ile hesaplanacaktır. Çoğaltma ve yayma haklarına ilişkin rayiç bedelin tespitinde işleme, temsil, yayın hakları ihlal edilmediğinden hesaplamada bunlar dikkate alınmaz.

Fotoğrafların rayiç bedelinin tespitinde ışık, renk, kompozisyon, pozlama ve netlik konularındaki başarı, fotoğrafın kullanım yeri, sayısı ve süresi fotoğrafların özel fotoğraf çekimi olup olmadığı ve fotoğrafın elde edilmesi sırasında harcanan emek ve mesai başlıca faktörlerdir.

Rayiç bedelin belirlenmesinde hak sahibinin kişisel durumuna bağlı subjektif özellikleri de göz önünde bulundurulur³⁰¹. Bu bedelin tespitinde eser sahibinin eseri yaratmadaki bilimsel, sanatsal yeteneği, üretim kapasitesi gibi subjektif nitelikleri dikkate alınarak, hak sahibinin izinsiz yayın yapanla sözleşme yapması halinde, bu sözleşme uyarınca isteyebileceği bedel ve bunun faizi dikkate alınacaktır³⁰². Eser sahibinin üretim kapasitesi de önem taşır. Sadece birkaç eseri olan bir kimsenin eserine ilişkin emsal bedel ile topluma daha çok ve daha nitelikli eserler kazandıran

³⁰⁰ ÜSTÜN, a.g.t., s. 284, 285.

³⁰¹ A.e., s. 302; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 648; "Burada sözü edilen miktarın hesabı için önce eserin ve eseri meydana getirenin özellikleri itibarıyla eserin değerini etkileyen bütün faktörler ve çoğaltılan nüsha sayısı nazara alınmak suretiyle normal şartlarda oluşturulacak bir sözleşme uyarınca eseri çoğaltacak olanın hak sahibine vermesi gereken para miktarının bulunması bundan sonra ise bu miktarın üç katının hesaplanması gerekmektedir. Hak sahibinin isteyebileceği miktar, farazî sözleşme ilkesi uyarınca hesaplanan miktarın üç kat fazlasını geçemez." 11 HD. T. 06.03. 2000, E 1999/9978, K 2000/1893, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 09. 12. 2014.

³⁰² Yargıtay bu kriterler gözönüne alınmak suretiyle, eser sahibinin izinsiz yayın yapanla sözleşme yapması halinde, isteyebileceği bedelin m. 68 gereğince tespit edilmesi gerektiğine hükmetmektedir. YHGK. T. 20.03.2002, E. 2002/11-176, K.2002/214.(YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C.II, a.g.e., s. 2018'den naklen); KAÇAK, a.g.e., s. 306, 307. ÜSTÜN, a.g.t., s. 285; 11. HD. 22.11.2002 tarihli ve 5432/10736 sayılı kararında da aynı kriterlerin dikkate alınacağı belirtilmiştir.

bir kişinin eserinin rayiç bedelinin tespitinde orantılı olarak artırım yapılarak rayiç bedel belirlenmelidir³⁰³.

Eserleri tanınmış bir eser sahibi ile hiç tanınmamış eser sahibinin malî haklarının ihlalinde ortaya çıkacak zarar farklıdır³⁰⁴. Yabancı eserler bakımından Türkiye ölçülerine göre hesaplama yapılamaz. Emsallerin somut olaya uygunluğu gerekçelendirilerek farazî sözleşme bedeli tespit edilmelidir. Hak sahibinin işi, ülkesi, ihlale konu eserin niteliği, yabancı para birimi üzerinden satılıp satılmadığı ve ihlalin gerçekleşme biçimi belirlenmelidir. Farazî sözleşmenin yabancı para birimi üzerinden yapılacağı ispatlanırsa talep halinde yabancı para üzerinden hüküm verilir³⁰⁵.

Rayiç bedel belirlenirken ilgili meslek kuruluşlarından rayiç bedeller istenir. Yargıtay, 68inci madde değişikliği öncesindeki içtihatlarında ilgili meslek kuruluşları kanalıyla rayiç bedel tespit edilecekse de, taraflarca verilen teklifin gözetilmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁰⁶.

Rayiç bedel belirlenirken, toplumun ekonomik şartları, eserin kullanıldığı sektörün yapısını tahrip edici, üretimi ve kullanımı engelleyici etki yaratılmaması, rekabeti bozucu şartlar oluşturmaması, ilgili sektördeki ürün fiyatları, birim fiyatı vs. gibi özellikler dikkate alınarak bedelin makul seviyede belirlenmesi gerekir.

³⁰³ ÜSTÜN, a.g.t., s. 285, dpn. 570; Eserin piyasa satış fiyatı, indirimli satışlara konu olup olmadığı, baskı adedi, sayfa sayısı, ihlal edilen bölümün tüm esere oranı, ihlal edilen malî hakkın türü, ihlalin coğrafi yaygınlığı, ulaştığı kitle, davalının yaralanma biçimi ve buna uygun olan sözleşme ya da lisans türü gözönüne alınmalıdır. 11.HD. T. 06.03.2000, E. 1999/9978, K. 2000/1893, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 21.01.2014.

³⁰⁴ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 648; PİROĞLU (**68. Madde**), s. 449.

³⁰⁵ Yurt dışında yaşayan ve sanatını sürdüren eser sahibinin telif bedeli talebinde yabancı para üzerinden tazminatın hesaplanması gerektiği hususunda YHGK, T. 20.03.2002, E. 2002/11-176, K. 2002/214. YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, s. 2019, dpn. 56; TEKİNALP, a.g.e., s. 323.

³⁰⁶ Yargıtay, “..somut olayda davalı T...A.Ş. nin açtığı ihaleye davacıların katıldığı ve 25.03.1997 tarihinde fiyat belirlemek suretiyle teklif verdikleri de anlaşılmaktadır. Şu halde, davacılar ile davalı T...A.Ş. arasında sözleşme imzalanırsa idi teklifle belirlenen fiyat üzerinden yapılacağı kuşkusuzdur. Artık burada taraflar arasında sözleşme bedeli belirli ve somutlaşmış olduğuna göre, farazî bir sözleşmenin varlığı ile bunun bedeli üzerinden tazminat hesaplanması doğru görülmemiştir.” şeklinde kararı ile belirlenmiş bir bedel bulunduğu bunların üzerinden hesaplama yapılması gerektiğine hükmetmiştir. 11. HD. 19.03.2002, E. 2001/10702, K. 2002/2515, (Çevrimiçi) www.kazanci.com., Erişim T. 02.02.2013; EREL, a.g.e., s. 51; ARSLANLI, a.g.e., s. 28; ÖZTRAK, a.g.e., s. 30.

İzinsiz işleme yapılmış ve bu işlemeden izinsiz yararlanılarak işleme esere tecavüz gerçekleştirilmişse, tecavüzde kullanılan medya türü, coğrafi alan, adet, süreye bakılmayıp özgün esere değil, işleme esere ilişkin etkenler nazara alınarak rayiç bedel belirlenir³⁰⁷. Asıl eserden izinsiz işlemede ise rayiç bedel tespitinde özgün eser nazara alınır. İşleme eserdeki işleyenin katkısının özgün eserdeki çaba emek ve yeteneğin çok altında olması halinde bedel ödenerek izinsiz işlemeye ilişkin tüm malî hakları tasarruf etme yetkisi elde edilemez³⁰⁸.

İşleme eserlerdeki hak ihlallerinde, o alanda uzman, edebi ve müzik eserlerinde o dalda uzman kişiler emsal değer tespitinde bulunmalıdır. Mimarlık ve mühendislik projelerinde, TMMOB'ne mensup mimarlar odasından Mimarlar Odası Asgari Ücret Yönetmeliğindeki izinsiz değişiklik ve ilavelere ilişkin ücret esas alınır. Buna karşılık emsal değer bulunması zor olan güzel sanat eserlerinde, yazılımlar, cisimlenmiş mimarlık eserleri, derlemeler gibi işlemlerde bu boşluk meslek birlikleri aracılığıyla doldurulur. Mimari eserlerde, mimari proje ve mühendislik projesinden oluşan ortak eser sahipliği, onu meydana getiren mimar ve mühendise aittir. Rayiç değer; mimari proje, mühendislik projesi ve bilimsel/ sanatsal uygulama gözetmenliğine göre üç ayrı unsura göre tespit edilir³⁰⁹.

Eserin belirli bir kısmı alıntılanmışsa işlemenin yanı sıra çoğaltma ve yayma hakkının ihlal edilmiş olma ihtimali ile adil olan işleme eserde yaratıcı unsur zayıfsa işleme eser sahibi lehine olan istisnai imkanlar, işleme eser sahibine ancak kendi işleminin rayiç bedeli kadar tanınmalıdır³¹⁰.

Yayma hakkında, sinema, sahne ve müzik eserlerinin yaygın ve olağan nitelikteki yayınları nedeniyle rayiç bedel kolay tespit edilir. Edebi, bilimsel ve güzel sanat eserlerinde ise rayicin tespiti daha zordur. İhlalin yapıldığı yayın türü açısından rayiç bedel belirlenir. Birden fazla medya türü ile ihlal gerçekleştirilmişse sözkonusu

³⁰⁷ ÜSTÜN, a.g.t., s. 296; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), a.g.e., s. 162.

³⁰⁸ ÜSTÜN, a.g.t., s. 291, 292.

³⁰⁹ A.e, s. 305.

³¹⁰ Burlesk ve parodiler yönünden doktrinde bu tür işlemlerin tecavüz sayılmayacağı belirtilmektedir. MILLER, DAVIS, s. 361 vd.

medya türlerine göre; coğrafi alan, süre veya yayın adedi gibi diğer sınırlamalar birlikte hesaba katılarak rayiç bedel hesaplanmalıdır³¹¹.

Rayiç değer tespitinde yurt içi yayınlarda, yayın kuruluşlarının yayın alanı ve RTÜK'deki yayın ruhsatları tespit edilir. Yurt dışında yapılan yayınlarda ise coğrafi alan, RTÜK benzeri yabancı kuruluşlardan, varsa adli yardımlaşma sözleşmeleri kapsamında sorulur. Birden fazla ihlal varsa, izinsiz yayın sayısı ve süresine göre rayiç değer tespit edilebilir³¹². İhlal çoğaltılmış kopyalarla yapıldığında ise tecavüz hangi medya türüyle yapılmışsa rayiç bedel aynı medya türü kapsamında tespit edilir. Eğer lisans verilmişse lisans dışında tecavüz eylemi hangi alanı kapsıyorsa o alana ilişkin ruhsat bedeli gündeme gelir.

Tecavüz edenin elinde çok az sayıda nüsha olması halinde eser sahibinin maktu harç vekalet ücreti, sair giderleri dahi karşılamayacak bir bedel için üç katı bedel talep etmesinin mantıklı olmayacağını belirten ÜSTÜN, bunun çözümü için Anglo-Sakson hukukundaki “*statutory damage*” kavramına benzer şekilde maktu bedel talep etme hakkının eser sahibine tanınmasını önerir³¹³. İhlalde bulunanın faaliyet alanının böyle bir talebe uygun olması halinde ihlali gerçekleştiren basit ruhsat bedeli talep edebilmesi gerektiğini, bu durumda bedel davasında iştirak konusu, iş kapasitesi, hitap ettiği coğrafi alanın gerektirdiği sayıda nüshaya göre hesaplanacak basit ruhsat bedelinin rayiç bedel olarak talep edebileceğini belirtir³¹⁴.

Eser sahibine yüzdelik esasına göre mali hak ödemesi yapılması kararlaştırılmışsa rayiç bedelin tespitine esas oluşturan emsal değer kısmen veya tümüyle yüzdelik sisteme tabi ise tespit edilen kısmi emsal değer peşin değil, belirli bir zaman dilimine

³¹¹ ÜSTÜN, a.g.e., s. 299, 300.

³¹² ÜSTÜN, a.g.t, s. 299-303; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2038, 2039.

³¹³ Bu bedelin, Yeni ABD Kanununda davacının en az 250 USD en çok 10.000 USD'ne hükmetme yetkisine sahip olduğu ve USCA prg. 505 (c) (2) uyarınca iyiniyeti halinde davalının tüm sorumluluklarının ortadan kaldırılabileceğine ilişkin olarak bkz. MILLER, DAVIS, a.g.e., s. 406; PHILLIPS, J., ALISON, F. a.g.e., s. 165, 166 dpn. 2; 5846 sayılı FSEK öncesinde Düşünce ve Sanat Eserleri Kanunu DÜSEK başlığı altındaki hazırlanan Taslak m. 32 ve 33 de m. 68 benzeri m. 136 en az 100 milyon TL maktu bedel öngörmüştü. Ancak bu kadar uzun bir Kanunun mecliste onaylanmasındaki güçlük gözönüne alınarak kanun geri çekilmiştir. (ÜSTÜN a.g.t. s. 290, dpn. 582'den naklen).

³¹⁴ A.e, s. 310.

yaygın ödemelerin toplamından oluşur³¹⁵.

Eserin izinsiz birden fazla kez işlenmesinde açılacak bedel davasında işlemlerin niteliklerine göre değil, özgün ilk eserin niteliklerine, niceliğine göre rayiç bedel tespit edilir. Mahkemenin kabulü ile ve bedelin tahsili sonrası eylem yasallaşsa da özgün eseri işleyenden ödetmede tekerrür olmamak üzere FSEK m. 70/f. 3 uyarınca davalının elde ettiği kârını ve FSEK m. 70/ f. 2 uyarınca kendi zararını da talep edebilecektir³¹⁶.

Tecavüz süresince eser sahibi eserden yararlanmaya devam etse dahi rayiç bedelde indirim söz konusu olmaz ancak, bu durum FSEK m. 70/f. 3'deki kâr yoksunluğuna ilişkin talepte etkili olacaktır.

Yargıtay, meslek birliklerinin açmış oldukları davalarda, bedelin tespitinde izinsiz kullanıma uygun düşen ve ihlalin yapıldığı yıla karşılık gelen bir yıllık tarife bedelinin esas alınmasına ilişkin 2004 tarihli kararındaki görüşünü 2010 yılına kadar sürdürmüştür³¹⁷. Yargıtay 2011 tarihli bir kararında, meslek birliklerinin yıllık tarife bedelinin tümüne değil, ihlalin tespit edildiği tarih ile dava tarihi arasında ödenmesi gereken telif bedeline göre tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır³¹⁸. Yargıtay, sonraki kararında ise davalıya ait işyerinde çalınan eserlere ilişkin hesaplama yapılması gerektiğini belirtmiştir³¹⁹. Umuma açık mahalde izinsiz olarak müzik eserinin yayınlanması halinde sadece o işyerindeki ihlale göre rayiç bedel

³¹⁵ Mustafa Reşit KARAHASAN **Türk Borçlar Hukuku**, C.4, Ankara 1992, s. 679-680.

³¹⁶ TEKİNALP, a.g.e., s. 319; ÜSTÜN, a.g.t., s. 297; ARIDEMİR, a.g.e., s. 204.

³¹⁷ İstanbul 1 FSHHM 2001/491 E. Sayılı dosyasında MESAM meslek birliğinin korumasındaki tüm eserler bakımından müdahalenin men'ine karar verilmiş ve Yargıtay, 2002/11498 E. 2003/4266 sayılı 01.05.2003 tarihli kararı ile onamıştır. Aynı mahkemenin 2001/361 E., 2002/863 K sayılı dosyasında MÜYAP meslek birliğinin koruması altındaki üyesi olan 34 adet fonogram yapımcısının fonogramları bakımından müdahalenin menine karar verilmiş ve Yargıtay 2003/5273 E. 2004/85 sayılı 12.01.2004 tarihli kararı ile söz konusu kararı onamıştır. İstanbul 1 FSHHM' nin 2001/307 E. sayılı dosyasında aynı mahiyette verilen karar, 2004/2312 E, 2004/12188 K sayılı 10.12.2004 tarihli Yargıtay ilamı ile *“eseri yayınlanan birlik üyesi müzik yapımcılarından alınan yetki belgelerinin düzenlenme tarihi itibarıyla bu belgelerin kapsamına giren müzik eseri işletme belgesi fonogramların ve bunların içeriklerinin neler olduğunun tayin olunacak uzman bilirkişilerle tespiti gerektiği”* gerekçesi ile bozmuştur. www.kazanci.com, Erişim T. 11.02.2015.

³¹⁸ 11. HD. T. 02.05.2011 , E. 2009/12371, K. 2011/5325, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2025'den naklen).

³¹⁹ 11. HD. T. 31.05.2011, E. 2009/13653, 2011/6540, (A.e. s. 2026'dan naklen).

belirlenir. Yargıtay, işletmenin tüm şubeleri dikkate alınarak yapılan hesaplamanın hatalı olduğunu, meslek birliğinin hak devrine ilişkin eser işletme formu ile dava konusu esere ilişkin davacıya yetki verilmesi kapsamında FSEK m. 76 uyarınca oluşan karine gereği, meslek birliğine hak devri yapılan o icracının tüm eserlerine ilişkin hak ihlali yapıldığı varsayımı ile üç katı bedel hesabı yapılması gerektiğini ifade etmiştir³²⁰. Kanun'daki karine davacının sunduğu belgelere ilişkin değil, davalı kullanımına ilişkin belge ve bilgilerin sunulmamasına bağlanan hukukî bir sonuç olduğundan kanaatimizce son Yargıtay kararları FSEK 76'daki karine ile uyumlu değildir³²¹. Eserlerin kullanılmadığının veya hukuka uygun olarak kullanıldığının ispat yükü davalıya aittir³²².

Bilgisayar programı açısından ise program sahibince, dava dosyasına sunulan lisans bedel örnekleri ve faturalara göre tespit edilecek rayiç bedel hesaplanarak programın yeni veya eski olup olmadığı tespit edilir. Eski versiyon olduğunun tespiti halinde uygun bir indirim yoluna gidilmesi gerekecektir. İzinli olarak programı işleyen, kamuya sunan, yayımlayan, temsil ya da yayım tekniği gereği zorunlu değiştirmeleri yapabilir³²³.

7. Bedelin Üç Katına Hükmedilmesinin Sonuçları

FSEK m. 68 gereği açılan bedel davasının kabulünde hükümde belirtilen bedel, ferileriyle birlikte ödendiğinde doktrin ve Yargıtay uygulamalarınca meydana gelen

³²⁰ 11. HD. T. 11.02.2013, E. 2012/1403, K. 2013/2145, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 10. 11. 2013. *"..68. madde uyarınca istenilen telif bedelinden doğan zararın hesabında, icraları izinsiz olarak temsil olunan sanatçılar Mustafa Sandal ve Çelik Erişçi yönünden aynı Kanun'un 80, 52 ve 68 maddeleri ile 76/son maddesine göre, sadece söz konusu icracı sanatçıların davacı meslek birliğine malî hakları takip yetkisini verdikleri tüm eserlerinin haksız kullanıldığına dair aksi kanıtlanamayan karinenin gerçekleştiği dikkate alınarak ihlalin tespit edildiği tarihte dava tarihi arasında FSEK 68. maddesi uyarınca ödenmesi gereken telif bedelinin belirlenmesi suretiyle tazminata hükmedilmesi gerekirken, davacı meslek birliğine üye tüm icracı sanatçıları kapsayacak şekilde ve meslek birliği tarifesi dikkate alınarak 2000, 2001 ve 2002 takvim yıllarını kapsayacak şekilde sözleşme ücretine hükmedilmesi de doğru görülmemiştir."* 11. HD., T.30.11.2012, E. 2010/15602, K. 2012/19627, Aynı mahiyette 11.HD, T. 19.11.2013, E. 2013/3927, K. 2014/20866, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 21.04.2014.

³²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III, H, 1- c, s. 350.

³²² YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2026.

³²³ DALYAN, a.g.e., s. 228, 229; EREL, a.g.e., s. 336, 337.

farazî sözleşme ex tunc (geriye dönük) olarak hüküm ifade etmektedir. FSEK m. 68 kapsamında işleme eser sahibi, eserinin malî haklarını tasarruf yetkisi geriye dönük olarak oluşsa da izinsiz işlemenin çoğaltılması, yayılması, temsili, yayın eylemlerine ilişkin FSEK m. 70/f. 2 ve 3 kapsamında davalar açabilir. Çünkü Kanun koyucu şartları varsa, m. 70'deki talepler dışında bedel talebine de izin vermektedir.

FSEK m. 68 uyarınca açılan davada geciktirici şarta bağlı bir sözleşme kurulduğu, sözleşmenin yürürlüğe girmesi için hükmün kesinleşmesinin ve hükmedilen bedelin de fiilen ödenmesi gerektiği belirtilir³²⁴. ÜSTÜN sözleşmenin malî hak ihlalinin başladığı tarihten itibaren hüküm ifade edeceğini belirterek esas olanın hakkaniyet ilkesi yanında eser sahibinin zarar görmemesini sağlamak olduğunu belirtir³²⁵.

Doktrinde, FSEK m. 68 gereği açılan davada verilen hüküm ile ihlali gerçekleştirenin, kanun dairesinde çoğaltma ve yayım hakkının verdiği imkânlardan yararlanarak iktisap ettiği nüshaları piyasaya sürebileceği, ihlalde bulunanın tazminatı ödedikten sonra, sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş gibi olacağı, çoğaltma ve yayım haklarını kendi adına kullanarak çoğalttığı nüshaları kanunî şartlar dairesinde yayımlayabileceği, belirtilmektedir³²⁶.

TEKİNALP, üç katı bedelin ödenmesi ile çoğaltılan kopyaların satışa çıkarılması konusunda “*Hak sahibinin mütecaviz ile münhasır nitelik taşımayan ve çoğaltılan kopya adedi ile sınırlı olan bir lisans sözleşmesi yapmış bulunduğu kanunen kabul olunmakta ve hak sahibinin aldığı bedel yanında bir sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlara sahip bulunduğu kanunen kabul olunmakta*”derken, buradaki bedelin gerçek anlamda tazminat olmayıp, hak sahibine ödenen kanunî bir ceza niteliğinde olduğunu belirtir³²⁷. Rayiç bedelin üç katının talep edildiği davalarda hükmün belirli

³²⁴ Ahmet KILIÇOĞLU, “**Fikrî Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)**”, TBB Dergisi, S. 54, Y. 2004, (51-104), s. 72, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2004-54-61.pdf Erişim T. 11.01.2013.

Geciktirici şart, şarta bağlı sözleşmelerde hukukî işlemin istenilen hukukî sonuçları doğurabilmesinin gelecekteki şüpheli bir olayın gerçekleşmesine bağlanmış olduğu şarttır. Aksi kararlaştırılmamışsa, geciktirici koşula bağlı sözleşme, ancak koşulun gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade eder.

³²⁵ ÜSTÜN, a.g.t., s. 346, dpn. 700.

³²⁶ A.e., s. 346; ARSLANLI, a.g.e., s. 218; EREL, a.g.e., s. 302.

³²⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 318, 322.

olması şartıyla uygun bir devir işlemi bulunduğu savunulur³²⁸. Bu görüş tazminat hukukunun temel ilkelerine aykırıdır. Ceza niteliğindeki bir ödeme hukuka aykırı bir fiilî meşru kılamaz. Bir yükümlülük olan caydırıcı nitelikteki üç katı ödeme ile mütecavizin kanunen hak sahibi olduğu savunulamaz. Malî hak sahibine kanunun tanıdığı üç katı bedelin hesabındaki seçimlik haktan, ihlalde bulunanın yararlanamaması gerekir. Mütecaviz farazî sözleşmenin nimetlerinden yararlanamayacak ve fakat külfetlerine katlanacaktır³²⁹. Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması durumunda sahip olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir. Yapılan bu talepler, izinsiz çoğaltma yoluna giden kişinin yasal sorumluluğunu ortadan kaldırmaz³³⁰.

Mali hakların ihlali halinde tecavüzün ref'i davası sonucu hak sahibine bir bedel ödendiğinde ARSLANLI'ya göre mütecaviz sözleşmeden doğan borcunu ifa ettiğinden çoğalttığı nüshaları kanunî hükümlere göre yayımlayabilir³³¹.

Yargıtay'ın *"farazî sözleşmeye dayalı olarak bu suretle de davacı aynı zamanda bir borç altına girdiğinden, davalının müdahalesinin men'ine karar verilemez."* şeklindeki kararları da haklı olarak eleştirilmektedir³³². Çünkü bu eleştirilerde de sözleşmenin ihlalini gerçekleştiren açısından değil, davacı açısından kurulmuş olduğu, davalının her türlü haksız fiilinin yaptırma tabi olması gerektiği

³²⁸ ÜSTÜN, *İşleme Eserler*, İstanbul, 2001, s. 239.

³²⁹ YASAMAN, (*Fikir ve Sanat*), s. 19.

³³⁰ Cahit SULUK, *Korsanlıkla Mücadele ve Matbaa Sektörü, 2. Uluslararası Katılımlı Kâğıt, Karton, Mürekkep, Matbaa Sempozyumu ve Sergisi*, 2-5 Aralık 2004, s. 1-21, s. 12, http://www.fikrimulkiyet.com/makalelerim/cevirilenler/B_IL.pdf, Erişim T. 11.02.2013.

³³¹ ARSLANLI, a.g.e., s. 218; Aynı görüşte TEKİNALP, a.g.e., s. 312, 313; EREL, a.g.e., s. 343; DURGUT, a.g.m., s. 1091; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 897; Yargıtay da bedelin ödenmesi ile çoğaltma ve yayma hakkının kullanımının yasal hale geldiği şeklinde kararlar vermiştir. *"Olay da da davacı bedel istemiş ve zikredilen madde hükmü gereğince davacı yararına bedele hükmedilmiş olmakla artık tecavüzün men'i isteminde bulunamaz. Çünkü bedeli %50 fazlası ile almış olmakla taraflar arasında sözleşme yapılmış gibi bir durum hasıl olmakta ve davalının kullanma veya çoğaltma durumu yasal hale gelmektedir.5846 sayılı Yasanın 68. maddesinin düzenleme şeklindeki amacın da bu olduğu anlaşılmaktadır."* 11 HD. 07.07.1987, E. 1987/1836, K. 1987/4131; 31.10.2003 T. E. 2003/11539, K. 2003/10196,(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 10.02.2016.

³³² HGK, T. 08. 06. 2016, E. 2014/11-825, K. 2016/766, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 10.02.2016.

savunulur³³³. Bu düşünce ise iki taraflı bir hukukî işlem olan sözleşme tanımına aykırı olan sözleşme hukukunun temel ilkelerine aykırı olarak tek taraflı bir sözleşme yapılmış olduğu varsayımına dayanan bir düşüncedir.

YASAMAN'ın katıldığımız görüşüne göre ise tazminat hukukunun genel ilkelerine aykırı bir biçimde, ceza niteliğindeki bu bedel tecavüzün meşrulaşmasına sebep gösterilemez. Mütecaviz ile hak sahibi arasında bir lisans sözleşmesi kurulduğu kabul edilemez. FSEK m. 68 ile hak sahibine tanınan bu yetki ve haklardan mütecaviz yararlanamaz³³⁴.

Taraflar arasında farazi sözleşme kurulduğuna dair ilk görüş değerlendirildiğinde farazî sözleşme halinde, FSEK m. 52 hükmüne göre malî haklara ilişkin sözleşmelerin yazılı yapılması ve konuları oluşturan hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekir. Oysa, FSEK m. 68 ile farazî sözleşme kurulduğunda ortada yazılı sözleşme bulunmamakta ve TBK anlamında öneri ve kabul de bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşme kapsamı mahkemece tespit edilmektedir. Fakat borçlar hukukunda sözleşme şartlarının taraflarca belirleneceği, hâkimin müdahalesinin mümkün olmadığı gözönüne alındığında bu görüşün savunucuları mahkemece hak sahibi ile mütecavizi bir araya getirerek FSEK m. 52 hükmüne uygun bir sözleşme meydana getirilmesini savunurlar. Sözleşme varsayımını kabul etmeyen ikinci görüşe göre de; mütecaviz kanunun kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmek zorunda kalacak fakat sözleşmenin kazançlarından yararlanamayacaktır³³⁵.

İşlenme eserlerde de işleme hakkına yönelik başlamış ve devam etmekte olan bir tecavüzün varlığı halinde bedel davası açılabilir. Sona eren bir tecavüz durumunda bu davanın amacı kalmayacağından sadece tazminat istenebilir³³⁶.

Tazminat davasındaki kusur unsuru hariç, diğer unsurları yönünden FSEK m. 68'e göre açılan davalarda haksız fiillere ilişkin özellikler benzerlik göstermektedir. Eser sahibi, çoğaltma, yayma gibi mali hakkının hukuka aykırı bir şekilde ihlalinde maddî

³³³ 11.HD. 31. 10. 2003, E. 2003/11539, K. 2003/10196,(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 10.02.2016; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 898; TEKİNALP, a.g.e. s. 312.

³³⁴ YASAMAN, (**Tazminat**), s. 811; Aynı görüşte ERDİL, a.g.e., s. 156.

³³⁵ YASAMAN (**Fikir ve Sanat**), s. 19; (**Tazminat**), s. 811.

³³⁶ ARSLANLI, a.g.e., s. 211, 212, AYİTER, a.g.e., s. 253.

ve manevî zarara uğramaktadır. Men ve ref davaları ile hukuka aykırı bu faaliyeti önleme ya da ortadan kaldırma, tazminat davası ile de hukuka aykırı faaliyet sonucu doğan zararları ve sonuçlarını giderme amaçlanmaktadır³³⁷.

Kanun koyucu tarafından eser sahibi ile malî hakkı ihlal edilen arasında bir sözleşme yapılmış olsa, ödenmesi gereken telif ücretinin üç katını talep etme imkanı vermiştir³³⁸. İhlale konu malî hakkın hak sahibinin izniyle ve sözleşme kapsamında kullanılması varsayımında muhtemel bedel ne olacaksa bu tutar üzerinden farazî bedel hesaplanır. Yöntem somut olaya özgü, farazî sözleşme şartlarının değerlendirilmesini gerektirir³³⁹.

Bu bağlamda, hak sahibi tarafından uygulamada genellikle bedel seçeneğinin tercih edildiği görülmektedir. Ayrıca maddenin son fıkrasına göre farazî sözleşme ilişkisinin kurulacağı ileri sürülür³⁴⁰.

FSEK m. 68/f. 1 hükmünde malî haklar açısından çoğaltma yayma dışında kalan işleme, yayın ve temsil haklarının izinsiz kullanımı, sonraki fıkralarda ise çoğaltma hakkı ve yayma hakkına ilişkin kiralamayı da kapsayacak şekilde yaptırımlar düzenlemiştir. Yargıtay da maddedeki değişiklik öncesinde verdiği kararlarında kiralama ve basit ruhsat bedelini rayiç bedel olarak m. 68 kapsamında değerlendirmiştir³⁴¹.

Kamuya arz hakkının ihlalinde ref talebinde ilk defa kamuya arz, eser sahibinin şeref ve haysiyetini de zedeleyecek nitelikte olmadığı takdirde telif tazminatı

³³⁷ OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 69.

³³⁸ ERDİL, a.g.e., s. 524; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 393, 394; TEKİNALP, a.g.e., s. 316; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 137; AYİTER, a.g.e., s. 258, EREL, a.g.e., s. 339; ŞAHİN, a.g.e., s. 168; Bedel talebi için eser sahibinin malî hakkının ihlal edilmesi şartının istisnası olan icracı sanatçılara FSEK m. 80 gereği tanınan icralarının tespit edildiği kalıcı vasıtaların çoğaltılması ve yayımına izin verilmesine ilişkin hak, sui generis bir hak olup bu hak icracı sanatçılara FSEK m. 68 gereği bedel davası açma hakkı verir.

³³⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 318; Öznel telif bedeli somut olayın objektif ve subjektif şartları değerlendirilerek belirlenir. *“Eserin değerini etkileyen bütün faktörler ve çoğaltılan nüsha sayısı nazara alınmak suretiyle, suretiyle, normal şartlarda oluşturulacak bir sözleşme uyarınca eseri çoğaltacak olanın hak sahibine vermesi gereken para miktarının bulunması gerektiği”* 11 HD. 06.03.2000, E. 1999/9978, K.2000/1893, YAVUZ ALICA, MERDİVAN a.g.e., C.II, s. 2019, dpn. 53.

³⁴⁰ HIRSCH, a.g.e., s. 139.

³⁴¹ 11. HD. T. 23. 12. 1991, E. 1990/4616, K. 1991/6818; T. 14. 10. 1991, E. 1990/3329, K. 1991/5310, (ÜSTÜN, a.g.t., s. 190’dan naklen).

talebinin kabulünde mahkemece, çoğaltılmış ve piyasaya sürülen nüshaların satışına izin verdiği farzolunur³⁴².

Telif hakları için FSEK’de düzenlenen hesaplama yönteminin sınai haklardaki karşılığı ilgili kararnamelerde bulunmaktadır³⁴³. Doktrinde, farazî lisans bedeli, varsayımsal lisans yöntemi veya lisans örneksemesi gibi isimlerle adlandırılan bu düzenlemelerle fiili zarar değil, yoksun kalınan kazanç hesap edilerek farazi bedel belirlenir³⁴⁴. Mevzuatta, tazminatın, “*hakkın lisans yoluyla hukuka uygun bir şekilde kullanılması söz konusu olsaydı ödenmesi gereken lisans bedeli*”ne göre hesaplanabileceği gösterilmektedir³⁴⁵. Bu yöntem ispat yükü içermeyen davacının zararın tam miktarını ve illiyet bağıını ispatla yükümlü olmadığı basit bir tazminat hesaplama aracıdır³⁴⁶.

Fikrî haklarda lisans sözleşmesi, tarafların karşılıklı irade beyanları ile kurulan, rızaî, tam iki tarafa borç yükleyen (synallagmatique) bir akittir. Bu sözleşme, fonksiyonel karşılıklılık içeren, sürekli borç ilişkisi doğuran ve kullandırma amacı güden bir sözleşmedir³⁴⁷. Tecavüzün hukuka aykırılığını ve haksız fiil olduğunu belirterek tazminata hükmeden bir mahkeme ilâmının, davacı iradesini dikkate almaksızın sözleşme ilişkisi kurduğu ve gerçek bir ruhsat ilişkisi yarattığı düşünülemez. Burada, taraflar arasında gerçekte bir görüşme yapılmadığı halde,

³⁴² YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 1985-1987.

³⁴³ 556 sayılı MarKHK. (RG. 27.06.1995, 22326) için bkz. md 66/2-c. 551 sayılı Patentlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG. 27.06.1995, 22326) için bkz. m. 140/2-c. 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG. 27.06.1995, 22326) için bkz. m. 52/2-c.

³⁴⁴ TEKİNALP, a.g.e., s. 318; Gürsel ÖNGÖREN, Filiz CERİTOĞLU, **Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Mimarî Eserler ve İlgili Yargıtay Kararları**, İstanbul, 2007, s. 158; Reha POROY, Hamdi YASAMAN, **Ticarî İşletme Hukuku**, İstanbul, 2010. s. 537; Hamdi YASAMAN, **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukukî Mütalaalar Bilirkişi Raporları**, İstanbul, 2003, s. 125; Özlem TÜZÜNER, **Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, 2011, s. 351; Hanife DİRİKKAN, **Tanınmış Markanın Korunması**, Ankara, 2003, s. 308; Gökmen GÜNDOĞDU, **Türk Hukuku’nda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması**, İstanbul 2006, s. 175.

³⁴⁵ Sabih ARKAN, **Marka Hukuku**, C. II, Ankara, 1998s. 245; Doktrinde, sözleşme yapılmış gibi, varsayımsal sözleşmeye göre, lisans ücretine denk bir götürü ücret veya lisans bedeli örneksenerek tazminat istemi, ifadeleri tercih edilmiştir. TÜZÜNER, a.g.m., s. 88.

³⁴⁶ JOANNA SCHMIDT-SZALEWSKI, **Le droit des marques**, Paris 1997, s. 46; (SARAÇ, a.g.e., s. 292’den naklen).

³⁴⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 230; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 117.

sanki yapılmış gibi (hypothetical negotiation) uygun bir lisans bedeli, farazî olaylar temel alınmak suretiyle hesaplanmaktadır³⁴⁸. Talebin kabulüne yönelik mahkemenin kararı, taraflar arasında gerçekten bir sözleşme ilişkisi kurmaz. Farazî sözleşme ilişkisinde amaç, hükmedilecek miktarın hesaplanmasını kolaylaştırmaktır. Bu bedel ile davalının hak sahibinin malî haklarını kullanma yetkisini süresiz olarak elde ettiği düşünülemez.

Sinema eserlerinde, jenerikte güzel sanat eseri sahibinin adı belirtilmeksizin umuma iletme devam edilmesi, adın belirtilmesi hakkının yeniden ihlalidir. İhlal nedeniyle verilen mahkûmiyet sonrası davalının, eser sahibinin adını, müzik klipi jeneriğine, izleyici tarafından fark edilebilecek şekilde video montajı tekniğiyle eklemesi gerekir. İhlali gerçekleştirenin verilen kararı yok sayarak izinsiz, aynı fonla, müzik klipini televizyonlarda yayınlanmasının sürdürülmesi, çoğaltma ve umuma arz hakları ihlalinin tekrarıdır. Yargıtay'ın genişletici yorumu, mütecavize, kaybettiği dava ile ileride davacının manevî haklarını ihlal etme yetkisi vermez. Bedel hesaplanmasını kolaylaştırmak amacıyla getirilen bu kanun hükmünün manevî hak ihlaline muvafakat edildiği şeklinde genişletilmesi hukuka aykırıdır. Yargıtay'ın farazî sözleşme ilişkisi kavramını, gerçekten sözleşme kurulmuş gibi hatalı uygulaması kanun koyucunun amacına uygun değildir³⁴⁹.

Söz konusu hükümde, dürüst bir şekilde lisans alınsaydı ne kadar ödenecek ise bu lisans bedelinin üç katı ödetilmek suretiyle muhtemel mütecavizleri caydırmak ve korkutmak amaçlanmış iken, tersine özendirici şekilde yanlış uygulanması, kanunun hem lafzına, hem de ruhuna aykırıdır. Farazî sözleşme ilişkisi kavramının, adın

³⁴⁸ SARAÇ, a.g.e., s. 289.

³⁴⁹ YASAMAN, (FİKİR VE SANAT), S. 19- 24; Yargıtay, "...Farazî sözleşme ilişkisi sebebiyle kullanımına izin verilen malî hakların niteliği itibarıyla, davacıya ait manevî haklardan eserin umuma arzına da muvafakat edildiğinin kabulü gereklidir.", görüşüyle hatalı olarak davanın öncesinde fikrî hakka tecavüz sebebiyle açılan ilk davadan alınan mahkeme ilâminin, geleceğe yönelik ve ilk davanın davalısına tecavüze devam etme yetkisi tanıyacak şekilde farazî sözleşme ilişkisi kurduğunu düşünmekte ve ayrıca, bu gerekçe ile manevî hak ihlalinin tazminine de ihtiyaç duymamaktadır. 11. HD. E. 2010/11881 K. 2010/11996, T. 24.11.2010, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 27.06.2013.

belirtilmesi hakkının ihlaline muvafakat edildiği şeklinde genişletilmesi de hukuka aykırıdır³⁵⁰.

FSEK 68 inci maddesi gereğince açılan bedel davasında mahkemenin ilâmında, ihlali gerçekleştirene, farazî sözleşme ilişkisine dayalı olarak ileriye etkili bir şekilde ihlal ettiği malî hakları kullanma yetkisinin verilip verilmediği, eserin umuma arzına da muvafakat edildiği anlamına gelip gelmeyeceği, eser sahibinin adı belirtilmeksizin eserin umuma iletilmesindeki hukuka aykırılık unsurunun kalkıp kalkmadığı hususları tartışılır. Somut olaya göre değerlendirme yapılır. Örneğin, bir müzik eseri klibi çekerken güzel sanat eserini arkada fon olarak kullanmak, umuma açık yerde sergileme sayılamaz. Bu şekilde mütecaviz kanundaki çoğaltma ve yayım hakkına ilişkin imkânlardan yararlanabilir, iktisap ettiği nüshaları piyasaya sürerek satabilir³⁵¹. Hak sahibinin mütecaviz ile çoğaltılan kopya adedi ile sınırlı olan bir lisans sözleşmesi yapmış bulunduğu ve hak sahibinin aldığı bedel ile bir sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlara sahip bulunduğu, ihlalden sorumlu olan kişiden telif tazminatı talep etmesi halinde, eseriyle ilgili malî haklarını bu ihlalle sınırlı olarak ona devretmiş olacağı düşünülmektedir³⁵².

Hakim HMK m. 26 gereği talepten fazlasına karar veremez ve talepte yeralmayan bir husus hakkında hüküm kurulamaz³⁵³. FSEK m. 68 gereği açılan davalarda ise

³⁵⁰ Oysa Yargıtay Dairesi; “..Farazî sözleşme ilişkisi sebebiyle kullanımına izin verilen malî hakların niteliği itibariyle, davacıya ait manevî haklardan eserin umuma arzına da muvafakat edildiğinin kabulü gereklidir. Ayrıca, önceki davada davacı tarafından FSEK 15. ve 70. maddesine dayalı olarak manevî hak tazminatı istenilmiş olup, aynı Kanun'un 67/3. fıkrasına dayalı olarak eser sahibinin adının belirtilmesi yolunda bir talep bulunmadığına göre, önceki mahkeme kararıyla oluşan farazî sözleşmeye uygun olarak, davalı TV kanalında davaya konu müzik klibinin ilk tespitinin yapıldığı haliyle gerçekleştirilen umuma iletilmesi eyleminde davacının FSEK 15. maddesi uyarınca adının belirtilmesine ilişkin manevî hakkının ihlal edildiği iddiasının reddine dair mahkeme kararının gerekçesinde de bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” şeklindeki kararı ile aksi görüş bildirmektedir. 11. HD. T. 24.11.2010, E. 2010/11881, K. 2010/11996, (ÇEVİRİMİÇİ) www.kazanci.com. Erişim T. 04.07.2013.

³⁵¹ ARSLANLI, a.g.e., s. 218.

³⁵² TEKİNALP, a.g.e., s. 312; Ahmet KILIÇOĞLU, “Fikrî Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)”, TBB Dergisi, S. 54, Y. 2004, (s. 51-104), s. 72, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2004-54-61.pdf Erişim T. 12.01.2013.

³⁵³ Yargıtay, FSEK m. 6/ f. 7 uyarınca veri tabanı içinde bulunan veri ve materyallerinin davacıya ait siteden alıntılandığından bahisle hakların ihlali nedeniyle tazminata hükmeden yerel mahkemenin kararını, talep edilmediği halde tespit ve önleme kararı da verilmesi ve davacı şirket manevî haklara sahip olmadığından manevî tazminat talebinin reddi gerektiği gerekçesi

hükmün kesinleşmesi ve hükmedilen bedelin ferileriyle birlikte ödenmesi halinde, *“ taraflar arasında bir sözleşme kurulacağı ve ihlal fiilinin yasallaşacağı, ancak ihlali gerçekleştirene tanınan bazı hakların hak sahibi lehine sınırlanacağı”* savunulmaktadır³⁵⁴.

Davalının eylemi sonucu açılan davanın sonunda, hükmün hangi malî hakka ilişkin ve ne sürede hakların kullanabileceği belirtilmelidir. Davalının farazî sözleşmeye dayanak ihlal kapsamında hak sahibi olduğu nüsha sayısı, kullanım alanı FSEK m. 52 gereği belirlenmezse ihlalde bulunanın hangi eyleminin yasallaştığı kesin sınırlarıyla tespit edilemeyeceğinden yeni uyuşmazlıklar doğacaktır. Kanundaki şekil şartına uygun olarak yapılan devren iktisaptaki devredilen hakların tek tek sayılması gibi yargılama sonucunda mahkemenin kararı ile kazanılan malî haklarda da aynı şekilde FSEK m. 52’deki munzam şarta uyulması gerekir. Ayrıca malî hakların devrinin alacağın devrine benzetilmesi nedeniyle ve mahkeme kararıyla devre de TBK m. 185 hükmü izin verdiğinden bedel davasına ilişkin ilam bir sözleşme olarak kabul edilmektedir³⁵⁵.

8. Üç Kat Bedel, Faiz ve İcra İnkâr Tazminatı Talepleri

FSEK m.68 hükmünce davacı tarafından talep edilen rayiç bedelin üç katını talep hakkının, mütecaviz açısından caydırıcı, eser sahibi açısından ise dava açmaya teşvik edici ve ödüllendirici niteliği bulunmaktadır.

Ana paranın rayiç bedel olduğu bir itirazın iptali davasında, bunun üç katı bedel, faiz, icra inkar tazminatı istenip istenemeyeceği hususunda, üç katının fer’i niteliğine rağmen genel olarak rayiç bedelle birleşik değerlendirilmektedir. Üç katı bedelin faizdeki gibi gecikmeden doğan zararı karşılama görüntüsüne rağmen amacı caydırıcılığa yöneliktir.

ile bozmuştur. 11.HD. T. 07.05.2009, E. 2007/10504, K. 2009/5482, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1917).

³⁵⁴ TEKİNALP, a.g.e., s. 318, 322; ÜSTÜN, **İşleme Eserler**, s. 239.

³⁵⁵ TBK m. 185, *“Alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse, bu devir özel bir şekle ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.”* hükmü bulunmaktadır.

Rayıç bedelin likit sayılabileceği hallerde rayıç bedelin üç katı, gecikme faizi toplamından oluşan bedele ayrıca yüzde yirmi icra inkar tazminatı uygulanmaktadır. Doktrinde ve uygulamada icra inkar tazminatının istenebilmesi için takipteki alacağın likit olması gerektiği görüşü hakimdir³⁵⁶. Oysa rayıç bedel likit değildir. Belirli olan sadece bunun azami oransal miktarıdır. Rayıç bedel bu oranın altında da takdir edilebilir. AYM'nin son dönemdeki FSEK m. 68'e ilişkin yapılan itiraza dair verdiği karar da bunun takdire dayalı olduğu şeklinde yorumlanmıştır³⁵⁷. Bu görüşün sonucunda da rayıç bedelin tayini mahkemenin takdirinde olduğundan, likit olmayan bu miktara ilişkin açılmış itirazın iptali davalarında üç katı veya daha azı olarak takdir edilen bedel için icra inkar tazminatına hükmedilmemesi gerekir³⁵⁸. Ancak İİK m. 68 kapsamında yapılan ilamsız takipte İİK m. 62/f. 3 gereğince kısmi itiraz mümkün olduğundan rayıç bedelin likit sayıldığı hallerdeki gibi likit olmayan üç katı bedel yanında likit olan rayıç bedele de itiraz edilmiş ise itirazın iptali davasında likit olan rayıç bedele icra inkar tazminatı yürütülmesi gerekir. Örneğin sözleşme dışında bir ihlal gerçekleşmişse sözleşme miktarı likit, sözleşmenin aşılması ile meydana gelen ihlaldeki kısma ilişkin hesaplanan rayıç bedel ise likit değildir.

Borçlunun, talep edilen alacağı bütün unsurları ile bilmesi veya bilmek durumunda olması; bu bağlamda alacağın miktarının belirlenmesi için tarafların ayrıca anlaşması veya mahkemece bilirkişi eliyle bir değerlendirme yapılmasına

³⁵⁶ Talih UYAR, **İcra Hukukunda İtiraz**, Ankara 1990, s. 215;12. HD. T. 01.07.2003, E. 11919, K. 2003/15722, (Talih UYAR, **Gereğçeli –İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi**, C. 4, , Sekiz Misli Genişletilmiş 4. Baskı, Turan Kitabevi, Şubat 2008, Ankara, s. 5512'den naklen); 19. HD. T. 19. 02. 2004, E. 4354, K. 2004/1464 2005, (Gönen ERIŞ, **En Son Değişikliklerle Gereğçeli-Açıklamalı- İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu**, Seçkin s. 323'den naklen); Hakan PEKCANITEZ, **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014;HGK, T. 07.06.2006, E. 2006/19-295, K. 2006/341; T. 14.07.2010, E. 2010/19-376, Dava, davacı haber ajansı tarafından çekilen ve haber niteliği bulunan fotoğrafların davalı tarafından izinsiz kullanılması sebebiyle tanzim olunan faturaya dayalı olarak başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, dava yazılı gerekçeyle kabul edilerek icra inkar tazminatına da hükmedilmiştir. Oysa, davaya konu alacak tazminat hukukundan kaynaklandığından ve tazmini gereken gerçek bedelin mahkemece saptanması gerekeceğinden tazminat alacağının önceden belirlenebilirlik, bilinebilirlik, hesap edilebilirlik vasfı taşımadığı ve dolayısıyla likit alacak niteliği bulunmadığı kuşkusuzdur. T.13.06.2011, K. 2010/397; E. 2009/14267, K. 2011/7107. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 09.04.2013.

³⁵⁷ AYM. T. 28. 02. 2013, E. 2012/133, K. 2013/33, 12. 07. 2013 tarihli RG.(S. 28705).

³⁵⁸ “.. itirazın iptali davasının telif alacağının tazminat niteliğinde bulunması itibariyle likit alacak olmadığı halde icra inkar tazminatına karar verilmesi dahi doğru görülmemiş kararın temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir..” 11. HD. T. 28.10.2013, E. 2013/13250, K. 18919.(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 11..01.2014.

ihtiyaç bulunmaması, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması talebin likit olmasıdır. Haksız fiilere dayanan alacak likit bir alacak değildir³⁵⁹.

Fikrî hak ihlallerinde m. 68 gereği ve Yargıtay uygulamaları ile yerleşik bir şekilde verilen üç katı bedel taleplerine ilişkin açılan davalarda, hükmolunan meblağların yüksekliği gözönüne alındığında, 6352 sayılı Kanun ile maddede yapılan değişiklik ile en azından yapılan yanlış uygulama için bir nebze daha adil bir düzenleme getirildiği sonucuna varılmaktadır³⁶⁰.

Haksız eyleme dayalı yapılan takiplerde alacak likit olmadığından icra inkar tazminatına hükmedilemez. Yargıtay'ın *"..davanın, haksız eylemden kaynaklanması nedeniyle ve bu sebeple de alacağın likit olmadığı halde davacı yararına icra inkar tazminatına hükmedilmesi doğru olmamıştır."* şeklinde bozma kararları mevcuttur³⁶¹. FSEK m. 68 gereği açılan davada ise sözleşmesel ilişki nedeniyle ceza mahiyetindeki üç katı bedelden hariç olarak icra inkâr tazminatı talep edilmesi adil değildir. Fakat bu tazminat verilecekse de rayiç bedeli aşmaması daha uygundur. 5846 sayılı Kanunu'un 1952 yılından beri yürürlükte oluşu ve munzam bedeldeki amacın

³⁵⁹ *"..İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesi hükmüne göre itirazın iptaline karar verilmesi halinde alacaklı taraf yararına icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için alacaklı tarafın haklılığının tespit edilmiş olması yeterli olmayıp alacağın da likit ve muayyen, bir başka deyişle taraflarca önceden belirlenmiş veya basit bir işlemle hesaplanabilecek nitelikte olması, miktarının belirlenebilmesi için yargılamanın gerekmemesi zorunludur. Haksız fiilden kaynaklanan tazminat alacaklarında hükmedilecek miktarın belirlenmesi Borçlar Kanunu'nun 42. maddesi hükmüne göre hakimin takdirinde olduğundan öğreti ve uygulamada bu tür alacakların likit ve muayyen olmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle, davacının icra inkar tazminatına ilişkin isteminin reddine karar verilmesi gerekir."* 7. HD. T. 17.1.2012, E. 2011/838, K. 2012/68, aynı yönde 19. HD 28. 6. 2004, 5958/7736;11. HD 28.6.2004, 7517/7152. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 04. 03. 2014;11.HD. 16. 09. 2004, E. 13630, K. 2004/8365; *"Haksız eyleme dayalı tazminat istendiğinden, bu tazminat miktarı tarifeye dayalı olsa dahi, bu miktar BK'nın 42, 43 ve 44'üncü maddeleri çerçevesinde karara bağlanabileceğinden, likit sayılması mümkün değildir."*, (ERİŞ, a.g.e., s. 322, 323'den naklen)

³⁶⁰ 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı Kanun ile İİK m. 67'de değişiklik yapan m. 11 gereği m. 67/f. 2'de yer alan yüzde kırkıdan ibaresi yüzde yirmisinden olarak değiştirilmiş ve maddeye *"Bu Kanunda öngörülen icra inkar tazminatı, kötü niyet tazminatı ve benzeri tazminatların tespitinde, takip talebi veya davadaki talep esas alınır."* fıkrası eklenmiştir. Kanunun Geçici 10. maddesi kanunun ilgili hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarihten önce başlatılan takip işlemleri hakkında değişiklikten önceki hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir. 106 1-b bendi atfı gereği de bu hüküm, kanunun yayımı tarihi olan tarihi kıstas olarak uygulayacaktır. Bu oran değişikliği diğer itirazın iptali davalarında da yanlışın farkına varma ve daha adil bir oran getirme amacıyla yapılmıştır.

³⁶¹ 11. HD. T. 25. 01. 2010, E. 2008/9729, K. 2010/794.www.kazanci.com, Erişim T. 30.05.2015.

caydırıcılık olması düşünöldüğünde rayiç bedelin üç katı olan bedelin FSEK'deki değışiklikler öncesine göre tatmin edici olsa da munzam bedelin likit sayılamayacağı kanaatiyle, Yargıtay uygulamalarındaki icra inkâr tazminatına hükmedilmesi gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Madde her ne kadar eser sahibi lehine yorumlanmaya çalışılmakta ise de davalının ağır mağduriyetine sebebiyet vereceği ve adil olmayan, hakkaniyet dışı bir uygulama olduğu düşüncesi ile burada icra inkar tazminatının uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Miktara ilişkin rayiç bedelin üç katı bedel üzerinden takip tarihi esas alınarak tayini, ihlalde bulunan açısından ağır bir sonuç olur. FSEK m. 68 hükmünde haksız fiil ilişkisinin sözleşmesel ilişkiye dönmesi gibi istisnai ve kural dışı bir yorum getirildiğine göre hakkaniyet gereği farazi sözleşme gereği belirlenen rayiç bedel miktarının likit olmaması nedeniyle icra inkar tazminatına hükmolunmaması gerekir. Taraflar arasında sözleşme var ise ve sözleşme sınırları aşıl原因 olarak tecavüz gerçekleştirilmiş ise kanaatimizce sözleşmedeki talep edilecek miktar likit olduğundan bu miktar üzerinden inkâr tazminatının tayin edilmesi gerekir. Tecavüze ilişkin ise talep olunan miktar üzerinden miktarın likit olmaması nedeniyle icra inkar tazminatına hükmolunmaması gerekir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, iş hukuku uyuşmazlıklarında 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca fazla çalışmada hesap yöntemine yönelik olarak verilen mahkeme kararlarında kabul edilen fazla çalışma ücretinden mahkemece indirim yapıldığında vekalet ücreti takdirine ilişkin örnek bir karar vermiştir. Yargıtay davalı tarafın kendisini vekille temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısma ilişkin davalı yararına vekalet ücretine hükmolunmasına dair yerleşik görüşünü, işçinin dava açtığı yahut ıslah yoluyla dava konusunu arttırdığı aşamada mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilinemeyeceğinden, (2011 yılı itibarıyla maktu ve nispi vekalet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak) bu tür indirimden kaynaklanan red sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsizliğe yol açtığı sonucuna vararak görüş değıştirmiştir³⁶². Bu adil

³⁶² İşveren tarafından işçinin iş sözleşmesini haksız olarak sona erdirdiğini ileri sürerek, ihbar tazminatı alacağını istediği davada işçi, karşı dava olarak iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haksız olarak sona erdirdiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile ücret, izin,

uygulamanın rayiç bedelin üç katının talep edildiği fikri hukuka dayanan davalarda da emsal olması ve mahkemenin üç katı takdir etmediği durumda da reddedilen kısma ilişkin yargılama gideri ve vekalet ücretine hükümlenmeması gerekeceği düşüncesindeyiz.

fazla çalışma ve genel tatil alacaklarını istemiştir. Yargıtay Dairesi kararında, “Dairemizin önceki kararlarında; fazla çalışma ücretlerinden yapılan indirim, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davalı tarafın kendisini avukatla temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği kabul edilmekteydi (Yargıtay 9.HD. 11.02.2010 gün 2008/17722 E, 2010/3192 K.). Ancak, işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusunu arttırdığı aşamada, mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilenemeyeceğinden, Dairemizce 2011 yılı itibarıyla maktu ve nispi vekâlet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş, bu tür indirimden kaynaklanan ret sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsizliğe yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödenilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda, yukarıda değinildiği üzere fazla çalışma alacağından yapılan indirim sebebiyle ret vekâlet ücretine hükmedilmekle birlikte, Borçlar Kanununun 161 /son, 325 /son, 43 ve 44. maddelerine göre, yine 5953 sayılı Yasada öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemektedir. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olduğundan ve konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde de herhangi bir kurala yer verilmediğinden, Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve fazla çalışma alacağından yapılan indirim nedeniyle reddine karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.” 9. HD. T. 21. 03. 2012, E. 2009/49479, K. 2012/9378, www.uyap.gov.tr, Erişim T. 14. 11. 2016.

III. BÖLÜM

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA DÜZENLENEN

TAZMİNAT DAVALARI

A. GENEL OLARAK

Maddi tazminatın amacı zarar verici olay meydana gelmemiş olsaydı zarar görenin mal varlığı hangi durumda bulunacak idi ise o durumu aynen veya nakten yeniden kurmaktır¹. Tazminat kişinin verdiği zararın giderilmesine ilişkin yükümlülüktür².

Sözleşmesel ilişkiden doğan alacaklar ve talepler genel hükümlere göre korunurlar. FSEK kapsamındaki ihlallere ilişkin tazminat davalarında kanun, TBK’ndaki haksız fiillere ilişkin hükümlere atıf yapmaktadır. Eser sahibi veya halefleri tarafından açılan bu davalarda manevî ve malî hakları zarara uğrayan eser sahibi veya haleflerinin uğradığı zararların giderilmesi amaçlanmaktadır. Bu davaların şartları bulunduğu takdirde, tecavüzün önlenmesi veya kaldırılması talepleriyle birlikte de açılması mümkün olduğu gibi haksız fiillere ilişkin hükümlere dayanarak hem maddi hem de manevi tazminat talebiyle de açılabilir³.

Kanun’da düzenlenen davalardan m. 68 hükmündeki malî hak bedeli sadece fikri hukuka özgü bir dava olup diğer sayılanlar ise TBK ve TTK kapsamında yeralmaktadır⁴.

FSEK’de düzenlenen tazminat davaları, eser sahibi veya haleflerinin eser üzerindeki malî veya manevî haklarının ihlal edilmesinden doğan zararın

¹ VON TUHR, PETER, s. 114; KELLER GABİ, s. 95, (EREN, (**Genel Hükümler**), s. 796’dan naklen); TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 581; BELLİCAN, a.g.t., s. 549.

² DESCHENAUX, TERCIER, a.g.e., s. 1; B. Andreas SCHWARZ; (Çev. Bülent Davran) **Borçlar Hukuku Dersleri, C. I**, İstanbul, 1948, s. 75; Mustafa KILIÇOĞLU, **Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2008, Turhan Kitabevi**, s. 2; OFTİNGER, I, s. 255 vd; MERZ, OR, s. 194 vd, (OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 113’den naklen); TANDOĞAN, (**Mesuliyet Hukuku**), s. 315; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 560; EREN, (**Genel Hükümler**), s. 784; BOZBEL, a.g.e., s. 578.

³ BOZBEL, a.g.e., s. 578; KARAHAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 139; ERDİL, a.g.e., s. 579.

⁴ ÜSTÜN, a.g.t., s. 187.

giderilmesini amaçlar⁵. FSEK m. 70/f. 1 hükmünde manevî hakların tecavüze uğraması halinde açılacak olan manevî tazminat davası, m. 70/f. 2 hükmünde ise malî hakların tecavüze uğraması halinde açılacak olan maddî ve manevî tazminat davaları düzenlenmiştir. Eser sahibi, eser sahibinden hakları devralan kimse veya bağlantılı hak sahipleri, kanun gereği maddî ve manevî zararı için bu tür davaları açabilir⁶.

Hakkın ihlali sona ermiş; fakat geçen sürede hak sahibi bir zarara uğramış ise, ref ve men davasının amacı kalmadığından hak sahibi sadece tazminat davası açabilir. Men davası ile birlikte şartları oluştuğu takdirde tazminat davası da açılabilir⁷.

B.FİKRİ HAK İHLALLERİNE İLİŞKİN TAZMİNAT DAVASININ ÖZELLİKLERİ

1. Bir Eserin Varlığı

Eser olarak adlandırılan kişinin fikri faaliyeti sonucu ortaya koyduğu ve hukuken değer ifade eden, diğerlerinden bağımsız olan fikrî ürün korunur. Eser sahibi eseri yaratma anından itibaren eser sahipliğini ve ona bağlı olan manevî ve malî hakları kazanır. FSEK m. 13/ f. 1 hükmündeki eser bağlamında korumanın gereği olarak,

⁵ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 667; OĞUZ, ÖZDEN, a.g.m., s. 952.

⁶ Murat İNCEOĞLU, Yalçın TOSUN, “**Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevî Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu ile İlişkisi**”, Y. 2012, C. XXVIII, BATIDER, s. 83; “... eser sahibi olmayan davacılar Şenol Filiz’in eseri icra etmesi nedeniyle eserle bağlantılı hak talebi yetkisinin bulunduğu, davacılarca malî haklar meslek birliği olan MESAM’a genel olarak devredilmiş ise de eser ismi belirtilmeyen bu devrin, davacılarca davalıdan hak talebine engel olmayacağı ve eserin davalı tarafça izinsiz yayınlandığı gerekçesiyle maddî ve manevî tazminat verilebileceğine ilişkin..” 11. HD., T. 08.03.2010. E. 2008/11757, K. 2010/2567.(Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 13.05.2013, 4630 sayılı Kanun ile bağlantılı hak olarak değiştirilen komşu haklar ibaresininin bağlantılı haklar üst başlığının altında düzenlenmesi eleştirilmiş, “*bağlantılı hak, komşu hak, tali hak*” gibi kavramların tüm yabancı hukuklarda ve ilgili uluslararası sözleşmelerde aynı müesseseyi tanımladığı, alt kategori olarak kullanılmadığı belirtilir. Ahmet BÜLTER, “**Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar**”, TBB Dergisi, S. 59, 2005, s. 93 <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-59-155>; BOZBEL, (**Fikir ve Sanat**), s. 380.

⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 310; AYİTER, a.g.e., s. 261; EREL, a.g.e., s. 292; ARSLANLI, a.g.e., s. 211-212; ÖZTRAK, a.g.e., s. 74, 80; Duygun YARSUVAT, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, Genişletilmiş 3.Bası, İstanbul 1984, s. 217 vd.; AKIN, a.g.e., s. 134; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1936.

eser sahibinin bütün eserlerinden doğan yalnız bir malî ve manevî hakkı bulunmayıp her bir eseri için birbirinden bağımsız malî ve manevî hakları vardır⁸. Bu hak ihlallerinin tespitinde mahkeme tarafından, öncelikle fikri ürünün eser olup olmadığı araştırılır.

Fikri ürünün eser olabilmesi için objektif ve subjektif iki unsurun bulunması gerekir⁹. Eser olabilmenin şekil şartı kanunda sınırlı sayıda sayılan türlerden birisi olmasıdır¹⁰. Kanun'un eser türlerini sınırlandırmasına rağmen, eser türleri içindeki alt grupları sınırlandırmaması, kanunun açılımdan yana olduğunu göstermektedir¹¹. Ancak Yargıtay'ın uygulamalarında ise kanunun şekli ve dar olarak uygulandığı

⁸ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C. I, s. 36;“..Davacı ile davalı film yapımcısı Coşkun Y. arasındaki farazî sözleşme ilişkisi, davalı tarafından ilk tespiti gerçekleştirilen müzik klipi üzerindeki malî hakların kullanılma yetkisine izin verilmesi ile sınırlı olup, davacıya ait güzel sanat eserinden kaynaklanan malî ve manevî haklar esasen davacı üzerinde kalmaya devam edeceğinden mahkemece ulaşılan sonucun eser sahipliği ve temel haklara aykırı bir yönü bulunduğundan da söz edilemeyecektir..”, 11. HD T. 24. 11. 2010, E 2010/11881, K. 2010/11996, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 01.05.2013.

⁹ YHGK. T. 2.4.2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271. www.kazanci.com, Erişim T. 12. 02. 2014.

¹⁰ HIRSCH, (Fikri Say), s. 11; Halil ARSLANLI, **Fikrî hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1954, s. 6; AYİTER, a.g.e., s. 45; TEKİNALP, a.g.e., s. 114; Senai OLGAC, **Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri**, Ankara 1979, s. 99; NAL, SULUK, a.g.e., s. 38, 39; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), a.g.e., s. 91; İlhan ÖZTRAK, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, Ankara 1971, s. 15, 16; AKSU, a.g.e., s. 74; Anglo sakson ülkelerindeki orijinallik anlayışının aksine Fransa ve Almanya gibi birçok Kıta Avrupası ülkeleri eser sahibinin kişiliğini ve bireyselliğini veya yaratıcı katkısını arayan farklı bir orijinallik kavramı aramaktadırlar. AB; Bilgisayar programları, fotoğraflar ve veri tabanlarıyla ilgili Direktiflerinde orijinallik kavramını eser sahibinin düşünce yaratıcılığını yansıtmaları olarak değerlendirmektedir. Bilgisayar Programları Direktifi 91/250, O.J. L122/42; Gerekçe 17 ve m. 6; Eser ve Bağlantılı Hak Sahiplerinin Koruma Süreleri Direktifi 93/98, O.J.L290/9; Madde 3(1); Veri Tabanları Direktifi 96/9 (1996) O.J.L077/20. Uma, SUTHERSANEN, **The Law of Copyright**, Chapter 11, London 2001, s. 197, 198.

¹¹ Köln (Alman Eyalet Mahkemesi) 14.07.2010 tarihli bir kararında reklam cıngıllarını, bir reklam filmine dahil olan akustik ses efektlerine, aralardaki sesli sinyallere veya reklam filminde kullanılan diğer öğelere nazaran müzik eseri olarak korunacağına, kararda somut olayda eser sahibine has özelliklerin yeterli miktarda cıngılda yansıtıldığına hükmedilmiştir. LG Köln, 14.07.2010- 28 O 128/08, ZUM-RD 2010, 698 vd. Dr ALEXANDER R. KLETT, **The Development of Copyright Since Mid 2010**, (Çeviren CANSU POLAT), Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2011, s. 246; FSEK. 2 ila 5 hükmündeki, “herhangi bir dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları”, “maket ve benzeri”, “her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri”, “her türlü tipler”, “kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle” gibi ifadeler burada numerus clausus ilkesinin geçerli olmadığını, bu ana türlerin alt gruplarının da kapsamda olduğuna işaret eder. Bilge KILIÇ, **Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Eser Sahipliği**, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003, s. 49; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 538; TEKİNALP, a.g.e., s. 162; Arzu OĞUZ, Selin ÖZDEN, “Fikrî ve Sinaî Hakların İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri “Prof Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II, Ankara 2013, Ankara Üniversitesi Yayınları no 391.

görülmektedir. Yerel mahkemenin FSEK m. 2, 1993/98 sayılı Telif Hakları Koruma Sürelerinin Uyumlu Hale Getirilmesine İlişkin AB Direktifi, Bern Konvansiyonu ve TRIPs'in genel eğiliminin, kişiliğin izi kavramından çok kopyalanamama kriterini benimsemek yönünde olduğu, kopya olmayan minimum bir yaratıcılığın orijinalligi sağlayacağını belirtildiği, HGK'nın ise sözkonusu uluslararası düzenlemelere ülkesellik prensibini getirdiği, Kanunda düzenlenmeyen ve sayılan türlerden birine girmeyen fikri ürünlerin korunmayacağı belirtilmiştir¹². Kanaatimizce Hukuk Genel Kurulu burada dar bir yorumlamayla isabetli olmayan bir sonuca varmıştır. Tüm bahsedilen uluslararası sözleşmeler ve direktiflerde dergilerin hususiyet taşıma şartıyla eser mahiyetinde olduğu ve ilim ve edebiyat eseri olarak korunacağı belirtilmişken dergi içeriğindeki fotoğrafların teker teker değerlendirilerek eser niteliği taşımadığının ve eser olarak korumanın sağlanamayacağını belirtilmesi hatalıdır¹³.

¹² “Davacı vekili, müvekkilinin haftalık yayınlanan Hafta Sonu isimli derginin yayıncısı, yayın ve isim hakkı sahibi olduğunu, anılan dergide yayınlanan yazı, fotoğraf harita, ilüstrasyon ve konuların her hakkının saklı olduğunu, izinsiz kaynak gösterilerek dahi alıntı yapılamayacağını, buna karşın davalı şirkete ait www.gecce.com isimli internet sitesinde derginin sayfalarının izin alınmadan ve bedelsiz olarak yayımlandığını, derginin piyasaya sürülen her yeni sayısının izinsiz kullanılması ve durumun süreklilik arzemesinin tecavüz oluşturduğunu belirterek FSEK m. 68 gereği üç katı bedel talep etmiş mahkeme davalı şirket hakkındaki davayı kısmen kabul etmiştir. Yargıtay derginin izinsiz olarak umuma iletildiğini kabul etmiş ancak dergideki fotoğraflar eser olmadığı, eylemin FSEK m. 84 uyarınca TTK m. 56 vd gereği haksız rekabet oluşturduğundan kararı bozmuştur. Yerel mahkemenin direnme kararına karşı Hukuk Genel Kurulu derginin eser olarak kabul edildiğini, ancak hususiyet konusunda fotoğrafların tek tek değerlendirilmesi sonucu bunların hususiyet taşımadığından bahisle yerel mahkeme direnme kararını bozmuştur. HGK. T. 05. 10. 2016, E. 2014/11-107, K. 2016/957, www.uyap.gov.tr. Erişim T. 12. 02. 2017.

¹³ Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi 2/1inci maddesi; “Edebiyat ve Sanat Eserleri” deyimi, ifade şekli ne olursa olsun, edebiyat, bilim ve sanat alanındaki kitaplar, dergiler ve diğer yazılar; konferanslar, nutuklar, vaazlar ve benzer nitelikteki diğer eserler; dramatik eserler veya dramatik-müzik eserleri; koreografik eserler ve pandomima gösterileri; sözlü veya sözsüz müzikal kompozisyonları, 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; resimlendirmeler, haritalar, planlar, kroşiler ve coğrafya, topografya, mimari veya bilimsel üç boyutlu eserler gibi bütün ürünleri içerecektir.”düzenlemesi ile dergileri eser olarak koruma altına almıştır. http://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_349175.pdf. Erişim T. 02.01.2017.

Eserin veya hakların devredilebilmesi ve eser korumasından yararlanılabilmesi için eserin somut, algılanabilir ve tanınabilir olması gerekir¹⁴.

FSEK hükümleriyle eser sahibine sağlanan fikri hak koruması fikrin değil, onun ifade ediliş biçiminin korunmasına yöneliktir¹⁵.

FSEK koruması için eseri meydana getirenin kullanım amacı, kullanım alanı, fikri ürünün edebi, sanatsal veya bilimsel kalitesi önemli değildir. Ürün eser olduğu takdirde korumaya sahiptir¹⁶.

FSEK m. 20 hükmüne göre, fikrî ürün yayımlanarak ticarete konulmasından önce de koruma altına alınmakta, sahibinin üründen her tür faydalanma hakkı kanunla saklı tutulmaktadır¹⁷. Eserdeki yaratıcılık fazla olduğu oranda eser sahibinin eseriyle arasındaki manevî ve şahsi bağların güçlü oluşu nedeniyle hak ihlalinde de eser sahibinin kişilik hakları o derece kolay ve ağır zarar görebilecektir¹⁸.

Yukarıda yer verdiğimiz subjektif unsura göre sadece sahibinin özelliğini, hususiyetini taşıyan, özgün olan fikri ürünler eser olabilir. Eserin, sahibinin müstakil fikri çabasının ürünü olması ve eser sahibine has bir yaratıcılık içermesi gerekir. Hususiyet yenilik değil sıradan olmamaktır. İnsana özgü olan hususiyet eserin tümü üzerindeki genel intibadır. Hususiyet, anlatımı, sanatsal kişiliği ve fikri çabayı yansıtan uslupta kendini gösterir¹⁹. Hususiyet eserin bütününde, şekil ve içerikte

¹⁴ ARSLANLI, a.g.e., s. 4; Gürsel ÜSTÜN, **Fikrî Hukukta İşleme Eserler**, s. 6 vd.; Engin ERDİL, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler**, İstanbul 2003, (**İşleme Eser**), s. 26; HIRSCH, a.g.e., s. 25; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 62, 63.

¹⁵ HIRSCH, **Fikri Say**, s. 61; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 119; TEKİNALP, a.g.e., s. 108; SULUK, ORHAN, s. 143; ÜSTÜN, (**İşleme Eserler**), s. 6 vd.; Engin ERDİL, (**İşlenme Eserler**), İstanbul 2003, s. 18; 11. HD. T. 03.12.2007, E. 12890, K. 2007/14256; T. 23.06.2008, E. 2008/6510, K. 2008/8309, www.uyap.gov.tr, Erişim T. 23. 06. 2014.

¹⁶ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., 44, 45.

¹⁷ EREL, a.g.e., s. 32, 33.

¹⁸ Schricker/Wild, prg. 97, Anmd 9, s. 1497; BGHZ 9, s. 267 vd.- Lied der Wildbahn I; Ayrıntılı bilgi için bkz. Strömholm, S., “**Zur Problematik der Fortsetzung eines Urheberrechtlich Geschützten Werkes**”, GRUR 1968, s. 187-193; BGH, GRUR 1959, s. 267 vd. –Lied der Wildbahn I; BGHZ 28, s. 237- Verkehrskinderlied, (ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 618, 619’dan naklen)

¹⁹ 11. HD. T.13. 03. 2007, E. 2006/934, K. 2007/4555, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 10.08.2013; SULUK, ORHAN, a.g.e., C. II, s. 26; ÖZTRAK, a.g.e., s. 16; TEKİNALP, a.g.e., s.103-108; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 48; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 92. AKSU, a.g.e., s. 74; İlhami GÜNEŞ, “**Eser Sahibinin Manevî Hakları**”, FMR, Y. 3, C. 3, S. 2003/4, s. 11.

aranır²⁰. Doktrinde “*hususiyet*” kavramı üzerinde farklı görüşler bulunmaktadır²¹. Alt düzeyde bir yaratıcılık da hususiyet için yeterli olur²². Yargıtay, bir ürünün eser sayılması için başka kaynaklardan alınan bir kopya olmadığının ve zihinsel bir çabanın ürünü olduğunun belirlenmesinin yeterli olduğunu belirtmektedir²³.

Eser, kendinden öncekilerden esinlense de ötekilerden bağımsız, şekil ve içeriği ile kendine has özellikler taşıdığı takdirde orijinaldir. Eserde hususiyet eserin sıradan olmaması, özgün olması, başkalarından farklı olması halidir.

Ahlâka ve kamu düzenine aykırı fikri ürünler cezaî müeyyideler gerektirse de bu onların eser vasfını etkilememekte fakat eser sahibinin sahip olduğu hakların kullanılmasına engel teşkil etmektedir²⁴. Somut olaya göre örneğin, bilgisayar

²⁰ TEKİNALP, a.g.e., s. 105-108; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s.39; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 141 vd.; “...adli mercilere sunulan dilekçelerdeki yazı ve açıklamaların, konusunda araştırma yapan bir avukat tarafından edinilen bilgi birikimi, mesleki tecrübe ve mevzuat incelemesi ile yazılabilecek mutad dilekçe tertip ve ifade tarzının üzerinde kabul edilebilecek şekilde, hukukî görüşlerin ve vakıaların sunuluşu, düzenlenişi, bilgilerin derlenişi ve seçilmeleri itibarıyla sahibinin hususiyetini taşıma unsurunu içeren bir dilekçe niteliğinde bulunmamasına,...” şeklindeki daire kararında da hususiyet aranmıştır. 11. HD. T.07.06.2007, E. 2006/929 K. 2007/8748.(Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 02. 04. 2013.

²¹ KAÇAK, a.g.e., s. 36; HIRSCH ve AYİTER herkes tarafından vücuda getirilememeyi, eser sahibinin özelliğinin esere yansması gerektiğini savunur. HIRSCH, a.g.e., s. 12, 131; AYİTER, a.g.e., 40-42; ARSLANLI, korumanın herkes tarafından meydana getirilemeyecek vasıfta eserlerle sınırlanmaması gerektiğini belirterek bir fikrin yeni bir şekil ve sunum ile ortaya konulmasını ve nispeten bağımsızlığın yeterli olduğunu, her sanatçının diğerlerinden esinlendiğini, eserin yaratıcısının kendine ait özelliklerini taşıyan ve intihal ile ictibas dengesini koruması halinde kanun tarafından korunacağını belirterek nispi bağımsızlığı savunmaktadır. ARSLANLI, a.g.e., s. 6, 7; YARSUVAT, orjinallik ölçüsünün biçimde, bilim ve edebiyat eserlerinde fikrin işlenişi ve sunumunda bulunması gerektiğini, hususiyetin özgünlük olduğunu belirtir. YARSUVAT, a.g.e., s.217; BELGESAY, bir eserdeki fikirden yararlanılarak yeni bir eser meydana getirilebilirse de bu eserin ilham aldığı esere nazaran bağımsız olması gerektiği aksi halde onun hususiyetlerini benimsemiş ise, eser sahibinin izni ile “*İşlenme*” eser sayılacağı görüşündedir. Mustafa Reşit BELGESAY, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi**, Temel Yayınlar İstanbul 2001, s. 31, 36; EREL ise yaratıcı gücün yansması olarak var olandan başkasını meydana getirmeyi belirtir. EREL, a.g.e., s. 27; TEKİNALP, ise hususiyetin anlatımda olan sanatsal kişilik ve yaratıcılığı yansıtan bir mühür olduğunu, üslup ve dilin olması gerektiğini, düzeyli bir fikri faaliyetin aranması gerektiğini, hususiyet için mutlaka üst düzeyde yaratıcılık ve orijinallik gerekmediği; fakat bu şartın alanının genişletilmesi amacıyla eser olmayan ürünlere bu niteliğin tanınmaması gerektiğini belirtmektedir. TEKİNALP, a.g.e., s. 104-106.

²² Edward SAMUELS, **The Illustrated Story of Copyright**, New York 2000, s. 127; RZG 155, s. 202-Möbelstoffmuster; BGHZ 5, s. 174, Hummel I; BGHZ, s. 24, s. 68- Ledigenheim, (ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**) a.g.e., s. 618, dpn. 5’den naklen).

²³ 11. HD. T. 12. 09. 2014, E.2013/8293, K. 2014/13652. (Çevrimiçi) www.kazanci.com.Erişim T. 22.06. 2013.

²⁴ ARSLANLI, a.g.e., s. 126.

vasıtasıyla oluşturulan ve multimedya ürün olarak dijital ortama aktarılan fikri çaba, şartları varsa eser sayılabilir²⁵. Yahut, reklam ürünlerinde çoğunlukla bir fikri çabanın ürünü olarak ortaya çıkan bir tını, grafik, yahut film FSEK 1. maddesinde sayılan eser unsurlarını içerdiği, hususiyet taşıdığı takdirde eser olarak korunur²⁶.

Kaynağını tabii hukuktan alan “yaratma gerçeği” ilkesine göre, eser sahibi olan kişinin FSEK m. 1/B gereği eser sahipliği için fiil ehliyeti gerekmez. Kişinin hak ehliyeti yeterlidir²⁷. Maddeye göre yayımcılar, yapımcılar ve tüzel kişiler eser sahibi olamayacaktır. Sinema eser sahiplerini bir araya getirenler, genellikle yapımcılar, eser üzerindeki hakları sözleşme ile devraldığı takdirde bu hakkı kullanabilir. Yapımcılar FSEK m. 80 den doğan yapımcılık haklarının sahibi olur²⁸. FSEK m. 27/f. 4’de tüzel kişinin de eser sahibi olabileceği belirtilmekte ve 4630 sayılı Kanun ile getirilen 1/B (b) hükmü ile eser sahibinin gerçek kişi olduğuna dair hüküm 5101 sayılı Kanun 28inci maddesi ile değiştirilerek “gerçek” ibaresinin maddeden çıkartılmış olması nedeniyle Kanun’da tüzel kişilerin eser sahibi olmasını engelleyen tek hüküm 8 inci maddedeki “*eserin sahibi onu meydana getirendir.*” hükmüdür.

TEKİNALP, eserin sahibinin onu yaratan kişi olduğunu belirterek, çalıştırılanın eser sahibi olmadığını, dersanede ders veren öğretmenin eser üzerinde malî haklar yanında manevî haklara da sahip bulunduğuna ilişkin Yargıtay’ın 2004 tarihli kararını yerinde bulmuşsa da dersane öğretmenin görevi kapsamında kitap

²⁵ YAVUZ, a.g.e., s. 58, 59; Kanada Telif Hakları Kanun’unda da tanımlanmayan bu ürünlerin Kanunda sayılan bir veya birkaç eser türlerinden birisine dahil olup olmadığı veya derleme eser olup olmadığı her ürün için ayrı değerlendirilmektedir. Rob MCDONALD, Emery JAMIESON; “**Copyright Protection of Multimedia Works**” Prepared for University of Alberta Research Institute for Multimedia Systems “RIMS” April 15 1998. <http://www.expressnews.ualberta.ca/ualberta/.../copyright.html>.; KAÇAK, a.g.e., s. 41; Gillian DAVIES, **Copyright and the Public Interest**, s. 3005, Second Edition, Thomson, Sweet & Maxwell, London 2002.

²⁶ KAYA, a.g.m., s. 459. Reklamlar, reklam ajanslarınca aşamalı olarak fikrin doğması, sonrasında yaratıcı fikrin şekillenerek gerçekleştirilmesi, oradan da reklam mecraları üzerinden hedef kitleye ulaşması aşamalarından oluşur. A.e. s. 462.

²⁷ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 65-68; Bu durumda eser sahipliği, FSEK m. 8/f. 1 deki “*Bir eserin sahibi onu meydana getirendir.*” hükmü ile uyumlu hale getirilirken, FSEK m. 27/f.4 hükmünde yeralan “*İlk eser sahibi tüzel kişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır.*” hükmü ile çelişki ortadan kaldırılmıştır. EREL, a.g.e., s. 69 vd.; TEKİNALP, a.g.e., s. 143; ARKAN, a.g.e., s. 20; NAL, SULUK, a.g.e., s. 74.

²⁸ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 1864, Sinema eser sahiplerinden her biri birlik menfaatlerine tecavüz edilmesi halinde tek başlarına men, ref ve payları oranında tazminat davası açabilirler.

yazmanın bulunmadığı gerekçesi ile de kararı eleştirmektedir²⁹. Yazar FSEK m.18/f. 2'nin malî haklara ilişkin istisna getirdiğini, manevî haklardan sözedilmediğini, Yargıtayın da aynı görüş doğrultusunda tüzel kişilerin manevî haklara sahip olmadığına ilişkin kararlar verdiğini belirtir³⁰. FSEK Kanun çalışmalarında 27 nci maddedeki bu çelişkinin kaldırılması yerinde bir değişiklik olacaktır.

Eserin yaratılmasına katkı ve destek sağlama fiilî ile hususiyeti belirleyen yaratıcı çaba birbirinden ayırt edilmiştir. Eserin yaratılmasına yardımcı olma, ortak eser sahipliği sağlamaz³¹. FSEK m. 8/f. 1 hükmü fikri ürünün, meydana getirilmesi ve kanunda sayılan eser tiplerinden olması halinde o ürünü yaratan kişinin eser sahibi olacağını belirtir³².

a. İlim ve edebiyat eserleri

FSEK m. 2 hükmü; ilim ve edebiyat eserlerini, dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve bilgisayar programları³³, rakslar, koreografiler ve benzeri sahne eserleri ve ilmi ve teknik nitelikteki fotoğraflar, haritalar, çizimler ve maketler, mimarcılık ve şehircilik tasarım ve projeleri; endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri olarak üç bent halinde saymıştır³⁴. FSEK m. 2/f. 1 b. (3) hükmü 1901 tarihli Alman Telif

²⁹ 11. HD. 03. 05. 2004, E. 2003/11009, K. 2004/4829, TEKİNALP, a.g.e., s. 145; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 315.

³⁰ 11. HD. 04. 06. 2001, 2687/5080 yayınlanmamış Karar; 11. HD. 23.02.2004, E.2003/7032, K. 2004/1586 sayılı yayınlanmamış kararı, (TEKİNALP, a.g.e., s.146'dan naklen).

³¹ 11. HD. 1991/5141 E, 1992/11254 K, 22. 10. 1992, FMR 2002/2, s. 172. GÜNEŞ, a.g.e., s. 90.

³² Eser sahibinin onu meydana getiren olduğuna ilkesini Almanya ve İsviçre gibi ülkeler kabul ederken ABD, İngiltere ve Japonya kabul etmemektedir. 4110 sayılı yasa değişikliği öncesi Türkiye de bu ilkeyi kabul etmeyerek; sanatçıları çalıştıranlara, yayıncılara ve yapımcılara ve dolayısıyla tüzel kişilere bu hakkı vermiş idi. TEKİNALP, a.g.e., s.143, 144.

³³ Bir bilgisayar programının FSEK anlamında eser olabilmesi için bir fikri faaliyetin ya da yaratımın bulunması ve bu fikri faaliyetin bir ifade biçimi kazanması, bilgisayar programı denebilecek ya da kanun tarafından korunan bir görünümde olması, kişisel olması, yaratıcısının hususiyetini taşıması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa AKSU, a.g.m., s. 1255-1258.

³⁴ Hamdi YASAMAN, **Fikrî ve sınaî Mülkiyet Hukuku, Fikir ve Sanat Eserleri Endüstriyel Tasarımlar Patentler ile İlgili Makaleler Hukukî Mütalaalar Bilirkişi Raporları**, s. 3, Vedat Kitapçılık İstanbul 2012; NAL, SULUK, a.g.e., s. 57-62; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 123. FSEK Tasarısının 3. maddesi ile FSEK 2/f. 1 de yer alan bilgisayar programlarına ilişkin hüküm daha anlaşılır hale getirilmesi amacıyla ayrı bir bende alınmıştır. Bilgisayar programlarına ilişkin düzenlemelerde yer alan “bir sonraki aşama” ifadesi 2009/24/AT sayılı Bilgisayar Programlarının Yasal Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifine uyum amacıyla “Sonraki bir aşamada” şeklinde değiştirilerek hazırlık tasarımlarına

Kanunu’ndan alınmıştır. Bu bentte sayılan eserlerde, bedii vasıfta olmak ve ilmi veya teknik bir konunun resmedilmesi, tasviri veya çizmek suretiyle bir cisim üzerinde şekillendirilmesi veya bununla öğretici açıklayıcı ve uygulama sağlayıcı bir amaç güdülmesi gerekir³⁵. KAYA, maddenin bu bendinde sayılan eserlerin bazılarında öğretici bir amaç gütmesi, bazılarında da bunun yanında açıklama, yol gösterme ve uygulama amacının ön planda olduğunu, yayımı ve kullanılmasıdaki gaye göz önüne alındığında şehir planlarının bu kategoride olduğunu belirtir³⁶.

Edebî eserde eylemin seyri, karakterler ve karakterlerin rol dağılımı, sahnelerin aranjmanı ve senaryo gibi içeriklerde hususiyet bulunduğu takdirde koruma sağlanır. Bilimsel eserlerde, düşünce, tez ve öğretilerin tartışmaya açık olmaları gerektiğinden, bunlar koruma altına alınamaz. Bunlar eser sahibi tarafından ilk kez düşünülmüş olsalar da toplumun kullanımına ve yararlanmasına açıktır³⁷. Anonim eserlerde, folklorik ürünler üzerinde kişilere münhasır hak tanınmaz.

Eser marka olarak tescil edildiği takdirde 6769 sayılı Kanun ile de korunacaktır. Ayrıca eser sahibinin eseri üzerinde başka bir kimse tarafından marka tescil talebi

ilişkin korumanın kapsamı genişletilmiştir. Tasarının 4. maddesi ile de FSEK m. 6/11. c bendinde düzenlenen veri tabanlarına ilişkin hüküm 96/9/AT sayılı Veri Tabanlarının Yasal Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifine uyumlu bir şekilde ayrı bir fıkra olarak düzenlenmiş; içeriğinde herhangi bir eser yer almayan; ancak içeriğinin seçimi ve düzenlenmesi itibarıyla derleyenin hususiyetini taşıyan veri tabanlarının da korumanın kapsamında bulunduğu açıklığa kavuşturulmuştur.
<http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

³⁵ ARSLANLI, a.g.e., s. 19, 20; TEKİNALP, a.g.e., s. 104; Arslan KAYA, “Şehir Planları (Rehberleri) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser midir?”, s. 322, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 321-333.

³⁶ Yazar bunların teknik zorunluluktan kaynaklanan benzerlikler haricinde bağımsız bir fikri çabanın ürünü, öğretici, açıklayıcı ve uygulamayı sağlayıcı nitelikte olması, verileri ve uyguladığı usul itibarıyla farklılık, kısmen de olsa özgünlük taşıması gerektiğini belirtir. KAYA, a.g.m., s. 323.

³⁷ Yöntemler FSEK ile korunmaz. Bir resim yapma tarzı, tekniği veya bir şiirin tarzı, ölçüsü, belirli bir melodinin tarzı korunmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesinin *Habla Kararında Hans Blattner*, el armonikaları için bir “*nota yazma sistemi*” geliştirmiş, yönteme kendi adını koymuş, Blattner, kendi yayınevinde *Habla* sistemi ile notaları basarak Habla ve Blattnerin ilk heceleriyle oluşturduğu *Habla* ibaresini yazmış ve başka bir yayınevi, aynı düzeni kullanınca ihtilaf çıkmıştır. Mahkeme, eser kavramından, bireysel fikrî faaliyete dayalı düşüncenin şekillendirilmesinin anlaşıldığını, şekillenmenin söz, ses, resim, müzik veya mimikle olabileceğini, oysa somut olayda bir yöntemin bulunduğunu gerekçe göstererek davayı reddetmiştir (BGE 70 11 57, TEKİNALP a.g.e., s. 110’dan naklen); (MEMİŞ, NAL, SULUK, a.g.m., s. 19’dan naklen).

bulunduğu takdirde yapılan tescilin de iptali gerekir³⁸. Kataloglar, programlar, listeler vb. için geçmişte bir fikir içermediklerinden eser sayılamayacakları belirtilirken³⁹, günümüzde bunlar da eser olarak kabul edilebilmektedir⁴⁰. Katalog ve broşürlerin hususiyet taşımaları halinde eser olarak korunabilmesi mümkündür. Katalog ve broşürlerden izinsiz hukuka aykırı yararlanma izinsiz iktibas şeklinde olabilir⁴¹. Yargıtay üzerine mizahi metinler eklenilerek oluşturulan fotoğraf içeriklerini eser olarak değerlendirmiştir⁴².

1995 yılında FSEK m. 2/f. 1'de 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile bilgisayar programları da bilim ve edebiyat eseri olarak korunmuştur. Maddenin son fıkrasına göre ise *"Ara yüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler"* eser kategorisinden çıkartılmıştır⁴³.

AB nin 91/250 sayılı bilgisayar programlarının korunması hakkında Direktifinin 1/f. 3'de *"Bilgisayar programı hazırlayan şahsın yaratıcılığının ürünü kabul edilirse, bilgisayar programının o şahsın eseri sayılacağı belirtilmektedir."*⁴⁴. Direktif

³⁸ Dava konusu "Lombok" ibaresini ilk defa davacının 1989 yılında Limon adlı dergide çalıştığı sırada, dergide bir köşe adı olarak kullanıldığı, bu ibare altında yazılan senaryoların davacı tarafından karikatürize edildiği, davacının 25. 04. 2001 tarihinden itibaren de bu ad altında bir dergi çıkardığı, bu ibarenin fikri mülkiyet işareti olarak da onu meydana getiren davacıya ait olduğu, malî hakların kullanımı konusunda bir anlaşma mevcut olsa bile, esere bağlı manevî hakların onun yaratıcısı olan davacıya ait olduğu, bu nedenle, davacının yarattığı işaretin adı olan "Lombok" ibaresini marka olarak tescil ettirme hakkının da eser sahibi olan davacıya ait olduğuna ilişkin, 11. HD. 19.04.2007, E. 2006/1155, K. 2007/6121, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 143, 144'den naklen).

³⁹ ARSLANLI, a.g.e., s. 19; BELGESAY, a.g.e., m 1, N. 11.

⁴⁰ SCHRİCKER, LOEWEHEİM, 2010, prg. 2, N. 39; HUBMANN, REHBİNDER 1996, s. 92; THOMS 1980, Der Urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze, 278-280, (TEKİNALP, a.g.e., s. 110'dan naklen).

⁴¹ ULUSAN, BELLİCAN, a.g.m., s. 121, Katalog ve broşürlerdeki benzerliklerin zorunluluktan kaynaklanması halinde hak ihlali oluşmaz. Anonim ifadeler, ilgili ürün veya hizmete ilişkin objektif ifadeler kullanılması ihlal oluşturmaz. A.e, s. 125.

⁴² 11. HD. T. 24. 06. 2014, E. 2014/7244, K. 2014/12013, (ULUSAN, BELLİCAN, a.g.m., 118'den naklen).

⁴³ Arayüz, bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümlerini, araışlerlik, bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışveriş yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneğini ifade eder.

⁴⁴ ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 119.

tercüme edilerek FSEK'e gerekli eklemeler yapılmıştır⁴⁵. TRİPS m. 10 başlığı "*Bilgisayar programları ve veri derlemeleri*"dir⁴⁶. Bilgisayar programının uyarlanması, dilinin tercümesi, değiştirilmesi kaynak kodu ile nesne kodunun bir diğerine çevrilmesi ve düzenlenmesi de eser sahibine ait işleme hakkıdır⁴⁷.

Yazılıma dahil olan kullanım kılavuzu gibi diğer unsurlar şartları varsa sadece ilim ve edebiyat eseri olarak korunur⁴⁸.

Format bir programın amacını, konusunu, dekorları kullanılacak sembol cümleleri kamera hareketlerini içeren program taslağıdır. Televizyon formatı programın nasıl yapılacağını tarif eden bunu TV programına uyarlayan bir tarifnamedir⁴⁹. Bu

⁴⁵ Council Directive (91/250/EEC) of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programme (1991), ATRG, L 122/42; Direktif, üye ülkelerin tümünün iç hukuklarında koruma bulunmaması ve korumanın ülkeden ülkeye farklı olması, programın geliştirilmesinin yüksek maliyet ve yoğun emek gerektirmesine rağmen, kopyalanmasının çok kolay olması gibi etkenler nedeniyle düzenlenmiştir. Direktifin giriş kısmında arayüz, ortak işleme, kiralama gibi bazı teknik kavramlar açıklanmış, sadece bilgisayar programlarının korunacağını, bir programın herhangi bir unsurunu oluşturan düşünce ve ilkelerin korunmayacağı belirtilmiştir. Programın yasal olarak elde edilmesi halinde içindeki kodun yetkisiz çoğaltılması, çevirisi, uyarlanması veya başka bir biçime dönüştürülmesi hak ihlalidir. Direktife göre bilgisayar programları şartları varsa fikrî mülkiyete ilişkin diğer mevzuatlarca da korunur. Bern Anlaşması m. 4'e göre, programın herhangi bir nedenle tümünün veya bir parçasının sürekli veya geçici çoğaltılması, yüklenmesi, görüntülenmesi, işletilmesi, aktarılması veya depolanması program sahibi veya onun izin verdiği kimselerce yapılabilir. Programı kullananın bir kopyasını yapması sözleşmeyle yasaklanamaz.

⁴⁶ TRİPS m. 10;1-Bilgisayar programları, kaynak ya da uygulama kodu halinde olsun, Bern sözleşmesi 1971 hükümlerine göre edebiyat eseri olarak korunur.

2- Bir düşünce eseri oluşturan, içeriğinin seçimi ve düzenlemesi yoluyla bir araç ile okunabilecek nitelikte ya da diğer biçimdeki veri ya da diğer malzemenin derlenmesi, fikir hakkı gibi korunur. Veri ya da malzemeyi kapsamayan bu koruma veri ya da malzeme üzerinde mevcut fikir haklarına zarar vermez. 1996 WIPO fikir hakları anlaşması m. 4'de "*Bilgisayar programları, Bern sözleşmesinin 2.maddesindeki anlamı içinde ve FSEK m. 2/f. 1 gereği edebiyat eseri olarak korunur. Bu koruma, hangi şekil ya da yöntemle ifade edilirse edilsin, bilgisayar programlarına uygulanacaktır.*" ilkesi getirilmiştir. ERDİL, a.g.e., 115; Mihaly FICSOR s. 150, **The Law of Copyright and Internet The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation**, Oxford University Press, New York 2002; AKSU, a.g.e., s. 161 vd.

⁴⁷ GÜNEŞ, a.g.e., s. 111, 114; Serkan ARIKAN, "**Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması**", FMHD, Y. 2006, S. 3, s. 104.

⁴⁸ BERBER, a.g.m., s. 133; DALYAN, a.g.e., s. 146.

⁴⁹ Uğur ÇOLAK, "**Televizyon Programı Formatlarının Korunması**", FMR, Y. 4 C. 4, S. 3, s. 23; KÜÇÜKKAYA, a.g.e., s. 14; YILDIRIM, (Sinema Eseri), s. 11.

tarifname programın başından sonuna kadar dakika, dakika akışını içeriyorsa o zaman bir senaryo olup eser niteliğine sahiptir⁵⁰.

YASAMAN, formatların korumadan yararlanması için somutlaşmış ve sahibinin hususiyetini taşıması gerektiği eser türleri içinde en yakın olarak bilim ve edebiyat eseri içinde değerlendirilebileceği ancak edebi özellikten yoksun oldukları gibi programın kendisinden bağımsız olmaları nedeniyle sinema eseri de sayılamayacaklarını belirtir⁵¹. BOZBEL ise formatların TTK 54. maddesi uyarınca haksız rekabet hükümlerine göre korunması gerektiğini, TV formatında yer alan asli unsurun başkası tarafından haksız kullanılmasının TTK 55/c bendi uyarınca başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma oluşturacağını belirtmektedir⁵².

Alman Federal Mahkemesi 26. 06. 2003 tarihli bir kararında formatı programın sonraki bölümlerinde de her bir bölümdeki farklı içeriğine rağmen, asli yapı olarak programa damgasını vuran ve bu suretle seyirci tarafından bir programın devamı, parçası olarak algılanmasına imkan veren karakteristik unsurlarının bütünü olarak tanımlanmıştır⁵³. Federal mahkeme, televizyon formatlarının genel olarak fikri hukuka göre korunamayacağını; belirli bir malzemeye yaratıcı bir şekil verilmediği ve içerikten kopuk, benzer malzemeye şekil vermeye yönelik bir kılavuz olduğunu belirtmiştir. Bu karar Alman öğretisinde eleştirilmiştir⁵⁴.

Kanaatimizce TV formatının sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı değerlendirilerek, hususiyet taşıması halinde eser olarak korunması gerekmektedir.

⁵⁰ ÇOLAK, a.g.m, s . 14.

⁵¹ YASAMAN, (**Fikir ve Sanat**) s.162 vd.

⁵² BOZBEL a.g.e, s. 65.

⁵³ GRUR 2003, 876 -Sendeformat.Kararının değerlendirilmesi için HEİNKELEİN/FEY; “ Der Schutz von Fernsehformaten im deutschen Urheberrecht- zur Entscheidung des BGH; “Sendeformat”, GRURInt 2004 378 vd.;(BOZBEL, , a.g.e, s. 63, dpn. 166, 167' den naklen).

⁵⁴ EICKMEIER/FISCHER-ZERNİN, GRUR 2008, 755-758 , (BOZBEL a.g.e, s. 63 dpn. 169'dan naklen).

Hususiyet taşınamaması halinde 5846 sayılı kanun kapsamında değil, şartları olduğu takdirde haksız rekabet hükümlerince korunması gerekecektir⁵⁵.

b. Musiki eserleri

FSEK m. 3 her nevi sözlü sözsüz besteleri musiki eseri olarak düzenlemiştir. Hususiyet taşıyan musiki, eser olarak korunurlar. Müzik eserlerinde ihlale ilişkin değerlendirmede işitilen eserler arasındaki sıra ve bağıllık, seslerin melodi, ritim ve harmoni ile belirli karışımları ve aynı zamanda ses ile ifade edilen musiki eserlerinin içeriği göz önüne alınır.

c. Sinema Eserleri

FSEK m. 5 hükmü, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler, sinema filmleri, gibi sesli veya sessiz hareketli görüntüler dizisini sinema eseri olarak düzenlemektedir. Maddede sinema, sinema sanatına özgü dil ve yöntemlerle meydana getirilmiş olup, tespit edildiği materyallere bakılmaksızın elektronik, mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen sesli veya sessiz, sahiplerinin hususiyetlerini taşıyan birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi şeklinde tarif edilmiştir.

Yargıtay FSEK m. 5’de görüntülü eserlerden hangi tür programların eser sayılacağını açıkladığını, bu tür programların kanunda normatif ve sınırlı sayılmadığını, buna göre, program yayın formatlarının da kanun koruması kapsamında olduğunu belirtmektedir⁵⁶.

⁵⁵ Mahkemece, program formatının sahibinin hususiyetini taşımadığı, bu itibarla FSEK kapsamında eser korumasından yararlanamayacağı, ancak haksız rekabet hükümlerinin uygulanabileceği, davaya konu TV programının meydana getirilmesi sürecinde davacının emeği, çabası ve katkısının bulunduğu, formatın oluşturulma sürecinde davacı ile davalı S.. A.’ın birlikte hareket ettikleri, anılan tarafların TV programı hazırlama ve pazarlama hususunda anlaştıkları, bu hukuki ilişkinin şekli şarta bağlı bulunmayan, tarafların ortaklık kurma amacıyla gerekli unsurların birleşmesi hususunda anlaşmasını yeterli kabul edildiği adi ortaklık niteliği arzettiğini belirtmiş tazminatın hesaplanması açısından yerel mahkeme kararı bozulmuştur. 11. HD. T. 09.05.2016, E.2015/10650, K. 2016/5199, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 23. 10. 2016.

⁵⁶ “.. davacının dayandığı TV formatında yer alan ve program yayını ve akışına ilişkin olduğu ifade edilen detaylı açıklamaların esasen bir yöntem, iş yapma metodu veya benzeri bir usule ilişkin açıklama mahiyetinde olup olmadığı ya da bu açıklamalar da dahil olmak üzere anılan

Sinema eserlerinde de ortak eser sahipliği bulunmaktadır⁵⁷. FSEK m. 8’de eser sahibi olarak; “*Bir eserde, eser sahibi onu meydana getiren, işlenme ve derlenme de onu işleyen, sinema eserinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve animatör birlikte eser sahipleridir.*” denilmektedir⁵⁸. Tüm eser sahipleri eserin üzerinde tam ve mutlak hak sahibidir. Her eser sahibi FSEK m. 13 gereği eserin tümü üzerinde hak sahibidir. Kanaatimizce sinema eserlerini meydana getirenlerin birliğinin FSEK m. 9 veya 10’daki eser sahipliklerinden birine ait olduğu kesin olarak söylenemezse de elbirliği ile eser sahipliğine yakın olduğu görüşüne⁵⁹ karşın kendine özgü sui generis bir birlik olduğu görüşü daha isabetlidir⁶⁰.

Spor karşılaşmaları eser niteliğinde değildir. Ancak, ARKAN, farklı çekim teknikleri farklı planlar ve bu planların özel olarak montajı ile oluşturulan maç yayınlarının sinema eseri olarak korunması gerektiği görüşündedir⁶¹. Kanaatimizce ışık efektleri ile sahnelenen bir tiyatro eserinde bu ışık oyunlarının da eser olarak korunabilmesi gibi, bu teknik çekimlerin de ayrıca korunabilmesi gerektiği, ancak bu çalışmaların hususiyet taşıması gerektiği açıktır.

TV program formatı metninin bir bütün halinde FSEK 1/B-(a) ve 2/2 maddeleri anlamında sahibinin hususiyetini taşıyan bir ilim ve edebiyat eseri olup olmadığı hususlarında, içlerinde TV program yapımcılığı alanında uzman bir öğretim üyesinin de bulunduğu yeni bir bilirkişi heyetinden görüş alınarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken” 11.HD. T. 10.06.2013, E. 2011/12280, K. 2013/12047. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 20.05.2014.

⁵⁷ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 190; 2001 yılında 4630 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile FSEK m. 5 de sinema eserleri “*Sinema eserleri, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir.*” olarak tanımlanmıştır.

⁵⁸ Mustafa ATEŞ, (Sinema Eseri) Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2009, XII Levha Yayınları s. 110; KILIÇOĞLU, (Fikrî Haklar), s. 46, 47; BOZBEL burada elbirliği halinde hak sahipliği olduğunu, ancak eseri oluşturan bağımsız eserlerin, sinema eserinden bağımsız değerlendirilebilmesi için Kanunda bir takım istisnaların bulunduğunu belirtir. BOZBEL, a.g.e., s. 80; AYİTER birlikte eser sahipliğini ortak yaratma çabası sonucu oluşacağını elbirliği halinde oluşturulan eser üzerinde tek ve bölünmez bir hususiyetin bulunması gerektiğini belirtir. AYİTER, a.g.e., s. 101; EREL, sinema eser sahipliğinde kendine özgü eser sahipliği olduğunu belirtir. EREL, a.g.e., s. 72.

⁵⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 152; Yalçın TOSUN, Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul 2009, s. 312.

⁶⁰ EREL, a.g.e., s. 78; YILDIRIM (Sinema Eseri), s. 18.

⁶¹ ARKAN, a.g.e., s. 25 ve 204; Aynı görüşte, Hande Gül KÜÇÜKKAYA, Sinema Eseri Üzerindeki Mali Haklar, İktisadi Araştırmalar Vakfı Ünal Aysal Tez Değerlendirme Yarışması 2015/5, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, a.g.t, s. 18.

Reklam ürünleri de hususiyet taşımak şartıyla senaryo ve yönetmeni bulunması nedeniyle sinema eseri sayılabilir⁶². Reklam ürünlerinde de çoğulcu ve karmaşık bir yapı bulunmaktadır. Bu fikri ürün temelindeki reklam fikri, taslağı ve reklam kampanyasının bağımsız bir fikri korumaya sahip olabilmesine ilişkin Alman ve İsviçre doktrini, reklam prospektüsleri, katalogları, ilanları vb. yazılı reklam ürünlerinin hususiyet taşıması şartı ile korunduğunu belirtmektedirler⁶³.

Sinema eserlerine ilişkin 2006/115⁶⁴ ve 2006/116⁶⁵ sayılı AB direktiflerine göre yönetmen eser sahibidir. Diğer sinema eser sahipleri ülkelerin kendi mevzuatlarına göre belirlenir⁶⁶.

d. Güzel sanat eserleri

FSEK. m. 2/f. 3 hükmünde her çeşit mimarlık tasarım ve projeleri ile mimarlık maketleri ilim ve edebiyat eseri olarak ele alınmış, m. 4/f.1 b. de mimari eserleri ve maketleri güzel sanat eseri olarak değerlendirilmiş yapılarda ayrıca estetik bir değer taşıma şartı aranmıştır. FSEK 4üncü maddesi gereğince estetik değere sahip olan ve maddede 8 bent halinde sayılan fikri ürünler güzel sanat eseridir. Eser bir mimari yapı ise tasarımın bina biçimine dönüşmesi ile eser olarak korunma şartı oluşur. Yapılarda özgün bir düşünce ürünü olma durumu istisnai bir durum olduğundan doğal olarak bir mimarın hemen bütün bireyler için ortak gereksinimleri dikkate

⁶² KAYA, a.g.m., s. 463; KÜÇÜKKAYA, a.g.t., s. 17.

⁶³ Schricker, s. 820, (KAYA, a.g.m., s. 469'dan naklen).

⁶⁴ Fikri Mülkiyet Alanında Bazı Eser Sahibi Hakları ve Bağlantılı Haklarla İlgili Ödünç ve Kiralama Haklarına İlişkin AB Direktifi.

⁶⁵ Eser Sahibinin Haklarının ve Bazı Bağlantılı Hakların Koruma Sürelerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin AB Direktifi.

⁶⁶ Fransız hukukunda senaryo yazarı, diyalog yazarı, özgün müzik bestecisi, filmin yönetmeni, eserin yazarı gibi kimseler hak sahibi iken; Alman hukukunda yönetmen, görüntü yönetmeni, özgün müzik bestecisi gibi kimseler hak sahibidir. Avusturya ve İtalya 'da yönetmen senarist, diyalog yazarı ve besteci birlikte eser sahibidir. J. A. L. STERLING, **World Copyright Law: Protection of Authors' Works, Performances, Phonograms, Films, Video, Broadcasts and Published Editions in National, International and Regional Law**, Second Edition, London, Sweet&Maxwell, 2003, s.195; Amerikan Hukukunda ise sinema eseri sipariş ile meydana getirilen eser olarak kabul edilmekte ve yönetmen tüm hakların sahibi olan yapımcının çalıştırdığı kimsedir. Laura A. PİTTA, "Economic and Moral Rights Under U.S. Copyright Law, Protecting Authors and Producers in the Motion Picture Industry", Entertainment and Sports Lawyer, Winter 1995, Volume 12, Number 4, www.westlaw.com. Erişim T. 23.12.2015.

olarak hazırlamış olduğu yapı projesinin benzeri başka bir projeye tecavüz edilmiş olduğu iddiası ileri sürülemeyecektir⁶⁷.

e. Eserin üzerindeki mali ve manevi hakların özellikleri

(1).Malî hakların özellikleri

Malî haklar eser sahibine, eserinden ekonomik olarak yararlanma yetkisi veren haklardır⁶⁸. Eser sahibinin eserinden ticarî biçimde yararlanarak ondan yararlanan insanlardan maddî bir karşılık beklemesi ve elde etmesi FSEK kapsamında korunur.

Alenileşmemiş eserden faydalanma hakkı, FSEK m. 20 uyarınca eser sahibine aittir. Eser alenileşmediği takdirde, FSEK m. 20/f. 1'deki ayırım gereği eserin FSEK hükümlerine göre değil, Türk Medenî Kanunu'nun kişiliğin korunmasına ilişkin hükümleri gereği korunacağı öğretide haklı olarak eleştirilmektedir⁶⁹. Oysa ki; korunan eser, sahibinin ve üçüncü kişilerin kendisi değil, eser üzerindeki malî haklarıdır⁷⁰. Nitekim eserin meydana getirilmesi ile birlikte korumanın sağlanması gerekir.

Eser sahibine ait olan, kısmen veya tümüyle devir ve intikal edilebilen malî haklar; işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve kamuya iletim hakkıdır. Bu devir eser sahibi, temsilcisi yahut kanunda belirtilen bir meslek birliği kanalıyla yapılabilir⁷¹. Eser üzerindeki haklara münhasır ve mutlak olarak sahip olan eser sahibi bunları bizzat kullanabileceği gibi aynı zamanda eser üzerindeki malî haklar yönünden başka kimselerin katkısı sayesinde de kullanabilir. FSEK m. 48 gereği bu haklar süre, yer

⁶⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 125; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 205; ERDİL, a.g.e., s. 98- 100; EREL, a.g.e., s. 47; KOCATÜRK, a.g.m., s. 17.

⁶⁸ EREL, a.g.e., s. 157; TEKİNALP, a.g.e., s. 317; 5846 sayılı Kanun'un m. 21 hükmü işleme, m. 22 çoğaltma, m. 23 yayma, kiralama ve kamuya ödünç verme, m. 24 temsil, m. 25 İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla iletim, m. 45 ise pay ve takip hakkını düzenlemiştir.

⁶⁹ ÜSTÜN, "İşleme Eserler", s. 22; Mustafa ATEŞ, "Fikir ve sanat eserlerinin kamuya sunulması: Alenileşmemiş ve yayımlanmamış eserler fikrî hukuka göre korunamaz mı? s. 242, 243, (Çevrimiçi) www.fikrimulkiyet.com/images/kamu.pdf. Erişim T. 10. 03. 2015.

⁷⁰ HIRSCH, (Fikri Say), C. II, s. 6, 120; TEKİNALP, a.g.e., s. 155; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 346; ATEŞ, "Eser Üzerindeki Haklar", s. 53.

⁷¹ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 38.

ve muhteva bakımından sınırlı veya sınırsız, karşılıklı veya karşılıksız olarak devredilebilir veya bu haklara ilişkin üçüncü kişilere lisans tanınabilir⁷².

i. Sınırlı sayı

Malî haklar Kanun’da sınırlı sayı ile belirlenmiştir⁷³. Bern Anlaşmasında birlik ülkelerinde, eser sahiplerine tanınan malî haklar tek tek sayılmıştır. FSEK’de sayma metodu kullanılmışsa da Doktrinde, teknolojik gelişmeler sonucu yapılan değişikliklere bağlı olarak malî hakların kapsamının gerektiğinde yorum yoluyla genişletilmesi gerektiği savunulur⁷⁴.

Gerçekten de teknolojinin gelişmesi ile birlikte eserden faydalanma yolları da farklı şekillerde olabildiğinden mali hak çeşitlerinde de bu esnek yorumun benimsenmesi isabetli olacaktır. Kanun metnindeki m. 22’deki çoğaltma hakkına ilişkin “*bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi..*” ifadesi, yayma hakkına ilişkin FSEK m. 23’deki “*diğer yollarla dağıtılma*” ibaresi, temsil hakkına ilişkin FSEK m. 24’deki sayılanlar dışındaki *maddedeki* “*gibi*” ibaresi de sınırlı sayı ilkesine değil; tekniğin gelişmesi sonucu bu sayılan hakların kapsamlarının genişletilebileceğine delildir⁷⁵. Örnek olarak Radyo- TV yayınlarının

⁷² TEKİNALP, a.g.e., s. 230 vd.; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 551; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1484.

⁷³ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 349, 350; FSEK.’de sınırlı sayılan 4 grubun altındaki alt sınıflar; yağlı ve sulu boya tablolar, her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi ve serigrafilerdir. Bunlar yeni ve ayırtedici nitelikte iseler End. Tas. KHK. gereği de korunurlar.

⁷⁴ YASAMAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 17;Sınırlandırma eser sahibinin yeni imkanlardan yararlanmasını engeller. Alman Kanunu prg 15’de eser sahibinin ileride çıkacak imkanları da saklı tutan genel bir semerelendirme hakkı tanımış ve örnek kabilinden tek tek semerelendirme yetkilerini saymıştır. Öncesinde Kanun’da eserin maddi olarak tekrarlanması yoluyla semerelendirilmesi olarak sayılanlara ilave olarak eserin radyo TV yayınları, gayri maddi biçimlerde semerelendirilmesi buna örnektir. (AYİTER, a.g.e., s. 125’den naklen); YARSUVAT, a.g.e., s. 83, 84; EREL, a.g.e., s. 157, 158; AT.’nin 1995 tarihli “*Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Haklar*” adındaki Green Paper eser ve eser sahibinin aynı zamanda bağlantılı hak sahiplerinin teknolojik gelişmeler karşısındaki durumunu değerlendirmiş ve teknolojinin gelişmesi doğrultusunda eserin ele alınarak yeniden uygulanmasında hak sahiplerinden izin alınmadığı takdirde eserin bütünlüğünün ihlali ile eser sahibi olarak belirtilme manevi hakkının da zedelenebileceği belirtilmiştir. ATRG, L 122, 17.Mayıs 1991.(TOSUN, (**Manevi Haklar**), s. 59’dan naklen).

⁷⁵ ARSLANLI, a.g.e., s. 172;TEKİNALP, a.g.e., s. 180;YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C. I, s. 725, 726.

koruma kapsamında olmamasının eksiklik olduğu ve Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu eleştirileri sonucu Kanun bunları da “*her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim*” olarak koruma kapsamına almıştır.

ii. Bağımsızlık

Mali Haklar her biri diğerinden bağımsız haklardır. Bunların birinin üzerinde tasarrufta bulunulması veya kullanılması diğerini etkilemez. Birinin devredilmesi diğer malî hakkın devredilmesini gerektirmez⁷⁶. Eser sahibinin her bir mali hakkı ayrı ayrı koruma altına aldığından haklardan birisinin ihlaline sessiz kalması onun diğer mali haklarındaki korumayı kaldırmaz⁷⁷. Malî hakların bölünebilir özelliği dolayısıyla çoğaltma ve yayma hakkı birine verilirken işleme hakkı başkasına verilir, umuma iletim hakkı ise kişinin kendisinde kalabilmektedir⁷⁸. Esere konu nüshaların mülkiyetinin devri, fikrî mülkiyet hakkının da devredildiği anlamına gelmez. Belli bir amaç ve süre ile devredilen hak, amacın ortadan kalkması veya sürenin bitimi ile hak sahibine geri döner.

⁷⁶ Davalı tarafından sahnelenen üç ayrı tiyatro eserinin video çekim ve yayım hakkının davacıya devredildiği halde, davalının diğer davalıya ait televizyon kanalında sözleşme konusu eserlerin video kayıtlarını yayınlattığını ileri sürerek, eserlerin yayın hakkının, sahipliğinin tespiti, malî hak ihlaline dayalı maddî tazminat talepli davada davalı ile davacı arasında yapılan sözleşmelerde, dava konusu tiyatro eserlerinin, davacıya devredilen video çekim ve yayın hakkı yanında televizyonda gösterim hakkının da davacıya devredilmediği gerekçesiyle davanın reddine dair karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T. 08.02.2001, E. 2000/9742, K. 2001/945; “ FSEK’nin 11. maddesi kapsamında eser sahibinin davacı olduğu, taraflar arasındaki Telif Sözleşmesi’nin 1.maddesinde “temsil ve icra, CD ve internet ortamında yayın hakları” hariç tutulduğundan davalının *www. A.com* isimli internet sitesi aracılığıyla dava konusu eserde yer alan bilgileri ücret karşılığında vermesinin yazarın doğal hakkı olduğu gerekçesiyle asıl ve birleşen davanın reddine dair verilen karar onanmıştır. 11 HD. T. 26. 09. 2014, E. 2013/8888, K. 2014/14700, (Çevrimiçi) *www.kazanci.com*, Erişim T. 12.10.2015

⁷⁷ BEŞİROĞLU FSEK m. 16 hükmü karşısında Yargıtay’ın eserde değişiklik yapılmasını men hakkına uygun olmayan bir değerlendirme ile çeviride özgün eserin anlatımına uygunluğun şart olduğu, eserin anlam ve anlatımına aykırı bir çeviri yapımının eser sahibinin manevî hakkına tecavüz niteliğini taşıyacağı somut olayda değerlendirilmesi gereken hususun davacının talebinde iyi niyetli olup olmadığı değil, öncelikle manevî hakka bir tecavüzde bulunup bulunmadığının tespiti olması gerektiği FSEK’in emredici kurallarının dava konusu olayın adalete uygun düşecek şekilde hakim takdirine gerek duyulmadan çözüme ulaştıracağını belirtmiştir. BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 1082, 1083.

⁷⁸ Yargıtay, davalının sadece eseri video kasetlere kaydederek, pazarlama hakkını sözleşme ile devraldığını, gösterim ve devir haklarının davacı uhdesinde bulunduğunu, bu nedenle davalının izinsiz gösterim eyleminin haksız fiil oluşturduğuna karar vermiştir. 11.HD. 21. 01. 2000, E. 1999/9588 K. 2000/430, SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 228, 229.

iii. Mirasa konu olabilme

Mali haklar; mirasa, muayyen mal vasiyetine konu olabilirler. Mutlak niteliklerine rağmen hakların korunması süre ile sınırlıdır. Buna göre eser üzerindeki malî haklar, FSEK m. 26/son ve 27 gereği eser sahibinin yaşamı boyunca ve eser sahibinin öldüğü yılı takip eden yılın ilk gününden itibaren 70 yıl boyunca korunur.

iv. Devir ve hukukî işlemlere konu olabilme

Eser sahipliği değil, eser sahibinin malî hakları devredilebilir. Mutlak nitelikteki eser sahipliğine ilişkin bu hakkın, bir ağacın köklerinden kaynaklanmış olduğu düşünülen tek bir hak olduğu manevî ve malî haklar şeklinde iki yönünün bulunduğu düşünülmektedir⁷⁹.

Bu hakkın hem malî, hem de manevî yetkiler içeren tek bir hak olduğunu savunan ve “*Eser Sahipliği Teorisi*” de denilen monist görüşe göre⁸⁰ mülkiyette olduğu gibi eser sahibinin hakkı da birçok subjektif hak ve yetkiler taşır⁸¹.

⁷⁹ Eugen Ulmer, Birlik (Bütünlük) teorisine göre malî ve manevî haklar için ağaç benzetmesi yapar ve “*Bu iki menfaat grubu bir ağacın köklerine benzetilerek, eser sahibi hakkının da fikrî hak olarak bu ağacın gövdesini oluşturduğu düşünülür. Eser sahibi hakkına ilişkin yetkiler ise bu gövdeden çıkan budaklara ve dallara benzetilebilir. Bunlar gücünü bazen ikisinden bazen ise tamamen veya öncelikli olarak köklerin birinden almaktadır.*” der. Monist (tekçi) teoriye göre malî ve manevî haklar devredilemez. Çünkü köklerin veya köklerden birinin devrinin kabul edilemeyeceği, malî haklarda kullanma hakkının devredilebileceği, yani lisans verileceği savunulur. Oysa devredilen kök değil, ağacın meyvalarıdır. ATEŞ, a.g.m., s. 50; ARIDEMİR, a.g.e., s. 7; TEKİNALP, a.g.e., s. 7; TOSUN, (Manevi Haklar), s. 43; Davacının eser sahibi Şefik’in mirasçısı olup davalının tanıtım için bastırıldığı, 1992 yılı takviminde Ressam Şefik’in “*Konya Alaaddin Cami civarından manzara*.., adlı tablosunun izin almadan kullanıldığını, resmin Şefik tarafından 1937 yılında İstanbul Resim ve Heykel Müzesine bağışlandığını, mülkiyetinin müzeye geçtiğini ancak sözleşmede belirtilmediği için fikrî haklarının eser sahibinde kaldığını belirterek eser sahibinin koruma alanındaki haklarına karşılık maddî ve manevî tazminat hükümlenmesine ilişkin karar, Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T. 19.10.1995, E. 1995/5303 K.1995/7703. BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 1170-1172.

⁸⁰ AYİTER, a.g.e., s.37; EREL, a.g.e., s. 13; ULMER (1980), s.116, (TEKİNALP, a.g.e., s. 93’den naklen); BOZBEL, a.g.e., s. 29; Fethi MERDİVAN, “**Manevî Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması ve Yakınların Dava Hakkı (Konuyla İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)**”, FMR Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y. 15, C.15, S. 2014/1, s. 96; Özellikle Fransa’da etkili olan Düalist yaklaşım, eser sahibinin eseri üzerindeki hakkını üçüncü şahsa devredebileceğini savunur. Almanya’da etkili olan Monist yaklaşıma göre ise, fikrî hak malî ve manevî unsurları olan tek bir mutlak haktır. Alman Telif Kanunu, eser sahibine eseri üzerindeki telif hakkını devretme yetkisini vermemiştir. Eserin sınırlı kullanımı ancak bir lisans sözleşmesi ile devredebilmektedir. İsviçre

Mali haklar rehnedilebilir veya cebri icraya da konu olabilir⁸². FSEK m. 48 vd. gereği malî haklar süresiz olarak devir edilseler bile bu devrin süresi, eserin koruma süresi kadardır⁸³. Devir ancak vücut bulmuş ve sahibinin hususiyetini taşıyan ve kanunda sayılan eser gruplarında sayılanlar hakkında mümkün olacaktır⁸⁴. Malî hak bir bütün halinde veya ayrı olarak yahut hakkın yalnız bir parçası olarak devredilebilir⁸⁵. Bu haklar şartlı olarak da devredilebilir. Devreden bu devri yaparken

fıkrî hukukunda düalist görüş baskın olup malî hak devri mümkündür.(Art. 16 Abs. 1 URG). RETO M. HILTY, Lizenzvertragsrecht, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2001, s. 122 ff; BARRELET, EGLOFF, Urheberrecht, s. 107 N 2, (DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 273'den naklen);

ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 35, 36;Eser sahibine tanınan manevî ve malî haklar birbirinden ayrı ve karışmadan yanyana bulunurlar. Eserde şekil yahut içerik veya her ikisi telif hakkına dayanılarak korunan unsurdur. Bir edebî eserde olayların seyri, karakterler ve karakterlerin rol dağılımı, sahnelerin aranjmanı ve senaryo gibi içeriklerde hususiyet bulunuyorsa bunlara koruma sağlanır.

⁸¹ ULMER, (1980), s. 116, (TEKİNALP, a.g.e., s. 93'den naklen);ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 35, 36;ARSLANLI, a.g.e., s. 78.

⁸² YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1822; “....Ruhsat verilmesi yoluyla malî hakları kullanma yetkisine sahip olan kişi ise zararının karşılanmasını sadece FSEK m. 70/ f. 2 uyarınca açacağı maddî tazminat davasında isteyebilir. Bu durumda, davacının kanundan kaynaklanan ruhsat sahibi sıfatıyla FSEK' in 68. maddesine dayalı tecavüzün ref'i ve tazminat davası açamayacağından dolayı davanın husumet yönünden reddi gerekir...”. 11. HD. T. 20.11. 2007, E. 2006/6776, K. 2007/14566. (Çevrimiçi) www.kazancı.com. Erişim T. 22. 03. 2013; Sözleşmede devredilen malî hakların açık biçimde gösterilmediği, genel ifadelerle yer verildiği, dolayısıyla FSEK m. 52 hükmü karşısında geçersiz olan bu sözleşmenin, açıkça zikredilmeyen ve eser sahibinde kalan hak ve menfaatlerin devrine yönelik olarak değerlendirilmeyeceği; Ancak davacının yaptığı tüm basılara, butlana rağmen uzun süre sessiz kalarak muvafakat verilmesi karşısında, davacı eylemlerinin de son bası anına kadar hukuka uygun bulunduğu sonucunun doğduğu, bir an için sözleşmenin "yayın akti" niteliğinde kabulü halinde de BK.nın 372-375 inci maddelerinin bu sözleşmeye süresiz geçerlilik sağlamayı engelleyeceği, eser sahibi veya mirasçılarının kendilerinde bulunan hak ve menfaatler nedeniyle sahip oldukları engelleme yetkisini diledikleri zaman kullanabileceklerinden bahisle davanın reddine ilişkin yerel mahkeme kararı Yargıtay'ca onanmıştır. 11. HD., T. 15. 07. 2005, E. 2004/10681, K. 2005/7713. (Çevrimiçi) www.kazancı.com. Erişim T. 22.03.2013.

⁸³ TEKİNALP, a.g.e., s. 181; “..Davalı şirketçe ibraz edilen ve içeriği aynen belirtilen devir belgesine göre, davacı taraf, dava konusu olan Emmoğlu adlı şiiri, tüm malî hakları ile süresiz olarak devir ve temlik etmiştir. Bu durumda, davalı şirket en geniş biçimde bu hakları kullanabilir ve başkalarına da devredilebilir hakka sahip olmuştur. Hal böyle olunca, davacının Emmoğlu adlı şiir için hiçbir malî hakkı kalmadığı sonucuna varılmıştır.” 11. HD.12.12.1995, E. 1995/6393, K. 1995/9199 SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 185.

⁸⁴ K. Emre GÖKYAYLA, **Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**, 2. Bası, Ankara-2001, (**Telif Hakkı**), s. 235.

⁸⁵ ERDİL, a.g.e., s. 969; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), a.g.e., s. 554; ARSLANLI, a.g.e., s. 172; MERDİVAN, a.g.e., s. 1478; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 621;“..dava konusu eser de dahil olmak üzere bir kısım eserlerin çoğaltma hakkının Türkiye’de inhisari kullanım yetkisinin devrine ilişkin olup malî hakların devri söz konusu olmadığından, davacı bu lisans sözleşmesine dayalı olarak FSEK’in 68/1 maddesine dayalı olarak telif tazminatı isteyemez.”. 11. HD. T. 20.01.2006, E. 2005/166, K. 2006/330, (GÜNEŞ, a.g.e., s. 229’dan naklen).

devralana bu hakları üçüncü kişilere devir yetkisini de FSEK m. 49 uyarınca tanıyabilir⁸⁶.

EREL, tüzel kişilerin eser sahibi olamayacağı, Kanun'da eser sahibinin gerçek kişi olacağı, tüzel kişilerin organlarını oluşturan gerçek kişilerin malî haklarını kullanım hakkına sahip olduklarını belirtir Bu durumun 21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun ile FSEK'in "*Eser Sahibi*" bölümünde değil de "*Hakların Kullanılması*" başlığı altında, m. 18/f. 2 ve 3 hükmünde düzenlendiğini ve mali hakların kullanımına açıklık getirildiğini belirtir⁸⁷.

Hakkın devrine ilişkin tamamlanmamış eserde FSEK m. 48/f. 3 gereği henüz eser sahibinin malvarlığında bulunmayan bir malî hakkın devredilemeyeceği, eserin henüz vücuda getirilmemiş olması nedeniyle eser vasfının da kuşkuyla olduğu gerekçesiyle yapılan tasarrufun batıl olduğunu savunan görüşe göre, tasarrufun yapıldığı anda mevcut olmayan bir malî hak devredilemez⁸⁸. Aksi halde yapılan tasarruf işlemi FSEK m. 48/f. 3 gereği batıldır. Kanunun ileride çıkacak mevzuatla mali hakların şumulünün genişletilmesi veya koruma sürelerinin uzatılmasından doğacak yetkilerden vazgeçmeyi ya da bunların devrini içeren sözleşmeleri de geçersiz saydığı belirtilir. Diğer görüşe göre ise FSEK m. 53'ün TBK'na yaptığı atıf gereği alacağın temlik kapsamında müstakbel alacakların da tasarruf işlemlerine konu olabileceği ileri sürülmektedir⁸⁹. Şekillenmemiş, düşünce safhasında kalmış olan fikir, eser olmadığından korunmaz; fakat eserin mutlaka fiziki bir ortama tespit edilmesi şart değildir⁹⁰. Koruma için eserin tamamlanmış olması gerekmez⁹¹.

⁸⁶ BOZBEL, a.g.e., s. 251.

⁸⁷ EREL, a.g.e., s. 243; Üzerinde çalışılmakta olan FSEK Tasarısında 18/f. 2 de işverenin kullanabileceği hakların kapsamı "*mali haklar ile bu hakların kullanımının gerektirdiği ölçüde manevi haklar*" olarak belirlenmiştir. 19. 04. 2016 Tarihli TC. Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü Yayınlanmamış FSEK Tasarısı Çalışması Sunumu.

⁸⁸ ÖZTAN, **(Fikir ve Sanat)**, s. 552; 11. HD. 22.05.2008, E. 2007/4656, K. 2008/6765 (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim. T. 23.04.2012.

⁸⁹ AYİTER, a.g.e., s. 214, 215; BOZBEL, a.g.e., s. 251; EREL, a.g.e., s. 314, 315; Fransız Fikri mülkiyet kanunu yayın sözleşmesi ve temsil bakımından gelecekteki doğmamış hakkın tasarrufunu kabul etmiş, (m. 34, 43) diğer haklar için cevaz vermemiştir. Alman fikri mülkiyet kanunu da yazılı şekil şartına uyulmak suretiyle tüm doğmamış hakların tasarruf işlemine konu olabileceğini düzenlemiştir. (prg. 40), (AYİTER, a.g.e., s. 215, dñn. 40'dan naklen).

⁹⁰ Lionel BENTLY, Brad SHERMAN, **Intellectual Property Law**, Oxford University Press-2003, s. 79; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., 41, 42; TEKİNALP, a.g.e., s. 108, 109; "*Kural olarak telif ücretine hak kazanılması için eserin tamamlanmış ve teslim edilmiş*

Kanaatimce tamamlanmamış olsa dahi belli bir düzeye gelmiş fikri ürünün tamamlanmayan bu kısmı ile eser vasfı bulunmakta ise tasarrufa konu olabilecektir. Çünkü korunan eserdir. Eserin kullanma hakkını satın alan, eserin kendisini değil, faydalanma ve kullanma hakkını almıştır.

Tasarruf işlemi genellikle bir borçlandırıcı işlemle yüklenilen borcun ifası için yapılan ve tasarrufta bulunanın malvarlığının aktifini azaltan bir işlemdir⁹². Yargıtay, fikrî mülkiyet haklarında ileride yapılacak eser ile ilgili tasarrufta bulunmak üzere taahhütte bulunulabileceğini belirtir⁹³.

Koruma için fikirlerin şekillenmiş olması gerekir⁹⁴. Bu unsur, “*temellüke, tasarrufa elverişlilik*” olarak adlandırılır⁹⁵. Eserin, fiziki ortama tespit edilmesi de şart değildir. Bir konferansta açıklanan görüşler, herhangi bir şekilde kaydedilmemiş olsa bile sahibinin hususiyetini taşıyor ise korunur. Ancak güzel sanat eserleri ve sinematografik ürünler tespit edildikleri halde eser olarak nitelendirilirler⁹⁶. Eserin maddî bir ortama dönüştürülmesi ispat kolaylığı sağladığı gibi sahibinin ölümünden sonra da esere ulaşılmayı sağlar⁹⁷.

olması gerekir. Bazı hallerde, eser tamamlanmamış olsa bile şayet belli bir düzeye gelmiş ve sahibinin hususiyetini taşıyorsa FSEK 1/B ve 5. md anlamında “eser” olarak kabul edileceğinden, eser sahiplerinden olan yönetmen de telif ücretine hak kazanacaktır.” 11. HD. T. 03.02.2006, E. 2005/354, K. 2006/915.(Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 11.02.2013.

⁹¹ Bunun istisnası, TBK 501inci maddesi uyarınca bir veya birkaç kişiye bir eser meydana getirme siparişi veren yayıncının, vücuda getirilen eserle ilgili malî hakların sahibi olmasıdır. Yayıncı eseri meydana getirecek kimse ile malî hakların devrini taahhüt eden bir borçlandırıcı sözleşme yapar. Bu durumda malî hak ayrıca bir tasarruf muamelesi yapmaya gerek kalmadan yayıncıya ait olur. YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1527.

⁹² OĞUZMAN, BARLAS, a.g.e., s. 185.

⁹³ Davacı şirket ile Atilla İlhan ve dava dışı Ziya Öztan arasında düzenlenen 11.09.1997 tarihli sözleşme 5846 Sayılı FSEK 50. maddesi uyarınca ileride meydana getirilecek eserle ilgili taahhüt sözleşmesi niteliğinde olup, bu sözleşmenin 1 ve 4. maddeleri gereği “*O Sarışın Kurt*” adlı Atatürk filmi senaryosunun tamamının bulunduğu 544 sayfalık ve söz konusu senaryonun özeti ile tanıtımına ilişkin aynı adlı 62 sayfalık iki adet kitabın meydana getirildikten sonra çoğaltılarak yayınlanması sonucunda; 11.09.1997 tarihli taahhüt sözleşmesinin taraflarınca ifa edildiği ve neticede sözleşmede belirtilen malî hakların devrine dair tasarrufi işlemin gerçekleştirildiğinin de kabulü gerekir. 11. HD. T. 03.10.2013, E. 2013/11071, K. 2013/17411.www.uyap.gov.tr, Erişim T. 23. 08. 2016.

⁹⁴ SULUK, ORHAN, a.g.e., 143.

⁹⁵ SULUK, a.g.e., s. 135.

⁹⁶ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. I, s. 50, 51.

⁹⁷ BENTLY, SHERMAN, a.g.e., s. 79.

Dava açma hakkına ilişkin olarak kanunda “*Manevî veya malî hakları ihlal edilen kimse*” ve “*tecavüze uğrayan kimse*” gibi ifadeler bulunduğundan FSEK m. 70’de malî hakkın veya kullanma yetkisinin devrinde dava açma hakkını kimin kullanacağı açık değildir. Malî hak ile birlikte dava hakkı da devralana geçecektir⁹⁸. Malî hakkın sadece kullanma yetkisi devredildiğinde eser sahibinin tazminat dava hakkı devam eder. Bağlantılı hak sahipleri de eser sahibinin korunması ile ilgili olan tazminat davalarından yararlanabilir⁹⁹.

v. Basamak sistemi

Eserin izinli olarak ilk satışı yapılırken hak sahibi artık o ürünün serbest dolaşımına itiraz edemez. Eserin her yeni tüketiciye ulaşmasında hak sahibinin eserden yeniden ekonomik yararlanma hakkını elde etmesine basamak sistemi denir¹⁰⁰. Mali haklar yönünden eserin umuma her iletim şeklinde ve basamağında eser sahibi yeniden ücret talep edebilir¹⁰¹. Bir konser salonunda verilen konsere eser sahibince verilen izin sadece bu konsere ilişkin olup bu salon dışında verilen bir gösteri için ayrıca eser sahibinden izin alınması gerekir. Eser sahibi ayrıca ücreti hak edeceği gibi televizyonda yayınlanırsa bir kez daha ücret kazanacaktır¹⁰².

(2).Manevî hakların özellikleri

Eser sahibinin hakları çifte karakterlidir. Malî haklarla manevî haklar ayrımı suni bir ayrımdır¹⁰³. Koruma kapsamındaki kullanma ve men etme manevi haklarının temelini eser teşkil etmekte olup aralarındaki ayrım devren intikal eden haklar yönünden önem taşır¹⁰⁴.

⁹⁸ ARSLANLI, a.g.e., s. 209; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**) , s. 623.

⁹⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 283.

¹⁰⁰ A.e., s. 191; Gül OKUTAN, “**Exhaustion of Intellectual Property Rights:A-Non Tariff Barrier to International Trade?**” Annales XXX/46, 100 vd.

¹⁰¹ BOZBEL, a.g.e., s. 99, 100.

¹⁰² ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 349; ALICA, a.g.e., s. 1854.

¹⁰³ TEKİNALP, a.g.e., s. 160; ÖZTAN (**Fikir ve Sanat**), s. 536.

¹⁰⁴ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 618.

FSEK’de m. 14 vd.’nda düzenlenen manevî haklar sınırlı sayılı olarak düzenlenmiştir. Kanun’da sayılanlar dışında manevi hak çeşidi bulunmamaktadır. FSEK, eser sahibinin manevî haklarını adın belirtilmesi yetkisi (m.15/f. 1), eserde değişiklik yapılmasını menetme yetkisi (m. 16), eseri umuma arz yetkisi (m. 14), başlıkları altında düzenlemiştir.

Bir kısım manevî hakların kullanılma yetkisi bir başkasına bırakılabilir. Eser sahibi, FSEK m. 19 hükmü gereği m. 14/f. 1 hükmündeki “*eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma zamanını ve tarzını belirleme*”, m. 15/f. 1’deki “*eser sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama*” yetkilerini bir başka gerçek veya tüzel kişiye veya meslek birliğine bırakabilir. Burada hakkın kendisi değil, kullanım hakkı devredilmektedir. Üçüncü kişilerin manevî haklara yönelik ihlallerinde dava açma hakkı eser sahibinde kalır. Malî hakkın başkasına devri veya kullanım hakkının devrinde de manevî hak, eser sahibi veya icracı sanatçıya ait olmaya devam eder¹⁰⁵.

Manevi hak eser sahibi ile eseri arasındaki manevi bağdan, kişisel ilişkiden doğar. Eser sahibinin FSEK’de düzenlenen manevî hakları, daha çok eserin mahiyet ve hususiyetini bozan nitelikteki kamuya arz ve eserdeki değişiklikleri önleme ve ortadan kaldırılmasına ilişkin men ve ref yetkisi vererek tazminini sağlayan haklardır¹⁰⁶. Eser sahibine ait manevî hakların özellikleri şu şekilde sıralanabilir:

i. Sınırlı sayı

5846 sayılı FSEK m. 1/a eser sahiplerinin, bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcılarının, filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların, radyo-televizyon kuruluşlarının ürünleri üzerindeki manevî ve malî haklarını koruma altına almaktadır.

Eser sahibinin manevî hakları da mutlak haklardandır¹⁰⁷. Eşya hukukundaki sınırlı sayı ilkesi eşya üzerinde ancak kanun tarafından tanınmış hakların varlığına imkan

¹⁰⁵ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1887.

¹⁰⁶ TOSUN (**Manevi Haklar**), s. 84.

¹⁰⁷ AKSU, “**Kişilik**”, s. 126.

tanır. Fikrî haklarda üzerinde hakimiyet kurulan obje, gayrimaddî mal olduğundan gayrimaddî mallarda sadece belirli hakların var olup olmadığı incelenir¹⁰⁸.

TBK'nın kişilik haklarının zedelenmesi ile ilgili 58 inci maddesi ve TMK'nın 24 üncü maddesi kişilik haklarının ihlaline ilişkin çerçeve hükümler olup içeriğin belirlenmesi hakime bırakılmışken, FSEK'deki manevî haklar bundan farklı olarak sınırlı sayıldığından mezkur haklar dışında hakimnin takdir yetkisi yoktur¹⁰⁹.

Manevi haklar Kanun'da sınırlı sayıda olup, numerus clausus ilkesi hakimdir. Kimi yazarlar kanunda sayılan haklardan başka eser sahibine ait bir manevi hakkın bulunmadığını ileri sürerken kimi yazarlar da kişilik hukukundan doğan hakların da manevi haklar kapsamında eser sahibini koruyabileceği görüşünü savunmaktadırlar¹¹⁰. Yargıtay da FSEK'te düzenlenen manevi hakların sınırlı sayıda olduğunu kabul etmektedir. Kanaatimizce de manevi haklara ilişkin olarak doktrindeki sınırlı sayı görüşü isabetlidir. Zira kişilik haklarının manevi haklardan sayılarak koruma altına alınması gereksizdir. Kişilik haklarına ilişkin düzenleme genel nitelikte olup bu haklar her zaman koruma altında olan, vazgeçilemez haklardandır. FSEK' de sayılan manevi haklar ise kişinin eserinden dolayı kazanılmış haklar olup özel olarak düzenlenmiştir. FSEK m. 14/ f. 3'te de eser sahibinin kişilik hakları özel olarak koruma altına almıştır. Mali haklardaki genişlemeye müsait olma durumu manevi haklarda bulunmamaktadır. Kanunda sınırlı olarak sayılan manevi haklar dışında genişletme yoluyla yeni bir manevi hak ihdas edilemez.

¹⁰⁸ JÂNICH, VOLKER, Geistiges Eigentum-eine Komplementärerscheinung zum Sacheigentum?, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2002, s. 237, (BELLİCAN, a.g.t., s. 245'den naklen).

¹⁰⁹ Mustafa, Tufan ÖĞÜZ, **Türk Özel Hukuku**, C. II, Kişiler Hukuku 17. Baskı İstanbul 2016, s. 99; İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m., s. 75.

¹¹⁰ ARSLANLI, manevi haklarda sınırlı sayı ilkesini kabul etmeyerek kişilik hukukundan doğan hakların da eser sahibini koruyacağını savunur ARSLANLI, a.g.e., s. 80; Oysa manevî hakların ve kişilik hukukundan doğan hakların farklı hukukî menfaatleri koruduğu, birisi kişilikten kaynaklandığı diğeri ise eserden kaynaklandığı gerekçesi ile sınırlı sayı ilkesini reddeden bu görüş eleştirilir. Bkz. TEKİNALP, a.g.e., s. 162, 163; EREL, a.g.e., s. 135; ÖZTAN, a.g.e., s. 284.

ii. Mirasa konu olmama

Eser sahibi ile eseri arasındaki şahsi ve manevî bağ nedeniyle manevî hakları kullanma hakkı yaşamı boyunca kural olarak eser sahibine aittir¹¹¹. Eser sahibinin ölümü halinde manevi haklar terekesine dahil olmaz. Manevî haklar, esere sıkı sıkıya bağlı olup eser sahibinin ölümü sonrasında kanun gereği eser sahibinin Kanun'da belirtilen mirasçılara da tanınan haklardır¹¹².

iii. Hak sahibi tarafından kullanılma

Manevî haklar ancak eser sahibi tarafından kullanılır¹¹³. Mali haklar devralındığında, manevi haklar eser sahibinde kalmaya devam eder. Devralan eser sahibinin manevi haklarına riayet etmelidir. Manevi hakkın özü devredilemezse de manevi hakların kullanma yetkisinin şartları varsa gerek eser sahibinin mirasçıları, gerekse sağlar arası işlemle kullanım hakkının devrinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹¹⁴. FSEK m. 19 düzenlemesinden de bu anlaşılmaktadır. Eser sahibi de sağlığında aynı şekilde manevi hakkın kullanımını sözleşme ile devredebilir¹¹⁵.

Malî hakkı devralan kimse, eser sahibinin ölümünden sonra bir ölçüde bu yetkileri de haizdir. Malî hakkın devri birçok halde manevî yetkinin kullanılmasını da kapsar¹¹⁶. Eser sahibinin iradesi veya kanun gereği eser sahibi dışında bazı kişiler

¹¹¹ GÖKYAYLA, (**Telif Hakkı**), s. 141.

¹¹² TEKİNALP, a.g.e., 162-164.

¹¹³ “.. FSEK'nun 1. ve 2/3 maddesi uyarınca bir eserin sahibi onu meydana getiren kişidir. Davacı TSE 132 Sayılı Kanunla kurulmuş ve tüzel kişiliği haiz bir kurum olduğundan, esasen yaratıcı faaliyeti olmayan tüzel kişi davacının eser sahibi olduğundan da sözedilemez. Davacı TSE, 5846 Sayılı FSEK 10 /son ve/veya 18. maddesi uyarınca davaya konu yayınlar üzerinde yasa gereği mali hakları kullanma hakkına sahiptir, ancak manevi hak sahipliğinden sözedilemez. Buna rağmen davacı kurum yararına 5846 Sayılı FSEK 70/1. maddesi uyarınca manevi tazminata hükmedilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.” 11.HD, T. 04.02.2015, E. 2014/16277, K. 2015/1285, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 02.12.2015.

¹¹⁴ Eser hakkında bilgi verme manevi hakkının eser üzerinde bir mali hakkı kullanma hakkı sahibince kullanılacağı, bu nedenle hakkın kendisi değil kullanılması yetkisinin devredildiğinin kabulü yönünde AYİTER, a.g.e., s. 198.

¹¹⁵ TOSUN, (**Manevi Haklar**), s. 90.

¹¹⁶ AYİTER, a.g.e., s. 201 vd.; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 286.

tarafından manevî haklar kullanılabilir¹¹⁷. TEKİNALP malî hak sahibinin eserin değiştirilemeyeceğine ilişkin yetkiyi de haiz olacağını savunur¹¹⁸.

Tüzel kişilerde, eser sahipliği sıfatı tüzel kişiliğin organlarını meydana getiren gerçek kişiye, malî haklar ise kanun hükmü gereği çalıştırana aittir. Bu durumda tüzel kişi şirket, malî hak sahipliğinden dolayı manevî tazminat talebinde bulunamaz¹¹⁹.

FSEK m. 19/f. 1’de hakları kullanacak kimseler sıralanmış, m 14/f. 1 ve 15/f.1’de tanınan yetkileri bu kimselerin kullanabilecekleri düzenlenmiş ve bu şahıslara bazı malî hak sahipleri de eklenmiştir. Maddede adın belirtilmesi ile ilgili m. 15/f. 2 hükmüne atıf yapılmaması tereddüte yol açmaktadır. Doktrinde maddenin bu fıkrayı da kapsadığı, dolayısıyla eksikliğin bu yolla giderilebileceği görüşü savunulur¹²⁰. Çünkü çoğaltma yoluyla elde edilen nüshaların kopya ve işleme olduğunun belirtilmesi bunların üstüne isim konulmaması esas itibarıyla eseri yayımlama tarzı ve adın belirtilmesi ile ilgili hususlardır. Bu hususları kararlaştıracak olanlar da yine FSEK m. 19/f. 1 dolayısıyla aynı yetkililerdir.

FSEK m. 18/f. 2 hükmünce, aksi kararlaştırılmamışsa veya işin mahiyeti gereğinin dışında memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki mali haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişiler eser sahipliğinden doğan hakları, organlarını oluşturan gerçek kişilerce kullanırlar. Tüzel kişiler hakkında da mali hakların kullanılmasına ilişkin aynı

¹¹⁷ ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 288.

¹¹⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 164.

¹¹⁹ “...O halde, mahkemece davalılardan İ. Şadi A.’ın davacı şirkette çalıştığı dönemde meydana getirdiği davaya konu fotoğrafın işleme eser sahibi olduğu ve eser üzerindeki manevî hakların eser sahibine ait olacağı, ancak söz konusu işleme eserin malî haklarının ise davacı şirkete ait bulunduğu gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken...” 11. HD, T. 14.04.2011, E. 2009/5129, K. 2011/4350; “...davalı bankanın hazırladığı çalışmada, davacı tezinden esinlenildiği ve bu durumun FSEK’na aykırı olmadığı, aksinin kabulü halinde dahi taraflar arasında iş sözleşmesi bulunması ve davacının, davalı tarafından görevlendirilmesi karşısında, tazminat talebinde bulunulamayacağı...” 11.HD., T.17.04.2003, E.2002/11286, K. 2003/3882, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 03.04.2013.

¹²⁰ A.e., s. 163, 164; AYİTER, a.g.e., s. 201; EREL, a.g.e., s. 242.

kuralın uygulanacağına dair FSEK, çalıştırana lehine aksi ispat edilebilen, âdi bir karine getirmiştir¹²¹. Ancak tüzel kişiler manevî hak sahibi olmazlar¹²².

Manevî haklar esere bağlı olarak doğan bazı mutlak ve inhisari yetkiler oldukları için sağlararası işlemlerle devir edilemezler. Ancak manevî hakların kullanma yetkisi devredilebilir¹²³. Manevî haklar gibi manevî tazminat hakkı da devredilemez¹²⁴. Manevî hakların kullanım yetkisinin devrinde herhangi bir şekil şartı aranmaz¹²⁵. Manevî haklar, yayın sözleşmesine konu olamaz, hacz edilemez ve üzerlerinde herhangi bir taahhüt ve tasarruf işlemi yapılamaz. Malî haklar sözleşmeyle, devralana geçse de, manevî haklar eser sahibinde kalmaya devam eder¹²⁶. FSEK m. 19/f. 1 hükmü gereği eser sahibinin manevî hakları kullanma yetkisi verdiği kimseler manevî haklarına saldırı halinde gerekli davaları açabilse de eser sahibi tecavüzün

¹²¹ ATEŞ, (**Hakların Kapsamı**), s. 41.

¹²² Yargıtay kararında; Kanunda malî ve manevî hakların ayrı ayrı düzenlendiği, manevî hakların sınırlı olarak gösterildiği ve bu haklardan dolayı manevî tazminat isteme hakkının da manevî hak sahibine ait olduğunu, davaya konu eserin malî hak sahibi olan davacının bu eserden dolayı manevî tazminat isteyemeyeceğini belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur. 11. HD. T. 04.06.2001, E. 2001/2687, K. 2001/5080, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 10.05.2014.

“.. İşleme eser sahipliği sıfatı onu meydana getiren gerçek kişiye, malî haklar ise kanun hükmü gereği çalıştırana ait olduğuna göre, mahkemece davacı şirketin yukarıda açıklanan malî hak sahipliğinden dolayı manevî tazminat talebinde bulunamayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde davacı lehine manevî tazminata hükmedilmesi de doğru olmamıştır.” 11. HD T.14.04.2011, E. 2009/5129, K. 2011/4350, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 03.06.2012.

¹²³ AYİTER, a.g.e., s. 115 vd; TEKİNALP, a.g.e., s. 164; Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu CPI, L. 121-1 al. 3’de “*manevî hak, ebedi, devredilmez ve vazgeçilmezdir.*” der. Alman hukukunda manevi ve mali haklar bir bütün olarak tek hak içinde birleşmiştir. Hakların devrini konu alan sözleşmelerin batıl olacağı sonucu § 29’dan çıkarılmaktadır. Alex Metzger; Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, München 2002, s. 253, (İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m., s. 79’dan naklen); TOSUN, (**Manevi Haklar**), s. 69.;11.HD. T. 28.10.2013, E.2013/2602, K. 2013/18920, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 17.08.2014.

¹²⁴ AYİTER, a.g.e., s. 198; TEKİNALP, a., g.e., s. 331;EREL, a.g.e., s. 98; ATEŞ, (**Hakların Kapsamı**), s. 135; İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m., s. 80.

¹²⁵ 11. HD. T. 04. 06. 2008, E. 2007/5015, K. 2008/7374, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1527’den naklen).

¹²⁶ Yazar bunun kanunî yetkilendirme olduğunu ve manevî hakların terekeye dahil olmadığını belirtir. TEKİNALP, a.g.e., s. 162-164; “..5846 sayılı FSEK 16. maddesi uyarınca, eser sahibinin eserin bütünlüğüne yönelik değiştirmelerin önlenmesini isteme hakkı mevcut olup anılan manevî hak bir başkasına devredilemez. Bu nedenle, gerçekleştirilen tadilat projesinin 5846 sayılı FSEK 16. maddesi anlamında davacıya ait orijinal mimari projenin bütünlüğünü ihlal edip etmediği hususunda bilirkişi heyetinden ek görüş alınarak davacının manevî tazminat talebi hakkında bir karar verilmesi gerektiğinden kararın bozulması gerekmiştir.” . 11. HD.T. 26. 11. 2012, E. 2011/13977, K. 2012/19664, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 20. 04. 2014.

ref'ini dava ederse, eser üzerinde malî hak kazanan kimse ne ref davası ne de manevî tazminat davası açabilir. Taraflar arasında sadece malî hakların devrine ilişkin sözleşme yapılmış olması durumunda mahkemece FSEK m. 70/f. 1 gereği açılan manevî hakkın ihlaline dayalı tazminat talebi kabul edilemez¹²⁷.

Lisans sözleşmesi ile malî hakların tamamı veya bir bölümü devredilirken, bazı manevî hakları da lisans alanın kullanması kaçınılmazdır. Örneğin; lisans alan lisans verenden bir eserin çoğaltma ve yayma haklarının kullanım hakkını aldığı anda, bu hakları kullanmak için bir manevî hak olan kamuya sunma hakkını da kullanması mecburidir. İşte bu gibi durumlarda kanaatimizce manevî hakların devredilemeyeceği kuralını dar yorumlamak suretiyle somut olaya göre bu hakkın kullanımının da lisans alana verildiğini kabul etmek gerekir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 14. maddesi eserin umuma arz zamanını belirleme ve tayini hakkının eser sahibine ait olduğunu düzenlemektedir. Umuma arz ile ihlal eylemi eserin çoğaltılması ve yayımlanması ile gerçekleşebileceği gibi internet ortamında umuma arz ve sergide teşhir şekillerinde de olabilir¹²⁸.

Eserin umuma arzı ile bir anda oluşan ve artık geri alınamayan bir hukukî fiil meydana gelir, eser alenileşerek sınırlandırmalara, hacze, rehne konu olur. TEKİNALP, eserin umuma arz şeklini ve tarzını belirleme yetkisinin ilk kullanım ile sona ermeyeceğini savunur¹²⁹. Umuma arz eylemi tek defalık bir fiil olmasına rağmen Yargıtay umuma arz hakkının ilk defa kamuya sunma dışında sonradan malî hak sahibi olmayan kişiler tarafından izinsiz kamuya sunumları da engelleme yetkisi verdiğini, bu nedenle bu kimselerden manevî tazminat talep edilebileceğini

¹²⁷ BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 1074- 1076; Yazar, malî ve manevî haklar ayrımının suni bir ayrım olduğu, malî hakların devrinin manevî hakların da kullanılmasını kapsadığına dair Yargıtay kararının eleştirisinde; Eser sahibinin inhisari hakkı olan ve sözleşme ile de devredilemeyen hakların devrine ilişkin sözleşme ve verilen izinlerin hükümsüz sayılacağını, Kanun ile açıkça öngörülen manevî hakların malî hakları devralan hak sahipleri tarafından da kullanılabileceğini düşünmenin fikrî hak ilkelerine uzak olduğunu, eser sahibinin umuma arz hakkının başkalarınca kullanılamayacağı ve sözleşme ile de bundan vazgeçilemeyeceğini, adının belirtilmesi ve değişiklik yapılmasını ve bozulmaların önlenmesi hususundaki manevî hak ve yetkisinin malî hak sahibi tarafından kullanılmasının hak kavramına aykırı olduğunu, FSEK m. 52'deki malî haklara ilişkin sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve hakların ayrı ayrı gösterilmesinin ön görüldüğünü belirtmiştir. A.e, s. 1074- 1076.

¹²⁸ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1958.

¹²⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 154.

belirtir¹³⁰. Yargıtay, bunun aksini kabulün korsancılığa yol açacağını ve ihlali gerçekleştirenleri koruyacağını belirtmektedir¹³¹. Yargıtay'ın eserin önceden kamuya arzedilmiş olmasının manevî tazminat talep edilmesine engel olmayacağı yolundaki kararları da, korsanlıkla mücadele konusunda isabetli bir uygulama olsa da hakkın tükenmesi yönünden hatalı bir uygulamadır¹³². Eser sahibinin fikir dünyasında yer alan eserin umuma arzı ile birlikte fikir, sanat ve bilim dünyasının bir parçası haline gelir. Eserin, kamuya daha önceden arz edilmesi ile bu hak tükenir.

Öte yandan, Yargıtay 2010 tarihli bir kararında da malî hakların devredilmesiyle taraflar arasında farazî sözleşme ilişkisi doğduğunu ve bu sebeple de eser sahibinin manevî haklarından eserin umuma arzına da muvafakat ettiğini kabul etmiş ve bu

¹³⁰ 11. HD. T. 18. 02. 2013 E. 2012/2983, K. 2013/2745 sayılı kararında “...eserin daha önceden kamuya arzedilmiş olmasının bu hakkın tüketildiği sonucunu doğurmamasına göre eserin her izinsiz kullanılışında manevî tazminat hakkının bulunduğu kabul edilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile manevî tazminat talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir.” şeklindeki bozma gerekçesine karşın muhalefet şerhinde, “...Kanunun 14.maddesinde bir eserin umuma arz edilip edilmeyeceğini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibinin tayin edebileceği, umuma arzın bir anda vukûbulan, bir defalık hukukî fiil olup, bir defa gerçekleşikten sonra geri alınmasının mümkün olmadığı, eser sahibinin gizli (fikir) dünyasında yer alan eserin, kamuya sunulduğu andan itibaren fikir, sanat ve bilim dünyasının bir parçası haline geleceğini, dava konusu eserin dava konusu olaydan önce davacı eser sahibi tarafından kamuya arz edilmesi, davacı eser sahibinin manevî haklarından kamuya arz yetkisi hakkının dava konusu olay sebebiyle ihlal edilmediği, bu talebe ilişkin mahkemenin red kararının doğru olduğu,, belirtilerek eserin daha önceden kamuya arzedilmiş olmasının bu hakkının tüketildiğini belirtmiştir. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 20.11.2013.

Yargıtay'ın diğer bir kararında; “FSEK'nun 14/1 maddesinde belirtilen eser sahibinin kamuya sunma hakkı, eser alenileştikten sonra da devam eder ve izinsiz çoğaltma, yayma gibi her türlü malî haklara tecavüz oluşturan eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde eser sahibine, ihlal edilen malî hakların yanında, manevî hak tazminatı talep etme yetkisi de verir. Bu görüşün aksinin kabulü, eser sahibinin değil, korsancılığın korunması sonucunu doğurur. Zira, eğer korsan baskılarda eser sahibinin şeref ve haysiyetini zedeleyen bir durum da yoksa, eserin bir kez kamuya sunulmasıyla eser sahibinin manevî hakkının tükendiğinin benimsenmesi, eserin ‘eserin birebir kopyalarının’ korsan olarak piyasaya sunulması eylemini yapan kişilere karşı, eser sahibinin taleplerinin sadece malî haklar ile sınırlı olduğunun kabulü demektir ki, bu durumda, eser sahibinin kişiliğinin bir parçası olarak sahibi bulunduğu manevî haklarından olan kamuya sunma hakkının zarar görmeyeceği kabul edilemez.”, 11. HD. T. 25.04.2007, E. 2006/3297, K. 2007/6264, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1959’dan naklen).

¹³¹ Yapımcı olan davacının 1966 tarihli “Senede Bir Gün “ isimli sinema filminin bir bölümünün davalı tarafından izinsiz reklam filminde kullanılması nedeniyle açılan davada Yargıtay dairesinin 28.02.2008 tarih, 2007/576 Esas 2008/2292 Karar sayılı ilamında da belirtildiği gibi umuma arz yetkisinin ihlal edilmiş olduğundan manevî tazminatın da istenebileceği belirtilmiştir. 11.HD. 08. 12. 2015, E. 2015/5432, K. 2015/13111, www.uyap.gov.tr; Aynı yönde, HGK. T. 02.04.2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1960’dan naklen).

¹³² 11. HD. T. 18.02.2013, E. 2012/2983, K. 2013/2745, (Çevrimiçi)www.uyap.gov.tr, Erişim T. 23. 09.2016.

eylemde eser sahibinin adının belirtilmesi hakkına yönelik bir ihlal olmadığı görüşünü benimseyerek kanaatimizce hatalı bir şekilde manevî tazminatın reddini içeren hükmü onaylamıştır¹³³. Kanaatimizce eser sahibinin mali ve manevi hakları birbirinden bağımsız haklar olduğundan, mali hakka ilişkin kurulduğu düşünülen farazi sözleşme, eser sahibinin umuma arz manevi hakkını ortadan kaldırmaz.

Umuma arz ile kastedilen, yaratılan bir eserin ilk kez toplumun bilgisine taşınmasıdır. Eser yaratıldığı anda korunur. Ancak eser sahibi eserini kendi kişisel alanında tutmak yahut ailesi, arkadaş grubu gibi insanların erişimine mümkün kılmak isteyebilir. Eser sahibinin manevi hakları esere yansıyan kişiliği ile eser sahibi arasında mevcut bir bağın ifadesi olduğundan umuma arzedilip edilmemesi hakkında karar verme hakkı da ona aittir. Kişi eserini kamuya sunmadan önce üzerinde değişiklik yapmak isteyebileceği gibi yetersiz görerek kamuya sunmak da istemeyebilir. Bu nedenle eseri kamuya sunup sunmama, hangi koşullarda sunulacağını belirleme hakkı eser sahibinindir. Bu hak tanınmamış olsaydı üçüncü kişiler tarafından kamuya arzı düşünülmeyen bir eserin, eser sahibinin izni olmadan umuma arzı ile onun esere yansıyan kişiliğine zarar verilebilirdi. Kamunun bilgisine ulaştığı andan itibaren eser üzerindeki bu manevi hak doğası gereği yok olur. Nitekim marka, patent tasarım gibi sınai mülkiyet alanında da tükenme prensibi vardır. Eserin umuma arzı ile eser ifşa edilir, açığa vurulur, gizliliği kaldırılır. Alenileşen bir eser tekrar tekrar ifşası mümkün olmadığından hak tükenmiştir. Eserin ilk kez umuma arzı sonrasında eserin çoğaltılarak izinli veya izinsiz yayımlanması, dağıtılması 14üncü madde kapsamındaki manevi hak ihlali olmayıp, FSEK m. 20 ve devamındaki mali hakların ihlali niteliğindedir. Bu nedenle Yargıtay'ın bu kararlarına katılmamaktayız. Eserin umuma arz yeri, zamanı, tarzı bu hakkın içinde bulunan ve hakkın özünü teşkil eden haklardır. Bu nedenle umuma arz sonrasında yeni bir umuma arz eylemi manevi hak ihlali oluşturmaz.

¹³³ 11. H.D., T. 24.11.2010, E. 2010/11881, K. 2010/11992, (OĞUZ, ÖZDEN, a.g.m. 960'dan naklen).

Fransız ve Alman hukukunda da umuma arz konusunda hakkın tükeneceği yolunda bir görüş bulunduğu gibi, her form ve kanalın yeni bir umuma arz oluşturduğu görüşü de bulunmaktadır¹³⁴.

Eser sahibinin eseri adı ile veya takma adı ile ya da adsız olarak, kamuya sunma veya yayımlama konusunda karar verme hakları manevî haklardandır. Hakkın ihlâli, adının belirtilmesini istemediği halde eser sahibinin adının esere konulması şeklinde veya adının belirtilmesini isterken hiç belirtilmemiş, yanlış, eksik ya da karışıklığa neden olacak şekilde esere konulması şeklinde olabilir¹³⁵.

Manevî haklara yönelik tecavüzlere karşı eser sahibinin FSEK m. 19/f.1 gereği sağlararası bir işlemle manevî hakların kullanılması yetkisini üçüncü bir kişiye bırakması halinde, yetkilendirilen kimse sahibinin adıyla veya adsız olarak ya da müstear adla eseri kamuya arz etme, zaman ve tarzını belirleme yetkisine sahip olur. Bu yetkiler arasında, üçüncü kişilerin eser sahibinin manevî haklarına tecavüz eylemlerine karşı dava açma hakkı yoktur¹³⁶.

Eser sahibinin kanundan kaynaklanan manevi haklarını uzun süre kullanmadığı takdirde daha sonra bu haklara dayanarak dava açması TMK m. 2 hükmüne aykırılık teşkil edebilir¹³⁷.

Eserin kendisine ait olduğunu ispatlayamayan kimsenin iddiasının aksinin ispatlanması ile kişinin intihalde bulunduğu tespit edilir¹³⁸. İntihal, başkalarının

¹³⁴ CARON, Droit d'Auteur et Droits Voisins, 231 ;Desbois, 479-480;LAPORTE- LEGEAİS, MARİE- EUGÉNİE, Le Droit de Divulgateion de l'Auteur s'épuise par la Première Communication Au Public, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, no 50, 12 Aralık 2012, 1806, www.lexisnexis.com,6;ADANEY, 233-234, (TOSUN, **(Manevi Haklar)**, s. 105-113'den naklen)

¹³⁵ TEKİNALP, s. 160-161, 313; ERDİL, a.g.e., s. 420; ATEŞ, a.g.m., s. 53.

¹³⁶ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1889; Fethi MERDİVAN, **"Manevî Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması ve Yakınların Dava Hakkı (Konuyla İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)**, FMR Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y. 15, C.15, S. 2014/1, s. 116-118.

¹³⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 162; ÖZTAN, **(Fikir ve Sanat)**, a.g.e., s. 333; 11 HD. 14.10.2004, E. 29774, K. 2004/9844, (SULUK, ORHAN, a.g.e. s. 343 den naklen).

¹³⁸ YHGK 2003 tarihli kararında intihali, *"...Sözlük anlamı itibarıyla aşırma, başkasına ait bir eseri kendisininmiş gibi gösterme (Ferit Devellioğlu-Neval Kılıçkını: **Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, Rafet Zaimler Kitabevi, İstanbul, 1983, s. 161); Kaynak göstermeksizin başkasının eserinden parça alma (Dr. Ejder Yılmaz:**Hukuk Sözlüğü**, Doruk Yayınları Ankara 1976, s. 72) şeklinde tanımlamış ve hukuk düzenince de bu anlam yüklenerek yasaklanmıştır. (FSEK md 66*

düşüncelerini, görüşlerini kaynağını bildirmeden ve atıfta bulunmadan bilinçli olarak ya da farkında olmadan alıp kullanmak yoluyla olur. AYİTER eser sahibinin tespiti davasının intihali de kapsayacağını savunurken¹³⁹ TEKİNALP ve EREL aksi düşünce dedir¹⁴⁰. Kanaatimizce tespit davası intihali kapsamakta ise de intihal halinde tespit davasının ötesinde tecavüze yönelik davaların ve buna bağlı tazminat davalarının açılması, daha uygundur. Örneğin atıf göstererek alınan bir eserde alıntı miktarının % 60 oranında olduğu durumda kanaatimizce iktibas sınırları aşılmıştır. Eser sahipliğinden doğan çoğaltma, yayma ve işleme türündeki mali hakların ihlali dışında, birçok kelime ve anlatım tarzı değiştirilmeden, kaynakça ve içindekiler kısmı olduğu gibi alıntılanarak yazılan kitap, eser sahibinin kamuya arz, adın belirtilmesi türündeki manevi haklarını da ihlal etmektedir¹⁴¹.

Eser sahibi veya yetkilendirdiği kimse FSEK m. 14 gereği eseri umuma arz edebilir.

vd.). *İntihal tam veya kısmi nitelikte olabilir. İster tam, ister kısmi nitelikte olsun, intihalin (aşırmanın, çalıntının) varlığında, buna maruz kalan eser sahibi, hukukun kendisine tanıdığı yasal yollara başvurma hakkına sahiptir.*” şeklinde açıklamıştır. YHGK. 29.01.2003, E. 2003/4-47, K. 2003/37, (Ayşenur ŞAHİN, **Fikrî hukukta Eser Sahibinin malî Haklarının Korunması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 337’den naklen); Yargıtay’ın 2015 tarihli diğer bir kararında “*Asıl davada Berlin Kapları filminin senaryosunun müvekkilinin “Lambalı Saz” adlı senaryosunun izinsiz değiştirilmesi ile oluşturulduğunu ileri sürerek FSEK m. 15/3 uyarınca senaryonun müvekkiline ait olduğunun tespitini ve bu senaryolar ile Berlin Kapları isimli sinema filminin senaryosunun gerçek sahibi olduğunun tespitini talep etmiş mahkemece dava konusu iki öykünün birbirinden detaylı şekilde izaha gerek olmayacak biçimde farklı olduğu, öykülerin hususiyetini oluşturan karakterler, olay örgüsü ya da temel çatışmalar bağlamında hiçbir benzerliğin mevcut bulunmadığı, bu nedenle intihalin varlığından söz edilemeyeceği gerekçesiyle asıl davanın kabulüne davacının Berlin Kapları isimli eserinin davalıya ait senaryo ile intihal yolu ile tecavüz olmadığının tespitine ve muarazanın menine*” karar vermiş, karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T. 19. 06. 2015, E. 2015/2348, K. 2015/8565, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 25. 07. 2015.

¹³⁹ AYİTER, a.g.e., s.119 vd.

¹⁴⁰ DREYER, KOTTHAFF, MECKEL (2004), Anhang prg. 23, 24, N. 3, (TEKİNALP, a.g.e., s. 309’dan naklen), Yazar, intihalde kanunda belirtilen tecavüzün menî, ref’i ve tazminat davalarının açılabilirliğini; eser sahipliğinin tespiti davasında ise amacın ya anonim olan veya sahibinin adı konulmadan yayınlanan eseri eser sahibine bağlamak yoluyla yanlışlığı düzeltmek, ya da karıştırılmayı ortadan kaldırmak olduğunu belirtir; A.e. 309; EREL, a.g.e., s.121.

¹⁴¹ Fransız hukukunda da intihal adını belirtilmesi hakkının ihlalinden doğan taleplerle değerlendirilmektedir. Akademik çalışmanın izinsiz kopyalanmasına ilişkin bir doktora tezinde diğer bir tezden intihal değerlendirmesinde eserin jüri önünde savunulması ve kütüphaneye zorunlu olarak depo edilmesinin umuma arz hakkı olarak kabul edilmemiştir. Cour d’Appel Douai, Ch. 1, 3 Temmuz 2012, Numéro- JurisData:2012-021835, www.lexisnexis.com, (TOSUN, **(Manevi Haklar)**, s. 127’den naklen).

Bir sergiye katılan sanatçıların isimlerinin karışık olarak yazılması ve hangi eserin hangi sanatçıya ait olduğunun anlaşılamaması halinde de eser sahibinin manevî hakları ihlal edilmektedir¹⁴². Kişinin eseri olan albümlerinin üzerinde adı ve soyadının bulunmaması durumunda, FSEK m. 15 hükmü gereği, manevî hakkı ihlal edilmiştir. Sadece albümün bilgi ve tanıtım formlarında adının yazılı olmaması halinde ise hak sahibi TBK m. 58 hükmü uyarınca tazminata hak kazanır¹⁴³.

FSEK m. 16 hükmüne göre eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz. Yapılan bu tür değişiklikler ile eser sahibinin manevî hakkının ihlali şeklinde hukuka aykırılık oluşturur¹⁴⁴.

Eser sahibinin yayın sözleşmesi ile çoğaltma ve yayma hakkını devrettiği yayınevi bu çoğaltma ve yayma işlemini TBK m. 492 hükmüne göre hiçbir değişiklik yapmadan kullanmalı ve eseri özgün şekli ile çoğaltarak, yayımlamalıdır. Aksi halde bu durumda sözleşmeye aykırılığın yanı sıra, FSEK m. 16 hükmü gereğince yayınevi sahibi, eser sahibinin manevî hakkını da ihlâl etmiş olur¹⁴⁵. Yayıncı yayıncı, sözleşmede kararlaştırılan süre veya tarzda bu hakkı kullanmazsa eseri

¹⁴² SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 332.

¹⁴³ 11. H.D, T. 26.9.2005, E. 2004/11441, K. 2005/8692, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 20.10.2012. Mahkemenin kararı Yargıtay'ca, davacının 5846 sayılı FSEK'den kaynaklanan manevî haklarının ihlali ile BK.49'a (TBK 58) göre şahsiyet haklarının tecavüze uğramasından dolayı talep edilen manevî tazminattan adı geçen davalıların müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaklarının dikkate alınmaksızın mahkemece davalılar aleyhine ayrı ayrı manevî tazminata hükmedilmesi ve ayrıca 5846 sayılı FSEK. ile BK.49'dan kaynaklanan dolayısıyla da farklı hukukî nedenlere dayalı olarak hükmedilecek manevî tazminat miktarlarının da kararda ayrı ayrı belirtilmesi suretiyle takdir edilen manevî tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesi gerekçesiyle bozulmuştur. 11 HD. T. 05.07.2012, E. 2011/3590, K. 2012/12065, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 14.05.2014.

¹⁴⁴ BOZBEL, a.g.e., s. 161;“..Davacının, mimari projesi kendisine ait olan davalıya ait villada izni alınmaksızın ilave ve değişiklikler yapıldığından, işleme hakkına tecavüz edildiğinden bahisle maddî ve manevî tazminatın haksız eylem tarihinden itibaren faiziyle tahsiline karar verilmesini talep ettiği davada, bilirkişi incelemesi sonucunda, İmar Müdürlüğünce davacıya ait olduğu onaylanan projeye göre villada yapılan değişikliklerin binanın dış görünüşü ile planını önemli ölçüde değiştirdiği tespit edildiğinden, mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar yerindedir.” 11. HD., T. 6.7.1998. E. 1998/3202 K. 1998/5147.

¹⁴⁵ Nisim FRANKO, “Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri (BK 373-381)”, Ankara -1981, s. 148 vd.

kamuya sunma yahut eserin bütünlük ve özelliğini koruma hususundaki manevî haklar da ihlal edilmiş olmaktadır¹⁴⁶.

Mimari eserlerde eser sahibi eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkına sahiptir. Estetik değere sahip mimari yapılarda eser sahibinin adının, eserin görülen bir yerine, onun uygun göreceği bir malzeme ile silinmeyecek bir şekilde yazılması gerekir. Bu hak sadece eser üzerinde onun mesleki şeref ve itibarını zedeleyecek, kötü bir şöhret sağlayacak ve doğrudan doğruya ona izafe edilecek değişiklikler yapmamasına ilişkindir. FSEK m. 67/ son fıkrası uyarınca eski halin iadesinin mümkün olup olmadığı, değişikliğin izalesinin ammenin veya malikin menfaatlerini esaslı surette haleldar edip etmediği hususlarının araştırılması gerekmektedir¹⁴⁷.

Eser sahibi adın belirtilmesi ve eserin bütünlüğünün korunmasını isteyebilir¹⁴⁸. Eser sahibi eski hale iade ile birlikte terditli olarak tazminat talebinde de bulunabilir¹⁴⁹. TEKİNALP, maddedeki “*malikin menfaatleri*” kavramının dar yorumlanmaması ve maliklerin değişikliğe teşvik edilmemesi ve bunun tehlikeli olmadığı inancını yerleştirmemesi gerektiğini savunur¹⁵⁰.

iv. Manevi Haklarda Koruma Süresi Sorunu

Kanun’da manevi hakların bir süre ile sınırlı olarak korunduğuna dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun’un 26ncı maddesinde, “*Eser sahibine tanınan mali haklar, zamanla mukayyettir.*” ifadesiyle mali haklarda korumanın sınırlı süre olduğu açıkça belirtilmiştir. Manevi haklarda ise böyle bir süre Kanun’da bulunmamaktadır. Öte yandan FSEK m. 19’a, 4630 sayılı Kanun ile eklenen fıkra da ise “*Eser sahibinin ölümünden sonra, yukarıdaki fıkra da sayılan kimseler, eser sahibine 14, 15 ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları eser sahibinin*

¹⁴⁶ EREL, a.g.e., s. 349.

¹⁴⁷ 11.HD. T. 09.06.2014, E. 2014/4659, K. 2014/10942, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 12.08.2014.

¹⁴⁸ KOCATÜRK, a.g.m., s. 20-22; Berlin İstinaf Mahkemesinin bir kararında bir mimarın bahçe düzenlemesine çok büyük ölçüde bir heykel eklenmesini eserin bütünlüğünün ihlali olarak yorumlamıştır. KG, 9 Şubat 2001-5U 9667/00:ZUM 2001, 591. Dreier, s. 104, (TOSUN, (Manevi Haklar), s. 177’den naklen).

¹⁴⁹ 11.HD. T. 09.06.2014, E. 2014/4659, K. 2014/10942, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 12. 08. 2014.

¹⁵⁰ A.e., s. 316.

ölümünden itibaren 70 yıl kendi namlarına kullanabilirler.” düzenlemesi ile eser sahibine tanınan bazı manevi hakların eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl korunacağını belirtmektedir¹⁵¹.

Alman hukukunda eser sahipliği ve monist teori kişilik haklarından hareketle manevi ve mali hak ayırımı yapılmaksızın eser üzerindeki hakları süreyle sınırlandırmıştır¹⁵².

Kanaatimizce eser ile eser sahibi arasındaki bağı sağlayan ve eserdeki hususiyetin değişmesini önleyen bu hakların belli bir süre ile sınırlı olmaması sürekli bir koruma altında olması gerekir. Buna karşın 19 uncu maddede düzenlenen süre gözönüne alındığında Kanun’da süre bulunduğu, Kanun Tasarısında ise manevi haklarda koruma süresine ilişkin tereddütleri önleyecek net bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

2. Hukuka Aykırılık: İhlalin Bir Haksız Fiil Oluşturması

Borç ilişkisi iradi yahut irade dışı doğar. İradeye bağlı olan borç bu iradenin arzu ettiği sonucun meydana gelmesi şeklinde hukukî ilişkiden doğan borç olabileceği gibi iradenin kusurlu olması dolayısıyla başkasına ika edilen zararı tazmin borcu doğuran haksız fiilden doğan borç şeklinde de doğabilir¹⁵³. Haksız fiil hukuk düzeninin izin vermediği ve hoş karşılamadığı zarar verici eylem ve davranışlardır¹⁵⁴. Fiil, kusurlu bir davranış ile meydana geleceği gibi zararın tazmini için kusur aranmayan sorumluluk halleri de haksız fiil sorumluluğuna dayanır¹⁵⁵. İhlal fiili;

¹⁵¹ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 409.

¹⁵² TOSUN, (**Manevi Haklar**), s. 35.

¹⁵³ OĞUZMAN, ÖZ, II, s. 291; EREN, (**Genel Hükümler**), s. 508.

¹⁵⁴ AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, a.g.e., s. 88.

¹⁵⁵ OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 140; Ahmet M, KILIÇOĞLU, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara 2004, s. 27; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, s. 35 vd.; EREN, (**Genel Hükümler**), s. 513 vd. Bir eda davası olan tazminat davasında, uğranılan maddî veya manevî zarara ilişkin talep edilen tazminatı davalının tazmini için eser sahipliğinden doğan bir hakkın ihlal edilmiş olması ve bu ihlalin hukuka aykırı olması gerekir.

aynî veya nispi haklara ilişkin olabileceği gibi fikri haklara veya kişilik haklarına tecavüz şeklinde de olabilir¹⁵⁶.

Eser sahibinin hakları herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklar olup bu hakların ihlalleri hukuka aykırılık oluşturur¹⁵⁷. Bu tecavüzün objektif olarak hukuka aykırı olması gerekli ve yeterlidir¹⁵⁸. Hukuka aykırılık hukuka uygunluk nedeni olmaksızın kişinin malvarlığı ve kişilik haklarını koruyan veya bu amacı güden emredici davranış kurallarının ihlalidir¹⁵⁹. Türk hukukunda genel hukuka uygunluk sebepleri TBK m. 63 hükmündeki rıza, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücü ile koruması ve zorunluluk halleridir. Hukuka uygunluk şartları varsa fiil baştan beri hukuka aykırı değildir¹⁶⁰. Bir davada hukuka uygunluk sebebi bulunduğunu iddia eden bu sebebi ispatlamak zorundadır. Hukuka uygunluk sebebinin ortadan kalktığını, hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişinin de bu iddiasını ispat etmesi gerekir¹⁶¹.

Fikri hak ihlallerinde açılan davalarda nispi nitelikteki ve herkese karşı ileri sürülemeyen, sözleşmesel talep hakları bu davaların dayanağı olamaz¹⁶². Taraflar arasında sözleşme var; fakat sözleşmesel ilişkinin aşılması suretiyle bir ihlal gerçekleşmiş ise bu takdirde haksız fiil gerçekleşmiş ve bir hukuka aykırılık oluşmuştur.

¹⁵⁶ GÜMÜŞ, a.g.e. s. 237; Nispi hak ihlali kural olarak haksız fiil sorumluluğuna yol açmaz. Ancak sözleşmenin ihlali dışında sözleşmesel ilişkinin aşılması sonucu bir haksız fiil meydana gelebilir.

¹⁵⁷ KARAHASAN, (Sorumluluk), 1998, prg. 3. N. 5; TEKİNALP, a.g.e., s. 307.

¹⁵⁸ EREL, a.g.e. s. 331; KILIÇOĞLU, (Fikrî Haklar), s. 431; ARSLANLI, a.g.e., s. 211; Objektif hukuka aykırılık teorisi emredici hukuk kuralı niteliğindeki genel davranış normlarına aykırılığı, subjektif hukuka aykırılık teorisi ise zarar verici fiil ancak failin böyle bir fiili işlemeye yetkili olmaması halinde hukuka aykırılığı kabul eder. EREN, (Genel Hükümler), s. 606.

¹⁵⁹ EREN, (Genel Hükümler), s. 608.

¹⁶⁰ TEKİNALP, a.g.e., s. 307; EREN, a.g.e., s. 623.

¹⁶¹ BGH, GRUR 1960, s. 502, (ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), a.g.e. s. 622'den naklen).

¹⁶² A.e., s. 624; FSEK kapsamında sözleşmeye dayalı genel hükümlere ilişkin maddeler FSEK m. 9, 10, 11, 15/f. 3, m. 54, 58/f. 4, 62/f. 3, 4, 83/f. 5, 84/f. 2, 85/f. 3, 4, 86/f. 3, 4, Ek m. 5/f. 4 vb. gibi maddeler sayılabilir.

Bir şeyin zarara uğraması veya yokedilmesi ile o şey üzerindeki mülkiyet hakkı veya sınırlı aynı hak ihlal edilmiş olur. Aynı şekilde telif hakkı gibi fikrî haklar, patent, marka gibi sınai haklar veya ticaret ünvanı, kişilik hakları da başkalarının, bu hakların sahibine ait bulunan haklara yönelik, hukuka aykırı bir fiilde bulunmasıyla ihlal edilmiş olurlar. Bu hallerde hakkın ihlal edilmesi ile hukuka aykırılık kendiliğinden gerçekleşir¹⁶³.

Toplumda kişilerin zarardan korunmaları amacıyla hukuk düzeninin koyduğu emirler ve yasaklar içeren genel davranış kurallarına aykırı eylemler hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı eylem bir davranışta bulunma, bir yapma veya yapılmaması gereken bir davranışta bulunma şeklinde olabilir¹⁶⁴. Haksız fiil, maddî ve manevî hakların korunması için konulan normların çiğnenmesi ile ortaya çıkar. Bu haklar herkes tarafından da ihlâl edilebileceğinden eser sahibi de bu hakların ihlâl edilmemesini herkesten talep edebilir. Eserin sahibi dışında, onun iradesi dışında hiç kimse bu haklar üzerinde tasarrufta bulunamaz¹⁶⁵. Eser sahibine kanun ile tanınan ve herkese karşı ileri sürülebilen manevî ve malî haklarının ihlâl edilmesi, haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunu oluşturur.

Eser üzerindeki haklardaki tasarruflar eser sahibinin malî haklarının devri ya da kullanımın devri şeklinde olduğunda, sözleşmeye aykırılık bu hakların kullanım sınırlarının aşılması şeklinde olur. Bu durum eser sahibinin devretmediği birtakım hakların ihlali niteliğinde olduğundan haksız fiil oluşturur¹⁶⁶. Sözleşmeye aykırılıkta eser sahibi veya halefleri bu ihlale dayanarak sözleşmeyi fesih hakkına sahip olacak ve malî haklarını geri alabilecek veya sözleşmenin feshinden doğan zararlarını talep

¹⁶³ OFTİNGER, I, prg. 4, II, 112-114; TUHR, SIEGWART, I, prg. 64, II, TANDOĞAN, (**Mes'uliyet Hukuku**), s. 17-21 den naklen); TEKİNALP, a.g.e., s. 307.

¹⁶⁴ Subjektif teori veya olumsuz hukuka aykırılık teorisi de denilen görüş hukuka aykırılığı zarar verenin bu zarar verici davranışta bulunmaya yetkili ve izinli olmaması şeklinde tanımlar. BECKER, Art 41, N. 25, 37, (OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 14'den naklen); Objektif veya normatif teori de denilen ve bugün baskın olan görüşe göre hukuka aykırılık zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmaktır. VON TUHR, PETER prg 46, II, s. 408; GUHL, MERZ, KUMMER, s. 165 vd, OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 14, 15'den naklen); TANDOĞAN, (**Mes'uliyet Hukuku**) s. 18; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 476.

¹⁶⁵ Safa REİSOĞLU, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1993, 18. Bası Beta Yayınları, s. 138, 139; TEKİNALP, a.g.e., s. 7.

¹⁶⁶ KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**) s. 430; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 617; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C.II, s. 1855.

edebilecektir. Sözleşmesel ilişkiye veya ihlalde bulunanın kanundan doğan sorumluluğuna dayanılması açısından eser sahibi seçimlik bir hakka sahiptir¹⁶⁷.

Eser sahibi eserinde değişiklik yapılmasına yazılı olarak izin verebileceği gibi haklı sebepler bulunduğu bu izni geri de alabilir. Eser sahibi uzun süre FSEK m. 16 hükmünden doğan eserde değişiklik yapılmasını men etmek yetkisine dayalı haklarını kullanmayarak dava açtığı takdirde TMK m. 2 gereği hakkın kötüye kullanılması savunması ile karşılaşır¹⁶⁸.

a.Manevî hak ihlali

Kanunda sınırlı olarak sayılan manevî hakların ihlali; Eserin, eser sahibinin izni olmadan ya da isteğine aykırı olarak kamuya sunulması, eser sahibinin adının veya eserin adının gösterilmemesi yahut hatalı gösterilmesi, başkasına ait eserin kendisine ya da farklı birine ait bir ürün olarak gösterilmesi şeklinde olabilir. Eserin içeriğinde izinsiz yahut kanun hükümleri dışında değişiklikler yapılması, izin alınsa dahi eserin bir işlenme olduğunun gizlenmesi, iktibas sınırlarının aşılması, kaynak gösterilmemesi ya da yanlış kaynak gösterilmesi manevi hak ihlali şekillerindendir¹⁶⁹. Eser sahibinin manevî haklarının ihlali de bir haksız fiildir. Bu ihlaller sonucu hak sahibi ref ve men davalarını açabileceği gibi manevî tazminat da talep edebilecektir.

Manevi haklara ilişkin Fransa ‘da 1791 ve 1793 yıllarında çıkartılan kanunlarda düzenleme olmasa da eser sahibinin eseri üzerindeki hakkından bahsedilmiştir¹⁷⁰.

¹⁶⁷ SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 270, 271; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 981.

¹⁶⁸ 11.HD. 29. 01. 1999, E. 1998/10031, K. 1999/250, YKD, C. 25, S. 5, s. 644 vd., TEKİNALP, a.g.e., s. 173.

¹⁶⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 160;BOZBEL, a.g.e., s. 152;YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1956; “Somut olayda davacı tarafından hazırlanan kitap gelmiş geçmiş kadın hat sanatçıları ve onların eserleri hakkında bilgi verilip örnekleri sunulduğu ilmi nitelikli derleme eser mahiyetindedir.Davacı vekilinin dava dilekçesinde belirttiği üzere intihal konusu eserler haziran 2010 tarihinde düzenlenen Uluslararası Kadın Hattatlar Sempozyumu ve İcazet töreninde sergilenip umuma arzedilmiştir. Dava konusu kitaba alınan eserlerde eser sahiplerinin kim olduğu hususu açıklandığı gibi iltibas edilen eser sayısında da dürüstlük kuralının haklı göstereceği ölçüye uygun davranılmıştır. Açıklanan bu hususlar gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulü doğru görülmemiştir.” 11. HD. T. 08. 06. 2015, E. 2015/2375, K. 2015/7873, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr. Erişim T. 23. 06. 2015.

¹⁷⁰ TOSUN, (Manevi Haklar), s. 61-63.

1966 tarihli Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu UrhG'nin yürürlüğe girmesinden önceki kanunlarda manevi hak ve içerdiği yetkiler düzenlenmemiştir. Bu kanunlar ile “Eser üzerindeki hakların devri halinde, -devralan -aksi sözleşmede düzenlenmediği takdirde eserde değiştirme, ekleme, ya da eksiltme yapamaz.” hükümleri vardı. Ancak manevi haklar ilk kez mahkeme kararlarıyla ortaya çıkmıştır¹⁷¹. AB Direktiflerinde manevi haklara ilişkin düzenleme bulunmamakta; ancak 2001/29 Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Haklarının ve Bağlantılı Hakların Bazı Hususlarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Direktifin 19 uncu maddesinde manevi hakların direktifin dışında kalacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde 2006/116 sayılı Eser Sahibi Haklarının ve Bazı Bağlantılı Hakların Koruma Sürelerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin Direktif 9 uncu maddesi de manevi haklarla ilgili devlet düzenlemelerinin etkilenmeyeceğini belirtmiştir. 2004/48 sayılı Fikri Hakların Güvence Altına Alınmasına İlişkin Direktif'in 13 üncü maddesinde mali hak ihlalinde, ihlalin yaratacağı manevi zararın da hesaba katılacağı düzenlenmiş, 2007/65 sayılı Üye Devletlerde İdari İşlem ya da Kanunlarla Belirlenmiş Bazı Düzenlemelerin Eşgüdümü Amaçlı Televizyon Yapımlarının Kontrol Edilmesine Dair 89/55 sayılı Direktifin Değiştirilmesine Dair Direktif'in 11inci maddesinde TV programı içine yerleştirilen reklam veya tele alışverişlerin eser bütünlüğünü zedelememesi için gerekli önlemlerden bahsedilmiştir.

FSEK m. 70 gereği manevî tazminat talep edilebilmesi için koruma süresi sınırlaması olmaksızın eser sahibine ait manevî hakkın hukuka aykırı bir fiil sonucu ihlali gerekir. Bu ihlal sözleşmenin ihlali şeklinde olabileceği gibi haksız fiil olarak sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişi tarafından da gerçekleştirilebilir. Eserin malî haklarını kullanım ya da devre izin veren eser sahibi, FSEK m. 16/f. 2'ye göre eserde zaruri değişiklikler için değişiklik yapılmasını men etmek ile ilgili manevî hakkı yönünden yasal bir katlanma yükümü altına girdiğinden yapılan bu eylem hukuka aykırı sayılmayacaktır¹⁷².

Eser sahibinin FSEK m. 14/f. 1'de düzenlenen eserin umuma arzını, yayınlanma zamanını tayin etme yetkisi FSEK m. 14/f. 2'de alenileşmemiş bir eseri

¹⁷¹ A.e, s. 23.

¹⁷² TOSUN, a.g.m., s. 83.

alenileştirme, eseri hakkında bilgi alma hakkı bulunmaktadır. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyici şekilde yapılan umuma arzı veya yayımını men yetkisi düzenlenmektedir¹⁷³. Eser hakkında bilgi verme hakkına ilişkin olarak ATEŞ, eserin umuma arz yetkisine sahip olanların bu yetkiye de sahip olduklarını savunur¹⁷⁴. Eserin her bir yayımı yeni bir biçim tarz veya formda olabilir. Bu eser sahibinin şeref ve itibarını zedeler nitelikte ise eser sahibinin yazılı izni de olsa sözleşme ile vazgeçilemeyen bu yetki ile eserin aslı veya işlenmiş şekillerinin umuma tanıtılması veya ilk ve sonraki yayımlanması önlenabilir¹⁷⁵. Bir eserin izinsiz olarak işlenerek sinema eseri haline getirilmesi ve televizyonda yayınlanması eylemi umuma arz tarzının belirlenmesi hakkının ihlalidir. Burada eser sahibinin işlenme, yayma gibi mali haklarının yanı sıra umuma arz manevi hakkının da ihlali sözkonusudur. Eserinin ne şekilde, ne zaman, umuma arz edileceğine karar vermesi eser sahibinin manevi haklarından. FSEK m. 14/son fıkrasında 4630 sayılı Kanunla düzenlenen hükme göre “ *Eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılması veya yayımlanmasını men edebilir. Menetme yetkisinden sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür. Diğer tarafın tazminat hakkı saklıdır.*”. Eser sahibi bu hakkını malî haklarını devrettiği kişiye karşı ve ihlali gerçekleştirenlere karşı da ileri sürebilir¹⁷⁶.

İşleme hakkının ihlalinde açılan davada, asıl eserden bağımsız olmama; ancak işleyenin hususiyetini taşıma özelliği aranmalıdır¹⁷⁷.

FSEK m. 15 uyarınca işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği açısından zorunluluk hali haricinde eserde izin alınmaksızın yapılan değişiklikler eser sahibinin manevî hakkını ihlal eder. FSEK m. 16/f. 2 gereğince eser sahibinin izni ile mali hakları devralan kimse ya da manevi hakların kullanımını alan kimse kullanım

¹⁷³ BOZBEL, a.g.e., s. 233, 234; Eser sahibinin şeref ve itibarının zedelenmemesi gerekliliği aslında TMK m. 23 vd.’da düzenlenen kişilik hakkının özel kanundaki korumasının bir görünümüdür. AYİTER, a.g.e., s. 116.

¹⁷⁴ ATEŞ, a.g.e., s. 131.

¹⁷⁵ BOZBEL, a.g.e., s. 154.

¹⁷⁶ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1960.

¹⁷⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 133.

kapsamında zorunlu gördüğü değiştirmeleri eser sahibinin izni olmaksızın yapabilir. Örneğin yapımcı şirketin geçmişte piyasaya sürdüğü müzik eseri albümünü yeniden müzikal olarak aranje ederek piyasaya sürmesi halinde işleme hakkı devredilmediği takdirde, işleme hakkı eser sahibinde kalmışsa mali hak ihlali oluşacaktır. Bir tiyatro eserinin sahneye konulabilmesi için tiyatro oyununda yapılan bazı kısaltmalar amaca uygun kullanım için zorunlu görülen değişikliklerdendir ve hak ihlali oluşturmaz¹⁷⁸.

Eser niteliğindeki bir fotoğrafın sahibinden izinsiz yayınlanması halinde de hak sahibinin FSEK m. 15 üncü maddesi kapsamında umuma arz selahiyetinin ve aynı zamanda FSEK 15 inci maddesi kapsamında eser sahibinin adının belirtilmesi selahiyeti ihlal edilmiş olacaktır¹⁷⁹.

b. Malî hak ihlali

Mali hakkın ihlali, eserin işlenmesi, çoğaltılması, yayılması, temsili, kamuya iletimi veya eserin izinsiz çoğaltılan nüshalarının piyasada satışa arzedilmesi şeklinde gerçekleşir¹⁸⁰. Eser sahibinin bu sayılan haklarından biri yahut birkaçının ihlali halinde dava açılabilir.

Hak sahibinin Kanun'da sayılan mali haklarının ihlali hukuka aykırılığı oluşturduğundan ayrıca bir hukuk kuralı ihlali gerekmez¹⁸¹. Somut olayda hukuka uygunluk sebepleri bulunduğu takdirde eylem hukuka aykırılık oluşturmaz. Hukukumuzda BK 52'de sayılan meşru müdafaa, ıztırar hali, kuvvet kullanarak hakkın kullanılması ile AY m. 17, 18-21, 26'daki kanunun belirlediği sınırlar içinde kamu gücünün kullanımı ve mağdurun rızası hukuka uygunluk sebepleridir.

Mali hakların eser sahibi ile herhangi bir sözleşme yapmaksızın, izinsiz kullanılması mali hak ihlalidir¹⁸². Eserin mali haklarının sözleşme ile bir kimseye

¹⁷⁸ AYİTER, a.g.e., s. 121.

¹⁷⁹ 11. HD. T. 16. 06. 2014, E. 2014/5598, K. 2014/11532, (Çevrimiçi)www.kazanci.com.tr, Erişim T. 15. 06. 2015.

¹⁸⁰ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1936.

¹⁸¹ Hüseyin HATEMİ, *Sözleşme Dışı Sorumluluk*, İstanbul 1998 prg. 3 N. 10; TEKİNALP, a.g.e., s. 307.

¹⁸² TEKİNALP, a.g.e., s. 308.

devri sonrası devralan tarafından mali hak yönünden sözleşmedeki yetkiye dayalı kullanım artık hak ihlali değildir.

Aynı eylem ile kişinin birden fazla hakkının ihlali halinde, haksız fiil hükümlerince hak sahibi, ihlal olunan her hakkı için ayrı ayrı talepte bulunabilir ise de, aynı eylemden dolayı ayrı tazminata hükmedilemez. İhlal olunan haklar yarıdır, ancak talepler yığılmaz. Aksi halde, aynı zarardan dolayı haksız fiile ilişkin, zarar ve tazmin ilkelerine aykırı bir sonucun doğmasına yol açılmış olur. Bu nedenledir ki, hak sahibinin, belirlenecek tazminat miktarları üzerinde seçimlik hakkının olduğunu kabul etmek gerekir.

Bir filmde kullanılan müzik yahut edebi metinlerin film haline getirilmesinde ilk önce bu eserlerin çoğaltılması ve var olan bir eserin bu eserin içine işlenmesi aşaması gelmektedir. Bu hakların da sinema eserinde kullanılabilmesi için eser sahibinden izin alınması gerekir¹⁸³. Eser sahibinden alınan izin ile bir romandan sinema eseri oluşturulmuş ise aynı romanın yazardan izin alınmaksızın televizyon dizisi yapılarak gösterime sunulması halinde eser sahibinin zararı olmasa da eser sahibi, eserin dizi olarak gösterimine engel olunmasını talep ederek zararın doğmasına veya mevcut zararın artmasına engel olmayı bu davayı açarak isteyebilecektir¹⁸⁴.

Film yapımcısına hak devri yapan icracı sanatçının TV dizisinin internetten yayınlanması durumunda yapımcıdan bu gösterime ilişkin tazminat talep etmesi mümkün değildir. Sanatçı bu tespitlerin yapılması ile filmin tüm mecralarda gösterimlerine ilişkin izin vermiş sayılacaktır¹⁸⁵.

Bilgisayar veri tabanı programlarının lisanssız kullanımı FSEK m. 22/son fıkrasında, programların izinsiz olarak başka bilgisayarlara yüklenmek ve depolanmak suretiyle çoğaltılması çoğaltma hakkının ihlalini oluşturur şeklinde

¹⁸³ 11.HD. 2012/5163, K. 2013/6261, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 12. 11. 2013.

¹⁸⁴ KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 383; Davalının FSEK m. 66 gereği davacı meslek birliği tarafından himaye edilen eserleri izinsiz olarak yayınlarında kullanmasının eser sahibinin FSEK'ndan doğan haklarına tecavüz teşkil ettiğinin tespitine ve tecavüzün önlenmesine, hüküm özetinin ilanına ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. 11 HD. 01.05.2003, E. 2002/11498, K. 2003/4266,(ERDİL, a.g.e., s. 141, 142'den naklen)..

¹⁸⁵ 11. HD. T. 28.02.2014, E. 2013/14094, K. 2014/3792, www.kazanci.com.tr. Erişim T. 05. 06. 2017.

düzenlenmiştir¹⁸⁶. Bilgisayar programının ara belleğe yüklenmesi veya çalıştırılması çoğaltma değildir¹⁸⁷.

Eser, sahibinden başkasının zilyetlik veya mülkiyetine geçmiş ve "şey" niteliğindeki cisimle, cisimleşen fikir eseri arasında ikilik ortaya çıkmış ise, eserin maddî aslına malik olan kimse, bu şeyi kanun dairesinde tasarruf hakkına sahip olduğundan, kendi mülkiyet hakkını sınırlandıran, eser sahibine mutlak hak tanıyan, kanunî sınırlamalara da uymak zorundadır¹⁸⁸. Eserin cismi üzerinde mülkiyet hakkı olan malik veya zilyetin elindeki eserden eser sahibi cismin aslının korunması şartıyla; FSEK m. 17/ f. 1 gereği geçici olarak yararlanma hakkına sahiptir. Maddenin ikinci fıkrasına göre de aslın maliki, eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre eser üzerinde tasarruf edebilir. Ancak eseri bozamaz ve yok edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez. Bu kapsamda, Yargıtay müzik eserinin usulüne uygun olmayan bir tarzda icrasını eserde değişiklik olarak kabul etmiştir¹⁸⁹. Bir tabloyu satın alan kişi malik sıfatıyla, taşınırın tasarrufuna ait hükümlerce o tablo üzerinde de tasarrufta bulunabilir. Fakat ressama ait mutlak haklara da uymak zorundadır. Tablo sahibi tablo üzerinde tasarrufta bulunabilirse de herhangi bir teknik usulle çoğaltarak, çoğaltılmış kopyalarını satma hakkına sahip

¹⁸⁶ 11. HD. 15. 05. 2001, E. 2001/1804, K. 2001/4344, Yargıtayın 2008 tarihli başka bir kararında da Davacının "Sağlık Harcamaları Denetim Projesi" ışığında, uluslararası organizasyonlarla yapılan lisans sözleşmeleri ile elde edilen veri tabanlarının da temini ile davalıyla sözleşme yapılarak, on-line Hastane Uygulaması Yazılımının" oluşturulduğunu, davalının yüklendiği işi teslim ettikten sonra, eserin tek sahibinin müvekkili olmasına rağmen davalının ihtarname göndererek telif haklarının kendisinde olduğunu açıkladığını belirterek; açtığı tespit, men ve muarazının giderilmesi davasının kısmen kabul ile verdiği malî hakların davacı kuruma ait olduğunun tespiti ve müdahalenin önlenmesi, diğer istemlerin reddine dair yerel mahkeme kararı onanmıştır. ŞAHİN, a.g.e., s. 318, 319.

¹⁸⁷ BUSCHER, DITTMER, SCHIWY, HABERSTUMPF, prg 16 UrhG, Rn. 7, (BOZBEL, a.g.e., s. 109'dan naklen).

¹⁸⁸ HIRSCH, (Fikri Say), C. I. s. 69 ve 70; YASAMAN, (Fikir ve Sanat), s. 15.

¹⁸⁹ FSEK m. 67/f. 4 b. 1 e göre eser üzerinde izinsiz ve haksız değişiklikler yapılması, eserin çoğaltılmış nüshalarının dolaşıma çıkması, yayımlanması, temsil edilmesi, değiştirilmek suretiyle icra edilmesi ile gerçekleşir. Malî ve manevî haklarının ihlali nedeniyle açılan davada Türk sanat müziğine ait bir eserin öncelikle izin alınmadan, daha sonra ise televizyonda, değiştirilerek icra edilmesi halinde ilgili malî hak sahibinin bağlantılı manevî hakları da kullanılabileceği HGK da görüşülerek kabul edilmiştir. YHGK, T. 11.02. 1983, E. 1981/4-70, K. 1983/123, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 23.02. 2013.

değildir¹⁹⁰. Eser sahibinin çoğaltmaya ilişkin bu malî hakkının ihlali durumu haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunu oluşturur.

Edebiyat eseri olan bir kitabın çoğaltma ve yayma hakkına ilişkin yapılan sözleşmede süre belirtilmemişse sözleşmenin bir bası olarak kabul edilmesi gerekir. Bundan sonraki basılar sözleşme kapsamında olmayıp ihlal oluşturur¹⁹¹.

Güzel sanat eseri niteliğindeki fotoğrafın izinsiz TV’de yayınlanması malî hak ihlalidir. Tazminat talep edilebilmesi, eser sahibi veya malî hakların eser sahibinden devralınması halinde o kişinin dava açması ile mümkündür¹⁹².

Eser sahibinin yayma hakkının ihlâl edilmesi, eser sahibinden izinsiz eserin sözleşme harici veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılması, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla¹⁹³ umuma iletim hakkının ihlâl edilmesi gibi olabilir. Eserde yapılan alıntılar meydana getirilen yeni esere baskın geliyorsa artık masum alıntıdan söz edilemez. Eserin yayımı mülkiyetin intikali veya zilyetliğin nakli ile

¹⁹⁰ “..5846 Sayılı FSEK 40/II-III fıkraları uyarınca, üzerine davacı tarafından açıkça men edici bir kayıt konulmadıkça güzel sanat eserleri malikleri veya bunların izniyle başkaları tarafından umumi mahallerde teşhir edilebilir ve açık artırma ile satılacak eserler teşhir olunabilir. Davacı tarafından eser üzerine men edici bir kayıt konulduğu veya eserin bu suretle umuma arzının 5846 Sayılı FSEK 14/III fıkrasına göre eser sahibinin şeref ve itibarını zedelediği de iddia ve ispat edilemediğine göre mahkemece davalı şirket eyleminin aynı yasanın 14 ve 70.maddeleri uyarınca manevî hak oluşturduğundan bahisle tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir.” .11. HD. T. 27. 09. 2010, E. 2009/3278, K. 2010/9305, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 12.06.2014.

¹⁹¹ “..Davacının dayandığı 11.09.1997 tarihli sözleşme ile dava konusu "O Sarışın Kurt" eserinin kitap olarak çoğaltma ve yayma haklarının eser sahibi Atilla İlhan tarafından davacıya devredildiği anlaşılmakta ise de, 11.09.1997 tarihli sözleşmede meydana getirilecek olan eserin bası adedi belirtilmediğinden 818 Sayılı BK 375 maddesi uyarınca davacı hakkının bir bası ile sınırlı olduğu davacının piyasaya sunduğu 544 sayfalık kitabın 1998 yılında yapılan tek baskısında 2500 adet olarak çoğaltılıp, yayınlandığı ve böylece de 1998’de 2500 nüsha olarak gerçekleştirilen baskı sonucunda davacının anılan eser üzerindeki çoğaltma ve yayma hakkının kanunen sona erdiği davalı tarafça savunulmuştur. Mahkemece, davalının bu yöne ilişkin savunması tartışılıp değerlendirilmeksizin eksik inceleme sonucu davacının dava konusu eser üzerinde çoğaltma ve yayma haklarına sahip olduğunun tespitine karar verilmesi de isabetsiz olup, kararın davalı ve katılanlar yararına bozulması gerekmiştir..”,11. HD. T. 03.10.2013, E. 2013/11071, K. 2013/17411.(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr.Erişim T. 03.05.2014.

¹⁹² ÇETİNKAYA, a.g.m., s. 35.

¹⁹³ TEKİNALP, a.g.e., s. 273.

gerçekleşir. Yayma umum içinde gerçekleşmelidir¹⁹⁴. Eser sahibinin hususi alanını terk etmeyen bir devir, kiralama, ödünç verme yayma olmaz¹⁹⁵.

İnternet yoluyla kamuya sunulan eseri e-mail veya değişim programları aracılığıyla izinsiz gönderim, fiilî çoğaltma hakkı ihlali iken bunun ağa konularak internette erişime sunmak da yayma hakkı ihlalidir¹⁹⁶. Eser niteliğindeki karikatürün internette veya bir broşürde izinsiz kullanılması da hak ihlalidir¹⁹⁷.

Kanundaki malî hakların sınırlaması kapsamı dışında, izinsiz olarak bir edebi/ ilmi eserin kamuya açık yerde okunması, bir müzik eserinin bir sanatçı tarafından okunması, çalınması, bir sinema eserinin kamuya açık bir yerde gösterilmesi temsil hakkının ihlali anlamına gelir¹⁹⁸. Çoğaltma ve yayma hakları mutlaka bir madde üzerinde cisimleşirken temsilde üçüncü şahıslara ulaştıran vasıta gayri sabittir¹⁹⁹.

5846 sayılı Kanun m. 24’e eklenen fıkrada “*temsil hakkı; eser sahibinin veya meslek birliğine üye olması halinde, yetki belgesinde belirttiği yetkiler çerçevesinde meslek birliğinin yazılı izni olmadan, diğer gerçek ve tüzel kişilerce kullanılamaz. Ancak, 33 üncü ve 43 üncü maddelerdeki hükümler saklıdır.*” düzenlemesi bulunmaktadır. Müzik eserleri için kurulan meslek birliğinin yetki belgesine göre meslek birliğine, temsil hakkı, kanunun ve uluslararası anlaşmaların üyeye tanıdığı temsil, radyo televizyon yayım hakkı, her türlü vasıtalı veya vasıtasız dijital iletim ve internette işaret, ses ve görüntü nakline yarayan araçlarla ve eserlerin cep telefonu

¹⁹⁴ FSEK de tanımlanmayan “*umum*” ibaresi Alman UrhG § 15/III’de “*Bir iletim, umuma dahil birden fazla kişiye yönelikse umuma yapılmış sayılır. Eseri kullanan veya eserin gayri maddi şeklinin algılanabilir veya erişilebilir kılındığı diğer kimselerle şahsen ilişkisi olmayan her kişi, umuma dahildir.*” şeklinde düzenlenmiştir. (BOZBEL, a.g.e., s. 100’den naklen).

¹⁹⁵ A.e., s. 112.

¹⁹⁶ AKİPEK, DARDAĞAN, a.g.e., s. 59; ŞAHİN, a.g.e., s. 124.

¹⁹⁷ 11 HD. 25.11.2004, E., 2004/11488, SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 219.

¹⁹⁸ ARSLANLI, a.g.e., s. 105; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 376.

¹⁹⁹ ARSLANLI, a.g.e., s. 104; HIRSCH **Fikri Say**, s. 186; AYİTER, a.g.e., s. 136; TEKİNALP, a.g.e., s. 192, 193; KAÇAK, a.g.e., s. 160; GÜNEŞ, a.g.e., s. 116; SULUK, ORHAN, s. 399; COLSTON, a.g.e., s. 211; ŞAHİN, a.g.e., s. 130; ÖZTRAK, a.g.e., s. 65; Bern Sözleşmesi m. 11, “*Dram eserleri, musikili dram eserleri ve musiki eserlerinin sahiplerinin eserlerinin her nevi vasıta umumi mahallerde temsiline veya çalınmasına, temsiline ve çalınmasının her nevi vasıta ile umuma nakline izin vermeye inhisari bir hakka haiz olup aynı haklar, dram ve musiki dram eserleri sahiplerine asıl eser üzerindeki haklarının devamı müddetince bu eserlerin tercümeleri hususunda da tanınmıştır.*” şeklinde eser sahiplerinin temsil hakkını düzenlemiştir. Çeviri için http://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_349175.pdf.

melodisi olarak umuma iletim hakkı ve bu haklardan faydalanma, izin verme haklarının takibi ile devredilir. Müzik eserinin değiştirilerek kullanımı halinde ise yetki belgesindeki verilmiş izin yetersiz olup yeni bir izin gerekir²⁰⁰.

c. Yetkisiz hak devrinin ihlal oluşturduğu ve iyiniyetin korunmayacağı

Hukukumuzda temel ilkelerden biri iyiniyetin varlığının asıl olmasıdır. Kötü niyet iddiasında bulunan kimsenin bunu ispat etmesi gerekir²⁰¹. Yine haksız fiile dayalı tazminat taleplerinde kusurun davacı tarafından ispat edilmesi gerekir. Davacı, eğer varsa kanunî ve fiilî karinelerden faydalanabilir. Bu halde ispat kuralları tersine çevrilebilir. Fikir ve sanat eserlerinde ise istisnai durum bulunmaktadır. FSEK m. 54’de düzenlenen ve TMK’da iyi niyetin korunduğu hallere istisna oluşturan "*Mali bir hakkı yahut kullanma ruhsatını devre yetkili olmayan bir kimseden iktisab eden iyi niyetli olsa bile himaye görmez.*" hükmü uyarınca davalının iyiniyeti veya kötü niyeti aranmaksızın tazminat yahut üç katı bedel istenebilir²⁰². Malî haklar, tasarrufa yetkili olmayan bir kişiden bu kişiyi hak sahibi zannederek iyiniyetle devir alınsa da korunmaz. Hatta bu hakların devralındığı kişi bu hakkını tescil ettirse de bu sonuç değişmeyecektir²⁰³.

²⁰⁰ BOZBEL, a.g.e., s. 53, 54; Bir müzik eserinin izinsiz cep telefonu melodisi olarak kullanılmasına ilişkin Alman Federal Mahkemesi eserin bütünlüğü veya eser sahibinin eserinin üzerindeki meşru kişisel menfaatlerine aykırılık olarak değerlendirmiştir. BGH, 18 Aralık 2008, I ZR 23/06:GRUR 2009, 305, TOSUN, (**Manevi Haklar**), s. 179’dan naklen).

²⁰¹ AKKANAT, a.g.e., s. 53.

²⁰² Yargıtay, “mali hakların devri yönünde geçerli bir sözleşme bulunmadığından diğer davalıların, davacının eseri üzerinde işleme, film haline getirme ve bunu televizyonda gösterme şeklinde ayrı ayrı oluşan faaliyetlerinde FSEK 54/ I.f. hükmüne göre, hüsnüniyet sahibi olsalar bile himaye görmeleri mümkün bulunmamaktadır. Bu itibarla ve davacı bu davasında davalıların, malî haklarına tecavüzde bulundukları iddiasıyla FSEK m. 68/f.1 hükmüne dayanarak tazminat talep ettiği ve bu madde hükmünde malî haklara tecavüzde bulunanların tazminatla sorumlu tutulabilmeleri için kusur şart edilmemiş olduğundan, davalı dışındaki diğer davalıların da sorumlu tutulmaları gerekirken” şeklindeki kararı ile iyiniyetin korunmadığını belirtir.11. HD. 27.01.2003, E. 2002/8451, K. 2003/791; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 895, 2005.

²⁰³ OĞUZMAN, SELİÇİ, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 104; “...davalı AKS Televizyon Reklamcılık A.Ş.nin eserin malî haklarını kullanma yetkisi bulunmayan Arzu Filmcilik A.Ş.den filmin gösterim hakkını sözleşme ile devralmış olması davalı AKS televizyon Reklamcılık A.Ş.nin

Medeni Kanun'un 3üncü maddesinde, "*asıl olan iyiniyetin varlığıdır.*" şeklinde genel bir kural olan iyiniyet karinesine yer vermiştir²⁰⁴. Dürüstlük ise bir kimseden namuslu dürüst ve makul bir insan olarak beklenen davranıştır²⁰⁵. TMK m. 3/f. 2 hükmü gereği iyiniyet ancak Kanun'un kendisine sonuç bağladığı durumlarda korunur.

FSEK m. 54'de eser sahibinin lehine hareket etme ilkesi kapsamında özel bir düzenleme ile malî hakların devrinde açıkça sözleşmede belirtilmemiş ve yetki verilmemiş ise devralan kimselerin üçüncü kişilere bu hakları devredemeyecekleri düzenlenmektedir²⁰⁶.

Devreden hak sahibi olmadığını biliyor veya bilmesi lazım geliyorsa kusurlu sayılır. Bu şekilde kusurlu bir şekilde mali hak devri yapan kimse ivazsız devir yapsa dahi haksız fiil sorumluluğu hükümlerine göre sorumludur²⁰⁷. FSEK m. 53 hükmü, eser sahibi yahut mirasçıları dışındaki hak devrine yetkisi olmayan kimseleri de kapsar²⁰⁸.

Medenî hukukumuzda TMK 990 ıncı maddesine göre sahibinin elinden rızası dışında çıkmış olsa da, para ve hamiline yazılı senetler iyiniyetle

sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Kaldı ki, davacının film gösterilmeden önce gönderdiği 06.11.1992 tarihli ihtarnamesine rağmen davalı AKS Televizyon Reklamcılık A.Ş filmi Show TV adlı televizyon kanalında göstermiş bu konuda bir araştırma yapma ve sonucuna göre hareket etme yoluna gitmemekle kusurlu davranmıştır..." 11. HD. T. 09. 07.1997, E. 1997/4929, K. 1997/5624, SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 230.

²⁰⁴ Halil AKKANAT, **Türk Medenî Hukukunda İyiniyetin Korunması**, Filiz Kitabevi İstanbul 2010, s. 58 vd.

²⁰⁵ DESCHENAUX, 142 vd.;SCHWARZ, **Medeni Hukuk**, s. 188, (OĞUZMAN, BARLAS, a.g.e., s. 247'den naklen).

²⁰⁶ ARSLANLI, a.g.e., s. 181, EREL, a.g.e., s. 316; AYDINCIK, a.g.e., s. 163; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1716.

²⁰⁷ AYİTER, a.g.e., s. 210; BELGESAY, a.g.e., s. 109; Devralanın men ve ref davası açma hakkı bulunmaktadır. 11. HD. T. 31.01.2008, E. 2007/14766, K. 2008/875, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1210;Türk Borçlar Kanunu 193 üncü maddesi uyarınca ifa amacıyla devirde devralan ifa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini, devrin sebep olduğu giderleri, borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı masrafları ve devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararlarını, yargılama giderlerini isteyebilir. TÜYSÜZ, a.g.e., s. 135.

²⁰⁸ SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 635-638; ERDİL, a.g.e., s. 647, 648.

kazanılabilirler. TMK m. 989/f. 1 hükmünce taşınır malın rıza dışında elden çıkması halinde iyiniyetle devralan ve beş yıl boyunca iyiniyetle, çekişmesiz, kesintisiz elinde bulunduran kişi, zamanaşımı yoluyla onun mülkiyetini kazanır. Medeni Kanunun m. 989/f. 2 hükmüne göre, bir taşınırı pazardan veya açık artırmadan yahut da benzeri eşyaların satıldığı yerden iyiniyetle satın alan kişi, onun maliki olamaz. Taşınırın asıl sahibi, dava açarak, malını o kişiden geri alabilir, fakat taşınırı elinde bulunduran kimse taşınırın asıl sahibinden o taşınırı satın alırken ödediği bedelin kendisine ödenmesini talep edebilir ve bu bedel ödenmedikçe malı da geri vermez²⁰⁹. Tasarruf yetkisi olmayan malikten dahi iyi niyetle aynı hak kazanılabilir²¹⁰. Rıza dışı elden çıkma halinde dahi TMK m. 902 kapsamında 5 yıllık zaman aşımı süresi içinde TMK m. 3 kapsamındaki iyi niyetin devamı halinde mülkiyet kazanılabilir²¹¹. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 54 hükmü TMK 989 hükmüne benzemekle birlikte, buradaki iyi niyetli 5 yıllık nizasız fasılasız zilyetlik halinde zaman aşımı ile mülkiyetin kazanılabileceği hükmü, FSEK’de mevcut değildir. FSEK m. 54 gereği” *Mali bir hakkı yahut kullanma ruhsatını devre salahiyetli olmayan kimseden iktisap eden, hüsnüniyet sahibi olsa bile himaye görmez. Salahiyeti olmaksızın mali bir hakkı başkasına devreden veya kullanma ruhsatını veren kimse; salahiyeti bulunmadığına diğer tarafın vakıf olduğunu veya vakıf olması لازم geldiğini ispat etmedikçe tasarrufun hükümsüz kalmasından doğan zararı tazminle mükelleftir. Kusur halinde mahkeme; hakkaniyet gerektiriyorsa daha geniş bir tazminata hükmedebilir.*” FSEK m. 54’ün bu istisnai niteliği gereği eser sahibinin FSEK m. 52’ye uygun, rızası olmadan malî hakların başkalarınca iyi niyetli olsalar dahi kazanılması Kanun ile önlenmiştir.

²⁰⁹ OĞUZMAN, SELİÇİ, ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, s. 104; AKKANAT, a.g.e., s. 66; TMK 3. maddesinde düzenlenen subjektif iyi niyet, bir hakkın doğumuna engel olan bir durumun olayda varlığı veya hakkın doğumu için gerekli unsurlardan birinin olayda yokluğu konusunda kişideki mazur görülebilen bilgisizlik veya yanlış bilgi olarak tanımlanır. Subjektif iyiniyet hakların kazanılmasında aranır.

²¹⁰ ÜSTÜN, a.g.t., s. 106, dpn. 166; OĞUZMAN, SELİÇİ, ÖZDEMİR, a.g.e., 101-104.

²¹¹ OĞUZMAN, SELİÇİ, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 604; ÜSTÜN, a.g.t., s. 106, dpn. 166; TEKİNAY, BURCUOĞLU, AKMAN, ALTOP, a.g.e., s. 818 vd.

Hakkı devre yetkisiz kimsenin devrinde hak üzerinde tasarrufta bulunarak devreden FSEK m. 53 uyarınca sorumludur²¹². Devreden kimse, devralana hakkın varlığını TBK 191-194 hükümlerine göre garanti etmiş sayılır. FSEK 53/f. 2 gereğince devre yetkisi olmaksızın malî hak devrini yapan kimse kusursuz olsa dahi iktisap edenin zararını alacağın temlikî hükümlerine göre karşılamak zorundadır²¹³.

Eser sahibi ile yaptığı sözleşme sonucunda eseri eser sahibinin adı olmaksızın yayımlayan veya çoğaltan kişiden sözkonusu hakları devralan üçüncü kişilerin iktisabı FSEK m. 54/f. 1 istisnası olarak korunur²¹⁴. Malî hak veya kullanım ruhsatı, eser sahibi veya mirasçılarının malvarlığında doğmamış veya doğduğu halde koruma süresinin dolması yahut vazgeçme nedeniyle son bulmuş ise artık mevcut olmayan bu hak devredilemez²¹⁵. Bu durumda hak sahibi olmayanın yaptığı tasarruf işlemi nedeniyle devreden iktisap edene temlik zamanında hakkın var olduğu yahut mevcudiyetini garanti yahut tekeffül etmiş sayılır²¹⁶. Malî hak sahibi olmadığı halde yetkisiz hak devrinde devir alan ile birlikte devreden kimseye husumet yöneltilebilir. Meydana gelen zarardan her ikisi birlikte sorumlu olur²¹⁷.

Hakkın yetkisiz kimse tarafından devrinde kanun gereği iyiniyetli olarak malî hakkı devralanın zararını, devreden kişi tazmin eder. FSEK m. 54/f. 2 gereği yetkisiz kimse kusursuz dahi olsa yetkisizliğini diğer tarafın bildiği veya bilmesi lazım geldiğini ispat etmedikçe tasarrufun hükümsüz olması nedeniyle menfî zarar da dahil olmak üzere, doğan zararı tazminle yükümlüdür. Mahkeme kusur halinde hakkaniyet gerektiriyorsa daha yüksek tazminata hükmedebilir. Bu da davacının müspet zararıdır²¹⁸.

²¹² AYİTER, a.g.e., s. 209;FRANKO, a.g.e., s. 102.

²¹³ AYDINCIK, a.g.e., s. 162.

²¹⁴ ARSLANLI, a.g.e., s. 76; AYİTER, a.g.e., s. 104, 105; EREL, a.g.e., s. 100; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1720;BOZBEL, a.g.e., s. 259.

²¹⁵ ARSLANLI, a.g.e., s. 182; EREL, a.g.e., s. 314; AYDINCIK, a.g.e., s. 163.

²¹⁶ HIRSCH, a.g.e., s. 232; TEKİNALP, a.g.e., s. 235; AYDINCIK, a.g.e., s. 162; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II., s. 1706.

²¹⁷ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1719.

²¹⁸ A.e, s. 1719;BOZBEL, a.g.e., s. 260;TEKİNALP, a.g.e., s. 236;AYİTER, a.g.e., s. 210; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 571; AYDINCIK, a.g.e., s. 165;“...davacı ile davalı Kaan arasında yukarıdaki bentte açıklandığı üzere malî hakların devri yönünde geçerli bir sözleşme bulunmadığından diğer davalıların, davacının eseri üzerinde işleme, film haline getirme ve

Doktrinde, iyi niyetle iktisap yasağının tek istisnası olarak bu türden eserlerin gerçek sahibinin inançlı temlik sözleşmesinde, görünürde eser sahibi olan kimseye devir yetkisi vermemişse dahi ondan iyi niyetle bazı hakları devralanların iyi niyet savunmalarının kabulü gerektiği savunulur. Eserin sahibi, temlik yetkisi vermese dahi, görünürde eser sahibi olan kimseden eser sahibi olduğu zannı ile malî hakları geçersiz olarak iyiniyetle devralan kişiye karşı FSEK kapsamındaki davaları açamaz. Devre yetkili olmayan kişiden devralan kimsenin FSEK m. 53 ve 54/ f. 2 hükmünce devredene rücu etmesi mümkündür²¹⁹.

FSEK, diğer fıkri hukuk literatüründe bulunmayan, subjektif iyiniyet kurallarını bir yana bırakarak medenî hukuk kuralları dışında, eser sahibi lehine bir kural oluşturmuştur. Bir malî hakkın veya ruhsatın kazanılmasında, devreden tasarrufa yetkili değilse, FSEK devralanın subjektif iyi niyetini korumamıştır. Hak sahibi malî hakkını devir sonrası tekrar ikinci bir kimseye devretmişse ikinci devir ya hiç sonuç doğurmaz veya malî hak devreden mal varlığında kalan kısmıyla intikal eder. Malî hak için önceden kullanma ruhsatı verilmişse hak bu ruhsatla devredilmiş olur. Yeni malik ruhsattan haberi olmadığını ve malî hakkı böyle bir kayıt olmadan kazandığını ileri süremez²²⁰. Anglo Sakson hukukunda ise malî hak devri ile ruhsat verilmesini ayırarak sonradan iyi niyetle malî hakkı devralmanın önceden verilmiş inhisari ruhsatı geçersiz kılacağı, malî hakları sonradan devralanın iyi niyetinin tam ruhsat sahibine karşı korunacağı, ancak önceki tarihli bir malî hak devri varken, sonradan ikinci kez yapılan malî hak devrinin devralan iyi niyetli olsa bile geçersiz olacağı, malî hakları sonradan devralanın iyi niyetinin ilk devralana karşı korunmayacağı belirtilmektedir²²¹.

Mali hakların devrine ilişkin sözleşme yazılı şekilde yapılmasa bile bazı hallerde dürüstlük kuralı uyarınca bu sözleşmenin geçerli olduğu ve malî hakların bu sözleşme uyarınca devralana geçtiği kabul olunur. Örneğin; sözleşmeye uzun bir süre

bunu televizyonda gösterme şeklinde ayrı ayrı oluşan faaliyetlerinde FSEK nun 54/f.1 maddesi hükmüne göre, hüsnüniyet sahibi olsalar bile himaye görmeleri mümkün bulunmamaktadır.."
11. HD. T. 27.01.2003, E. 2002/8451, K. 2003/791; Aynı Daire, T. 10. 04. 2008, E. 2006/12078, K. 2008/4794; [http:// www.kazanci.com](http://www.kazanci.com). Erişim T. 22.03.2013.

²¹⁹ AYITER, a.g.e., 231, EREL, a.g.e., 231 ARSLANLI, a.g.e., 76.

²²⁰ EREL, a.g.e., s. 230.

²²¹ FLİNT, M. F. s. 84, (ÜSTÜN, a.g.e., s. 267 dñn. 529'dan naklen).

uyulduktan sonra sözleşmedeki şekil noksanının ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımı sayılacağı kabul edilmektedir²²².

d. Hakkın tükenmesi

Eser sahibinin mali hakkı olan yayma hakkının kullanılması ile eser ticarî dolaşıma konulmuş ve üçüncü şahıslar bu nüshalar üzerinde mülkiyet hakkı iktisap etmişlerse, nüshaların tekrar yayımı serbest hale gelir. FSEK m. 23/f. 2 uyarınca kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla hak sahibince yayma hakkı kullanılarak nüshalar devredilmişse, nüshaların ülke sınırlarında ilk satışı veya dağıtımı yapıldıktan sonra eser sahibi bakımından hak tükenmiş olur. Yeniden yayma hak ihlali oluşturmaz²²³.

FSEK m. 23/f. 2 hükmünce eser sahibinin zararını önlemek amacıyla, paralel ithalat olarak da bilinen yurt dışında çoğaltılan eser nüshalarının ülkeye sokulması hakkı münhasıran eser sahibine aittir²²⁴. FSEK ithalatı eser sahibinin iznine bağlamış, paralel ithalatı yasaklamıştır.

AB rekabeti korumak için bölgesel tükenmeyi kabul etmiştir. Birlik ülkesinde ilk satışı yapılan ürün birliğe dahil diğer ülkelerde hak sahibinin izni gerekmeksizin satışı, ihraç ve ithal işlemleri yapılabilir²²⁵. AB ülkesi dışındaki ülkeler ise

²²² Hamdi YASAMAN, “**Fikir ve Sanat Eserlerinde İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı**”, Fikrî Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y. 2005-2006, S. 1, s. 25-37.

²²³ EREL, a.g.e., 146;Sevgi KALİ, “**Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tüketilmesi ve Sınai Mülkiyet Hukuku ile İlişkisi**” FMR, C. I, s. 57, (53-73). www.rekabet.gov.tr/File/?path...pdf.

²²⁴ KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 243; SULUK, a.g.e., s. 99.

²²⁵ Bilgi Toplumunda Telif Hakkı ve Bağlantılı Hakların Bazı Yönlerinin Uyumlaştırılmasına Dair 2001/29EC Direktifinde bölgesel tükenme düzenlenmiştir. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF>

2001/20 EC Direktifi 4.maddesinde de hak sahibi tarafından veya onun rızası ile bir eserin orijinalinin veya nüshalarının Topluluk içinde ilk satışının bu nesnenin Topluluk içinde yeniden satışını denetleme hakkını tükettiği, bu hakkın eserin orijinalinin ya da kopyalarının hak sahibi tarafından ya da onun rızası ile Topluluk dışında satılması durumunda tüketilmediğini, eser sahiplerinin kiralama veya ödünç verme hakkının 92/100/AET sayılı Direktif tarafından düzenlendiği, bu Direktifte öngörülen yayma hakkının direktifteki kiralama ve ödünç verme ile ilgili hükümlere halel getirmediği belirtilerek bölgesel tükenmeyi düzenlemiştir.Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Belirli Yönlerinin Uyumlaştırılması hakkında 22 Mayıs 2001 tarihli 2001/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (OJ 2001 L 167) www.ab.gov.tr/files/ceb/Fasil_7_Fikri_Mulkiyet_Hukuku/32001l0029.doc.

uluslararası tükenmeyi kabul etmiştir²²⁶. Kanun eser sahibine her türlü yayma işlemi konusunda ilk yayma için münhasır yetki tanımış, sonraki yayma işlemleri serbest bırakılmıştır. Bir eserin orijinali veya nüshaları, kanunun uygulanma alanı dahilinde hak sahibinin yayma konusunda verdiği izin ile veya bizzat eser sahibince satılır veya dağıtılırsa, bunların tekrar satılmaları serbest olur. Kanunumuzda ülkesel tükenme hakkı kabul edilmiştir²²⁷. Sınai mülkiyete ilişkin olarak KHK’larda ülkesel tükenme düzenlenmişken yeni yürürlüğe giren 6769 sayılı Kanun’un 152 nci maddesi ile sınai mülkiyette uluslararası tükenme prensibi getirilmiştir. FSEK m. 23/f. 2 tükenme hakkını düzenlemiştir²²⁸. Buna karşılık Yüksek Yargıtay, eserin ilk satışı sonrasındaki diğer satışlarda tükenme olmadığını tazminata hükmedileceğini belirtmekte, yeni eylemlerin yeni ihlal olması nedeniyle manevî tazminat taleplerinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir²²⁹. Eserin kitap olarak çoğaltılması ve umuma arzedilmesi ile yayma hakkı tükenmiştir. Ancak eserin tiyatro eseri olarak temsili halinde eser sahibinin yeni bir mali hakkı ve manevi hakkı daha ihlal edilmiştir. Umuma arz manevi hakkı ise yeniden ihlal edilmemiştir. FSEK m. 16 hükmü ile “ *Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz. Kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işliyen, umuma arzedenden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir.*

²²⁶ KALİ, a.g.m., s. 66, 67.

²²⁷ BOZBEL, a.g.e., s. 114; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 368, 369.

²²⁸ FSEK m. 23/f. 2 hükmü, “*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. Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımı yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez.*” şeklinde tükenmeyi düzenlemektedir. FSEK Tasarısında, fıkra, yayma hakkının tükenmesine ilişkin hüküm yeniden düzenlenmiş; 6769 sayılı SMK’da uluslararası tükenme ilkesinin benimsendiği göz önünde bulundurularak bilgisayar programı ve veri tabanları bakımından uluslararası tükenme ilkesi kabul edilmiştir. Diğer eser türleri bakımından ise ulusal tükenme ilkesi devam ettirilmiştir. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

²²⁹ Dairenin bir üyesi haklı olarak bu görüşe muhalif kalarak karşı oy kullanmıştır. Yerel mahkeme de kararda direnmiş Genel Kurulda henüz görüşülmemiştir. 11. HD. T. 18.02.2013, E. 2012/2983, K. 2013/2745.(Çevrimiçi)www.kazanci.com. Erişim T. 23.05. 2014.

Eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür.”düzenlemesi ile yayım tekniği icabı zorunlu değişiklik dışında değişiklik yapılamayacağını ve eserin hususiyet ve mahiyetini bozan değişikliğin de yapılamayacağını belirtmiştir.

FSEK 4630 sayılı Kanun ile değişik m. 23, AB direktiflerine uyum amacıyla kiralama ve kamuya ödünç verme hakları eser sahibinde kalacak şekilde belirli nüshaların mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımı sonrası bunların yeniden satışının yayma hakkını ihlal etmeyeceğini düzenler²³⁰. Aynı zamanda kiralama yahut ödünç verme yoluyla yayımın, eser sahibinin çoğaltma hakkına zarar verecek şekilde, eserin yaygın kopyalanmasına yol açmayacağını ve uygulamanın Kültür Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenleneceğini belirtir. Türkiye dışında yayma hakkı verilen eserin Türkiyede yayma hakkı tükenmez. Hak sahibinden izin alınması gerekir. Aynı şekilde Türkiyede yayma hakkı bulunan bir eserin koruma sağlamayan veya koruma süresinin bittiği bir başka ülkeye Türkiye’den satışında da izin gerekir. Yayma hakkı tükenmemiştir²³¹. Eser sahibi yayıneviyle yaptığı sözleşmede yayma hakkını yurt dışında bir ülke için tanımlısa çoğalttığı nüshaları Türkiye’de yayamaz. Yayınevi sahibinin film veya notaları ödünç vermesi yahut kiralaması halinde yayma hakkı tükenmez. Eser yurt dışında çoğaltılmış ve hak sahibinin izniyle satılmış veya devredilmişse tükenme ilkesi Türkiye için değil, sadece o ülke için gerçekleşir. İthal edilen nüshaların yayma hakkının kullanılması sonucu mülkiyet devredilerek ilk satışı ve dağıtımı yapıldığında tükenme gerçekleşir. Hak sahibinden izinsiz yapılan ithalat sonucu yayma hakkı Türkiye yönünden tükenmez²³².

FSEK m. 23/f. 3 yayma hakkının tükenmesi ilkesine sınırlama getirecek şekilde eserin veya çoğaltılmış nüshalarının kiralanması veya ödünç verilmesi şeklinde

²³⁰ FSEK m. 38 hükmü uyarınca bir kitabın belli bir yüzdesinin fotokopisinin alınabilmesinin mümkün olması gerektiği ,Yaygın kopyalamanın eserin satışını engelleyecek düzeyde bir kopyalama şeklinde anlaşılması gerektiği hususunda bkz. BOZBEL, a.g.e., s. 114-117.

²³¹ BOZBEL, a.g.e., s. 113, 115.

²³² ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 372;BOZBEL, a.g.e., s. 112, 113.

yayımının, eser sahibinin çoğaltma hakkına zarar verecek şekilde, eserin yaygın kopyalanmasına yol açmayacağını belirtir. Maddedeki “Yaygın kopyalama”nın ne şekilde olduğu kanunda açık değildir. BOZBEL, FSEK 38 hükmü kapsamında bir kitabın belli bir yüzdesinin fotokopisinin çekilebilmesinin mümkün olması gerektiğini, Alman öğretisinde bunun eserin yüzde yetmişbeşine kadar olduğunu, yaygın kopyalamanın eserin satışını engelleyecek düzeyde bir kopyalama olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Yazar, ayrıca UrhG § 27’deki kütüphanelerde ödünç verilen kitapların fotokopilerinden alınan telif ücreti gibi FSEK’de bir düzenleme yapılmasının yerinde olduğunu belirtmektedir²³³. FSEK Tasarısında m. 34/A “*Bir eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının kütüphaneler tarafından ödünç verilmesi hak sahiplerine uygun bir bedel ödenmesi koşuluyla serbesttir.*” şeklinde bir yenilik konulmuştur. Kanaatimizce böyle bir düzenlemenin kişilerin telifin önemini kavramasına yardımcı olacağını ve yerinde bir değişiklik olabileceğini söylemek gerekir.

Bilgisayar programlarının satım, trampa, bağışlama şeklinde üçüncü şahıslara devredilmesi halinde, yazılımı satın alan firma ile satıcı arasında satın alınma esnasında kabul edilmiş olduğu varsayılan programın meşru kullanıcısının hiçbir şekilde programı başkasına kullandıramayacağı, devir veya temlik edemeyeceği şeklinde sözleşmelere genel işlem şartı konulmaktadır. FSEK m. 23/f 2’de belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı ve dağıtımı yapıldıktan sonra bunların yeniden satışının eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmeyeceği belirtilir. Bu nedenle bir veri taşıyıcısı, CD, DVD, USB bellek üzerine kaydedilerek devredilen bilgisayar program nüshaları üzerindeki hak tükenmektedir²³⁴.

²³³ A.e., s. 117.

²³⁴ Bilgisayardan kullanıcı bilgisayarına yükleme halinde tükenmenin gerçekleşip gerçekleşmediği tartışmalıdır. RIGAMONTI, CYRILL, P., “Der Handel mit Gebraucht software nach schweizerischem Urheberrecht”, GURURInt 2009, 14, 26,(BOZBEL a.g.e , s.435’den naklen);FSEK Tasarısında 6 ncı madde ile 23 üncü maddede değişiklik yapılmaktadır. Madde, “*Bir eserin fiziki nitelikteki aslını veya çoğaltılmış nüshalarını; kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak suretiyle yayma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Kiralama ve ödünç verme hakkı, mimarlık eserleri ile uygulamalı sanat eserlerini kapsamaz. Bilgisayar programları ve veri tabanları hak sahibinin izniyle yurt içinde veya yurt*

e. Eserin alenileşmesinin şart olmaması

Eser objektif ve subjektif şartlar bulunduğu takdirde alenileşmemiş olsa da fikrî hukuk kapsamındaki davalarla korunur²³⁵.

FSEK m. 20/ f. 1 hükmünde, *"Henüz alenileşmemiş bir eserden her ne şekil ve tarzda olursa olsun faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Alenileşmiş bir eserden eser sahibine münhasıran faydalanma hakkı bu kanunda gösterilenlerden ibarettir.,,* der. Kanun koyucunun buradaki amacı, eser sahibinin malî hakları kullanmasını engellemek değil, aksine alenileşmemiş eserler için kanundaki sınırlamalardan doğan engellerin bulunmadığını belirtmektir. Örneğin henüz alenileşmemiş bir eserden FSEK m. 33 ila 39 hükümleri çerçevesinde üçüncü kişilerin özgürce yararlanmaları mümkün değildir. Çünkü; bu maddelerde bu serbestilerin kullanılması, eserin yayımlanması ve alenileşmesine bağlanmıştır. Ayrıca Kanunun m. 20 hükmündeki faydalanma lafzı malî hakları da içermektedir.

ARSLANLI, aleniyet kazanmamış eserler hakkında eser sahibinin gizlilik alanında olan eserin tecavüze konu olmasının da mümkün olmadığını ve aleniyet kazanmamış bir eserin korunmasının kişilik haklarına ilişkin hükümler çerçevesinde olacağını belirtmektedir²³⁶.

dışında mülkiyeti devredilerek satış veya dağıtımına sunulmasından sonra bu nüshaların yeniden satışı veya dağıtılması yayma hakkını ihlal etmez. Diğer eser türlerinin fiziki nitelikteki aslı veya nüshalarının hak sahibinin izniyle yurt içinde mülkiyeti devredilerek satış veya dağıtımına sunulmasından sonra bu nüshaların yurt içinde yeniden satışı veya dağıtılması yayma hakkını ihlal etmez. Bu fıkranın uygulanması bakımından kiralama ve ödünç verme hakları saklıdır. Bir eserin veya çoğaltılmış nüshalarının kiralama veya ödünç verilmesi, eser sahibinin çoğaltma hakkına zarar verecek şekilde, eserin yaygın kopyalanmasına yol açamaz.”. şeklindedir.

²³⁵ Anılan görüş için bkz. ARSLANLI, a.g.e., s. 43; EREL, a.g.e., s. 77; AYİTER, a.g.e., s. 107.

²³⁶ ARSLANLI, a.g.e., s. 43; Aynı görüşte EREL, a.g.e., s. 47; *“Her ne kadar kural olarak, eserin kamuya sunulması bir defalık hukukî eylem ise de, bu yolla eserin alenileşmesi sağlanmakta ve eser, fikrî mülkiyet hukukunun koruma konusu haline gelmektedir. Eser sahibine özgü manevî hak ve yetkilerin sağlanmasındaki amaç da, fikri yaratıcılığın daha güçlü bir şekilde korunması ve cesaretlendirilmesidir. Bu bakımdan FSEK m.14/f.1 de belirtilen eser sahibinin kamuya sunma hakkı, eser alenileştikten sonra da devam eder ve izinsiz çoğaltma, yayma gibi her türlü malî haklara tecavüz oluşturan eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde eser sahibine,*

AYİTER, alenileşmemiş eser üzerinde de eser sahibinin mutlak hak sahibi olduğunu, belirterek, mali haklar yönünden, eserin alenileşmiş olup olmamasının önemli olmadığını; ancak, alenileşmemiş eser üzerindeki hakkın kişilik hakkı olmadığını, eser sahipliğinden doğan hak olduğunu belirtir. Yazar, ancak eser sahibinin henüz umuma arz manevî hakkını kullanmadığı için eserini kendi gizlilik çevresinden çıkarmamış bulunduğunu belirtir²³⁷.

Alenileşme, malî hakların kullanma hakkının başlangıcını değil, FSEK m. 26/f. 5, 27/f. 2, 3 ve 4’de belirtilen eser sahibinin çıkarları aleyhine işlenen koruma süresinin tespitine ilişkindir. Alenileşmemiş olan esere yapılan tecavüze karşı eser sahibi malî ve manevî talepler ileri sürebilir. FSEK m. 71/f. 1 hükmünde henüz alenileşmemiş bir eserin izinsiz umuma arz edilmesi veya yayınlanmasının cezaî yaptırımının bulunması da kanun koyucunun alenileşmemiş eserlerin de fikrî hukuk tarafından korunması gerektiğini amaçladığı anlaşılmalıdır²³⁸.

Doktrinde eser sahibinin, eseri alenileşmeden meydana getirilen bir mali hak ihlali nedeniyle üç katı bedel davası açarak mütecavizin hukuka aykırı eylemini farazi sözleşme kurulmak suretiyle yasallaştırmak eğilimi ile aslında eserin alenileşmesine de rızası bulunduğu savunulur²³⁹. Mahkeme kararı ile doğacak farazi sözleşme sonucu sözkonusu çoğaltma, yayma, temsil veya umuma iletim filleri ile eser alenileşmiş olacaktır.

Satışa arz, Radyo-TV ile yayın, temsil gibi yayma eylemleri ile eser alenileşmiş olur.

Bilimsel eserlere ilişkin olarak binanın mimari projeleri, yapının direnç hesapları, fizibilite raporları, bilimsel eser niteliğinde olmakla beraber ayrıca alenileşmeden bunlar sipariş verene teslim edilir. Bu eserlerin alenileşmesi ancak eser ile amaçlanan yapının veya tesisinin kalıcı şekilde isimlendirilmesiyle oluşur. Doktrinde bir güzel

ihlal edilen malî hakların yanında manevî hak tazminatı talep etme yetkisi de verir.” 11. HD. T. 28. 02. 2008, E. 2007/576, K.2008/2292, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1988’den naklen).

²³⁷ AYİTER, a.g.e., s. 126.

²³⁸ ÜSTÜN, a.g.t., s. 275.

²³⁹ ÜSTÜN, a.g.t., s. 274-276; ARSLANLI, a.g.e., s. 43; EREL, a.g.e., s. 77; AYİTER, a.g.e., s. 107.

sanat eserinin halka açık bir yerde sergilenmesi, alenileşmesinin istenildiği şeklinde yorumlanır²⁴⁰. Mimari eserler FSEK m. 2 hükmünce mimari tasarım, maket, plan ve projeler çizim şeklinde eser olarak korunurlar. Ayrıca FSEK m. 4 hükmünce de estetik değere sahip olan yapının bizzat kendisi de güzel sanat eseri olarak korunur. Halka açık yerlerde isimlendirilen mimarlık eserleri ve benzeri yapılar inşa edildiğinde alenileşmiş olur²⁴¹.

Çoğaltma ise doktrinde sadece yayma eylemine yönelik bir eylem olarak nitelendirilmektedir. Eserin binlerce nüshasının izinsiz olarak çoğaltılıp bir depoda saklanmasıdaki amaç, izinsiz çoğaltılan nüshaların yayılması, ticarî dolaşıma sunulmasıdır²⁴². Alenileşmeyen bir sanat eserinin sahibinin izni olmaksızın umuma arzında men ve tecavüzün sonlandırılması istenebilir²⁴³.

f. Hukuka uygunluk sebepleri

Hukuka uygunluk sebepleri, birbiriyle çatışan iki hukukî varlık veya menfaatten birinin, daha üstün tutulmasını sağlayarak fiili hukuka uygun kılar²⁴⁴. Malî hakkın ihlali hukuka aykırılık oluşturur. Bazen FSEK’de esas, yer ve süre itibarıyla bu haklara getirilen sınırlamalar nedeniyle hukuka aykırılık ortadan kalktığından bu fiiller bir hak ihlali oluşturmaz. Eser sahibine tanınan malî hakların sınırlı olan süresinin sona ermesinden itibaren herkes eser sahibine tanınan malî haklardan faydalanabilir.

Eser sahibinin hakları coğrafi bakımdan ülkesellik prensibi gereğince korunur²⁴⁵. Yukarıda bahsedildiği şekilde FSEK m. 23/f. 2’de düzenlenen tükenme prensibi

²⁴⁰ EREL, a.g.e., s. 79.

²⁴¹ ÜSTÜN, a.g.t., s. 277.

²⁴² ARSLANLI, a.g.e., s. 102; AYITER, a.g.e., s. 134; EREL, a.g.e., s. 126; YARSUVAT, a.g.e., s. 137; ÜSTÜN, a.g.e., s. 274.

²⁴³ EREL, a.g.e., s. 344.

²⁴⁴ OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 22.

²⁴⁵ SCHRICKER, WILD, prg. 97, Anmd 1499; Bar(1995), Das Internationale Privatrecht, in: VON BUREN, DAVID(Hrsg.) Immaterialgüterrecht- und Wettbewerbsrecht Bd I/1, Basel, Frankfurt am Main, Helbing, 74, (TEKİNALP, a.g.e., s. 48’den naklen); MÖHRİNG, NICOLINI, LUTJE, prg. 97, Anmd 66, s. 905, (ÖZTAN, (Fikir ve Sanat)., s. 620’den naklen).

gereği, hak sona ermişse bu durumun ortaya çıkmasından itibaren hukuka aykırılıktan söz edilemez²⁴⁶.

Hak sahibinin malî hakları, kamu düzeni, özel veya genel menfaat ve hükümete tanınan yetkiler nedeniyle sınırlandırılabilir²⁴⁷. Fikir ve sanat eserlerinde “*Tahditler*” başlığı altında FSEK m. 30 vd.’de düzenleme yapılmıştır. Kanun’da düzenlenen hakların FSEK. 30-40, 80 ve ek m. 11 hükümlerinde düzenlenen sınırlamaları hukuka uygunluk oluşturur²⁴⁸. FSEK’de düzenlenen bu sınırlamalar eser sahibi veya bağlantılı hak sahibinin mutlak haklarına üstün tutulan ve bu hakları sınırlayan ya da istisnalar öngören hükümlerdir²⁴⁹. Kanundaki istisnalar; Mevzuat ve içtihatlar, nutuklar, eserin eğitim öğretim amacıyla temsili ve toplama eser için iktibas, iktibas serbestisi sınırları içinde iktibas, gazete içeriği ve haber olarak kullanımı, şahsen kullanım amacıyla çoğaltma istisnasıdır²⁵⁰.

²⁴⁶ Bkz. Yukarıda Bölüm III, B- 2-d.

²⁴⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 200; NAL, SULUK, a.g.e., s. 99; TOSUN, a.g.m. s. 84; BOZBEL, a.g.e., s., 168.

²⁴⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 200; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 620; FSEK m. 88 hükmü ile bu kanun hükümlerinin eser sahibinin vatandaşlığı gözetilmeksizin Türkiye’de ilk defa umuma arz edilen ve Türkiye’de bulunup da henüz umuma arz edilmemiş olan bütün eserlerle Türkiye’de bulunan bütün mektup ve resimlere, Türk vatandaşlarının henüz umuma arz edilmemiş yahut ilk defa Türkiye dışında umuma arz edilmiş bütün eserlerine, Türkiye Cumhuriyetinin bağlı bulunduğu milletlerarası bir anlaşmada uygun hükümler bulunmak şartıyla yabancıların henüz umuma arz edilmemiş veya ilk defa Türkiye dışında umuma arz edilmiş bütün eserlerine uygulanacağı düzenlenir.

²⁴⁹ Kanunda sayılan bu sınırlamalar kamu düzenine ilişkin madde 30, genel menfaate dayalı mevzuat ve içtihatlar dair madde 31, nutuklara ilişkin madde 32, temsil serbestisine ilişkin madde 33, eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserlere dair madde 34, iktibas serbestisine ilişkin madde 35, gazete içeriklerine ilişkin madde 36, haberlere ilişkin madde 37, özel menfaate dayalı olarak şahsen kullanıma dair madde 38 ve kopya ve teşhire ilişkin madde 40 hükmünde sayılmaktadır.

²⁵⁰ Yargıtay kararında, dava konusu standartların 5846 Sayılı FSEK’de belirtilen unsurları taşıması halinde ilim ve edebiyat eseri olarak nitelendirilebileceği, 132 Sayılı TSE Kuruluş Kanunu’nun 1inci maddesinin son fıkrasında da kurum yayınlarının 5846 Sayılı FSEK’e tabi olacağı, 31inci maddesi uyarınca, "Resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi bir suretle bunlardan faydalanmanın serbest olduğu belirtilmiş olup, FSEK m. 2 uyarınca ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilen TSE standartlarının aynı Kanun’un 31inci maddesi kapsamında eser hakkından kaynaklanan korumanın istisnası niteliğinde bulunup bulunmadığı hususunun tartışılması gerektiği belirtilmiştir.11. HD, T. 04.02.2015, E. 2014/16277, K. 2015/1285, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 02.12.2015.

Eser sahibinin hak ihlallerinin sınırlamalarındaki kıstaslar uluslararası sözleşmelerden kanunumuza uyarlanmıştır. Kara Avrupası sisteminde Kanun tek tek her bir istisnayı sayarak sınırlamaları belirlemişse, bu sayım tarzının toplumdaki gelişmelere ayak uyduramaması nedeniyle sakıncası bulunmaktadır. Anglo Amerikan sisteminde ise adil kullanım (fair use) denilen genel bir istisna ile telif hakkı sahibinden izin istenmeden, eserin sınırlı olarak kullanımına imkân verilmektedir. Buna göre, her somut olayda uygulanacak “*üç basamak testi*” denilen kıstasa göre, eserin kullanımında ticari kullanım bulunup bulunmadığına bakılır. Kullanılan eserin niteliği ve kullanılan kısmın eserin tamamına oranı ve kullanımın eserin piyasa değerine etkisine bakılır. Eser sahibinin meşru menfaatine haksız olarak zarar verilmemesi ve eser sahibinin eserinden normal yararlanmasına aykırılık oluşturmaması, piyasasını ortadan kaldıracak şekilde olmaması gerekir²⁵¹. Bu istisnanın doğurduğu zararın makul zarar olması, hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olmaması gerekir. Bu sistemin avantajı esneklik olabilirken sakıncası belirsizlik taşımasıdır. AB’nin 2001/29 sayılı Direktifi m. 5 sınırlı sayılı olarak tüm ülke kanunlarındaki sınırlamaları tek tek almış olsa da yine de toplumdaki gelişmelere ayak uyduramamaktadır.

FSEK’e göre hak ihlali oluşturan eylemin hukuka aykırılığı verilen izin ya da FSEK’de sayılan hak üzerindeki sınırlandırmalar nedeniyle ortadan kalkabilecektir²⁵². Üç adım testiyle ilgili 5846 sayılı Kanun’da bağımsız bir madde bulunmamaktadır. Ancak FSEK m. 34/f. 1, 37/son fıkrası ve 38/son fıkrasında ayrı ayrı düzenlemeler bulunmaktadır. Kanun tasarısı çalışmalarında isabetli olarak tüm olaylara uygulanacak genel ve bağımsız bir madde olarak bu uygulama getirilmektedir²⁵³.

²⁵¹ Bern Sözleşmesi m. 9/II, m. 10/II ve Mük. 11, Roma Sözleşmesi m. 15/II, TRIPs m. 13 ve WIPO anlaşmalarında three step test olarak adlandırılır. BOZBEL, a.g.e., s. 167.

²⁵² İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m., s. 108.

²⁵³ Tasarıda 41inci maddenin ilk fıkrasında yapılan değişiklikle, Kanun’da belirli tahditler için öngörülen sınırlamaların, tüm tahditleri kapsayacak şekilde ayrı bir maddede düzenlenmesi amaçlanmıştır. Doktrinde ve uluslararası uygulamalarda “üç adım testi” olarak adlandırılan ve ülkemizin 2008 tarihinde taraf olduğu WIPO, WCT ve WPPT ve 2001/29/AT sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Bazı Yanlarının Uyumlaştırılması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinde yer alan kriterler taraf olduğumuz Antlaşmalar

FSEK Ek m. 3 ile “İcracı Sanatçılar Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Roma Sözleşmesi” uyarınca çıkarılan 16. 11. 1997 tarihli "Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği" 24/f bendinde, “*eser ve komşu hak sahibinin şeref, itibar ve kişilik haklarına zedelemeyecek türünün kurallarına uyan parodi ve karikatürler*” eserden doğan hakkın istisnaları sayılmıştır²⁵⁴. Kanunda düzenlenmeyen bu istisnaya ilişkin FSEK Tasarısında düzenleme yapılmıştır. Tesadüfî ve parodi amaçlı kullanımı 34/C maddesiyle, 2001/29/AT sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Bazı Yanlarının Uyumlaştırılması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin 5 nci maddesinin üçüncü paragrafının (i) bendi ile (k) bendinde öngörülen istisnalara paralel bir düzenleme getirilmiş; bir eserin, çoğaltma, yayma ve umuma iletimi söz konusu başka bir ürün içerisinde tesadüfen yer aldığı kullanımların eser sahibinin iznine tabi olmadığı düzenlenmiş; eserlerin karikatür, parodi veya pastiş amacıyla kullanılması serbest bırakılmıştır. Bu düzenleme ile kanundaki boşluk sebebiyle uygulamada farklı yorumların önlenmesi amaçlanmıştır.

(1). Kamu düzeni düşüncesi ile sınırlamalar

Kamu yararı nedeniyle FSEK m. 30-37 maddeleri arasında düzenlemelerle hak sahibinin eserden doğan haklarına sınırlamalar getirilmiştir. FSEK m. 30’da eserin ispatı için eser sahibine tanınan haklar adli makamlar, emniyet teşkilatı, jandarma gibi kurumlarca bir işleme konu olarak sınırlandırılabilen ve onlar tarafından

ve Direktife uyum sağlanması amaçlanmıştır.
http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index, Erişim T. 22. 05. 2017.

254 “...*eser sahibinin haklarıyla bağlantılı olarak FSEK 80. maddesi uyarınca icracı sanatçıların fonogram yapımcılarının ve yayın kuruluşlarının da hakları bulunmaktadır. Eserde kullanılan bağlantılı haklar yönünden FSEK Ek 3 maddesi ile İcracı Sanatçılar Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Roma Sözleşmesi uyarınca çıkarılan 16.11.1997 tarihli "Eser Sahibinin ve komşu hak sahibinin şeref itibar ve kişilik haklarına zedelemeyecek türünün kurallarına uyan parodi ve karikatürler*” eserden doğan hakkın istisnaları arasında sayılmıştır. Somut olayda, davacının mali hak sahibi olduğu müzik eserinin o eserden yararlanmak maksadıyla mı, yoksa sinema eserinin türü (drama, güldürü, aşk vs.) itibarıyla eserden izinsiz yararlanma değil de insanları gülümsetme amaçlı kısa kullanım mahiyetinde olup olmadığı (parodi istisnası) hususu irdelenmeden ve tartışılmadan, telif hakkı ihlali bulunduğu kabulü doğru görülmemiştir.” gerekçesi ile karara muhalefet şerhi konulmuştur. 11. HD. 29.09.2015, E. 2014/13080, K. 2015/9632, www.uyap.gov.tr. Erişim T. 11.01.2016.

kullanılabilmektedir. Bu kullanım için fikri ürünün eser niteliğinde olması ve eserin umuma arzedilmiş olması gerekir²⁵⁵. Maddede fotoğrafların sahibinin izni olmaksızın adli amaçlarla çoğaltılabileceği, teşhir edilebileceği veya başka şekilde umuma arzedilebileceği belirtilir. Bu sınırlama portre tablo ve heykeller için de geçerlidir²⁵⁶.

Maddenin ikinci fıkrasında da kanuna, ahlaka, adaba veya kamu düzenine aykırılık hallerinin eserde hakların kullanılmasına engel olduğu düzenlenmiştir²⁵⁷.

(2). Genel menfaate ilişkin sınırlamalar

Mali hak sahibinin hakları, genel menfaat amacıyla, toplumun haber ve bilgi alma hakkı ve haberleşme hürriyeti kapsamında da sınırlandırılabilir.

FSEK m. 31 hükmü; Yasama, yürütme ve yargı işlemlerine yönelik fikri ürünlerden yararlanma serbestisi getirmiştir. Kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ ve genelgeler, mahkeme içtihatları bu kapsamdadır. Mevzuat ve içtihatlar belli bir amaç için plan dahilinde derlendiği takdirde FSEK m. 31 kapsamında olamazlar²⁵⁸. Kanundaki bu sayım tahdidi değildir. Benzer olarak meclis iç tüzüğü, uluslararası anlaşmalar da bu kapsamda düşünülebilir.

FSEK m. 33 uyarınca yayımlanmış bir eserin eser sahibinin adı ve eser adı ile eğitim ve öğretim kurumlarında, eğitim ve öğretim maksadıyla kâr amacı gütmeksizin temsili serbesttir.

²⁵⁵ BOZBEL, a.g.e., s. 171.

²⁵⁶ ARSLANLI, a.g.e., s. 126; EREL, a.g.e., s. 239; NAL, SULUK, a.g.e., s. 100.

²⁵⁷ BOZBEL, a.g.e., s. 171.

²⁵⁸ A.e., s. 173; "... kamu idarelerinin yasayla belirlenen görevleri gereği hazırladıkları ve mevzuat kapsamında değerlendirilebilecek kamuya duyurulması gereken kararlar ve bunların eklerinin de genel menfaat mülahazasıyla eser korumasına getirilen sınırlama niteliğindeki 31. madde de belirtilen mevzuat ve içtihatların kapsamında bulunduğu kabul edilmektedir. Bu durumda, 5846 Sayılı FSEK 2.c maddesi uyarınca ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilen TSE standartlarının aynı kanunun 31. maddesi kapsamında eser hakkından kaynaklanan korumanın istisnası niteliğinde bulunup bulunmadığı hususu tartışılmaksızın yazılı şekilde eksik incelemeye hüküm kurularak mali hak tazminatına hükmedilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." 11. HD.,T. 04. 02. 2015, E. 2014/16277, K. 2015/1285, www.kazanci.com, Erişim T. 12. 02. 2017.

FSEK m. 34 ve 35’de iktibas serbestisi düzenlenmiştir. İktibas alenileşmiş bir eserden bazı cümlelerin, paragrafların motif ve tınların, ezgilerin veya güzel sanat eseri resimlerinin başka bir eser içinde kullanılmasıdır²⁵⁹. Alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması, yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması, alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı görüleceği bir nispet dahilinde bir ilim eserine konulması, alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi, eser sahibinin izni gerekmeksizin mümkündür. Yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, iktibaslar yapılmak suretiyle eğitim ve öğretim gayesi dışında seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi ancak eser sahibinin izniyle mümkündür.

İlmi eserlerin eğitim kurumlarında eğitmen veya öğrenciler tarafından çoğaltılması hukuka uygunluk sınırları içinde kalır²⁶⁰. FSEK m. 34/f. 1 son cümlesi hükmüyle; bu serbesti, hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar vermesi veya eserden normal yararlanma ile çelişir şekilde kullanılması ile sınırlanmıştır²⁶¹. Eserden yapılan alıntıda iktibasın belli olacak şekilde yapılması, eserin, eser sahibinin adı ve alındığı kısmın belirtilmesi aynı zamanda amaca uygunluk sınırını aşmaması gerekir²⁶². Temsil öncesinde eser ve sahibinin, adı duyurulmamış, afiş ve ilanlarda belirtilmemiş ise bunların tedbiren toplatılıp

²⁵⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 154 ;BOZBEL, a.g.e., s. 182;ATEŞ, a.g.e., s. 300;ÖZTAN, a.g.e., s. 449.

²⁶⁰ SCHACK, prg. 21, Rdnr. 680, s. 306, 307, (ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 621’den naklen).

²⁶¹ Maddede "*iktibas serbestisi*" ; Alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması; Yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının bir musiki eserine alınması; Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderacatını aydınlatmak maksadiyle bir ilim eserine konulması; Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi durumudur. TEKİNALP, a.g.e., s. 201; KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 51.

²⁶² Yargıtay, 2006 tarihli yayınlanmamış bir kararında esere atıfların tam yapılmadığı, alıntı miktarının 85 sayfa olup amacın haklı kıldığı ölçüyü aştığı ve intihal olarak kabul edilmesi gerektiği FSEK 14, 15, 16 maddesindeki manevî hakların ihlali ve aynı zamanda kişilik haklarının da ihlali olduğu gerekçesi ile MK. 24 ve BK. 49. (TBK 58) maddeleri gereğince istenilen manevî tazminatı uygun bulmuştur. 11 HD. 26.12.2006 T, E. 2007/2376, K. 2008/10385, (ŞAHİN, a.g.e., s. 188, 189’dan naklen).

düzeltilmesi sonrası ancak kullanım kararı verilebilir²⁶³. Eğitim, öğretim için kâr elde etme amacı güdülmeden eser adının açıklanması şartıyla doğrudan ve dolaylı temsil ve bu amaçla başka eserlerden alıntı yapmak serbesttir. Bu serbesti yayımlanmış musiki, ilim edebiyat eserleri ve alenileşmiş güzel sanat eserleri ile sınırlıdır²⁶⁴. 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile m. 6/b. 7'deki derlemeler, işlemelerin bir türü olarak FSEK m. 15/f. 2 kapsamındadır. Derlemelerde de derlenen eserlerin ve eser sahiplerinin adlarının belirtilmesi zorunludur. Eğitim öğretim amacına özgülenen seçme ve toplama eserlerde, atıf içermeme veya yanıltıcı olma halinde eser sahibi, eserler için düzeltme isteyebilir. İktibas serbestisi kamu yararı ile getirildiğinden bunu yasaklayan sözleşme hükümleri FSEK m. 35 gereği geçersizdir²⁶⁵.

FSEK m. 86 gereğince memleketin içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimlerinin yayını, TMK 24 üncü maddesi şartları saklı tutularak toplumun haber alma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Güncel bir olayla ilişkili olarak ve ticarî amaç taşımayan kullanımlar serbest bırakılmıştır. Bir gazeteden ayrı olarak tam sayfa şeklinde basılarak yayınlanan futbolcunun posterini haber amaçlı değil, tirajı arttırmak için ticarî amaçlı olarak kullanıldığından, fiil toplumu bilgilendirme ve haber alma hakkının sağlanması kapsamında kalmadığından bu kullanım nedeniyle tazminat talep edilebilir²⁶⁶.

FSEK m. 40/f. 1 hükmünce umumi yerlere konulan güzel sanat eserlerinin fotoğraf vesaire ile çoğaltılması, yayılması ve belli araç ve yöntemlerle temsil edilmesine izin verilir. Mimari eserlerde ise kroki plan projenin kopyası çıkarılabilir veya binanın resmi çekilebilir ise de hususi menfaat gereği ile de olsa mimari eserin taklit edilerek inşa edilmesi suretiyle çoğaltılması konusunda serbesti yoktur. Maddî ve manevî tazminat gerektirir²⁶⁷.

FSEK m. 40/f. 4'de, *“umuma açık yerlerde sergilenen güzel sanat eserlerinin eser sahiplerinin adları belirtilmeksizin teşhir edilebileceği”* hükme bağlanmıştır. Söz

²⁶³ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C. II, s. 1974; TEKİNALP, a.g.e., s. 202.

²⁶⁴ NAL, SULUK, a.g.e., s. 101-103; TEKİNALP, a.g.e., s. 202.

²⁶⁵ BOZBEL, a.g.e., s. 185.

²⁶⁶ 11.HD. T. 14.11.2013, E. 2012/3348, K. 2013/20398, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 12.08.2014.

²⁶⁷ KOCATÜRK, a.g.m., s. 23.

konusu hükümde, Kanun koyucu, güzel sanat eserinin kamuya teşhir edilmesine kolaylık sağlama amacıyla olduğundan kişiye bunun dışındaki umuma açık olmayan yerlerde, çoğaltma ve diğer mali hakları ihlâl etme hususunda serbesti sağlamaz²⁶⁸.

FSEK m. 67/f. 3’de sayılan; FSEK m. 32/f. 1 gereği, nutukların haber ve bilgi verme amacıyla çoğaltılması, m. 33’deki umumi mahallerde okutulması veya radyo aracılığı ile veya başka yollarla yayımlarında, yayımlanmış bir eserin genel yerlerde sadece eğitim ve öğretim amacıyla ya da kâr amacı güdülmeksizin veya geliri hayır amaçlı olmak üzere temsili, eğitim ve öğretim maksadıyla seçme ve toplama eser oluşturulması hallerinde, iktibasın belli olacak şekilde yapılması, eser sahibinin adının zikredilmesi ve bilim eserlerinde alınan yerin gösterilmesi gerekir²⁶⁹.

Yargıtay, iktibasın kanunun sınırları dahilinde olup olmadığının, yararlanmanın manevî hakları ihlal edip etmediğinin, kaynak gösterilip gösterilmediğinin aktarma ve yararlanma amacının haklı kıldığı oranda yapılıp yapılmadığının incelenmesi ile tespit edileceğini belirtmiştir²⁷⁰. İktibas, amaca uygun ve dürüstlük kuralı kapsamında yapılmalıdır. Eserin iktibasında şekil şartlarına uyulmuş fakat esasa ilişkin şartlara uyulmamış ise adın belirtilmesi hakkının ihlali gerçekleşmediği ve m. 67/f. 3’de bu duruma ilişkin düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle malî hak ihlali kapsamında FSEK m. 68 hükmü gereği ref kararı verilmelidir²⁷¹. İktibas sonucu yeni eser hususiyet taşıyan müstakil bir eser oluşturmuyorsa ve intihal de yoksa bu

²⁶⁸ ATEŞ, a.g.e., s. 428;BOZBEL, a.g.e., s. 204.

²⁶⁹ “..Her iki müzik eseri arasında eşlik, orkestrasyon, üslup ve tür bakımından farklılık olsa da, nakarat kısmındaki yürüyüş ve yapının benzerlik gösterdiği, bunun pek çok eserde kullanılan kalıp ve melodilerin başka şarkılarda kullanılmasından farklı bir çeşitleme olarak ortaya çıktığı anlaşıldığından, eserin davalı tarafça davacının ismi belirtilmeden kısmen intihal edildiği..” 11. HD. T. 06.02.2007, E. 2006/695, K. 2007/3983, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. I, s. 72’den naklen).

²⁷⁰ “.. Davalı eserin FSEK’in 34. maddesinde öngörüldüğü şekilde eğitim ve öğretim amaçlı bilimsel bir çalışma olduğu, böyle bir eser meydana getirilirken, yayınlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde iktibaslar yapılabileceği açıktır. Ancak şairin her kitabından örnek şiirler seçilirken genelde % 90’ının, bazı şiir kitaplarının da aynen alınarak, iktibas yoluyla işlemenin yapıldığı çekişmesiz bir biçimde anlaşılmaktadır. Bu durumda, FSEK 34. maddesindeki maksadın haklı göstereceği nispetin aşıldığının kabulü gerekmektedir.”11. HD.T. 18.11.2000, E. 2000/7065, K. 2000/9425. (Çevrimiçi) www.kazanci.com.Erişim T. 07.01.2014.

²⁷¹ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1976.

takdirde işlenme bir eser vardır. Eserden yapılan zorunluluk dışındaki ölçüyü aşan alıntılar, hak ihlali oluşturur²⁷².

Musiki eserlerinde de FSEK m. 35/1 b. 2'ye göre yayınlanmış bir bestenin en çok tema, motif pasaj ve fikir nevinden parçalarının bir musiki eserine alınması mümkündür. İktibas için musiki eserlerinin alenileşmesi ve yayımlanmış olması yani notaya dökülmüş ve çoğaltılmış olması gerekir. Sınır aşılmışsa işlenme olacağından eser sahibinin izni gerekecektir. Bu durum, musiki eserinden musiki eserine yapılan iktibaslarla ilişkin olup farklı türlere ilişkin olması halinde izin alınması gerekir.

Bir eserin diğer bir eserin içinde kullanılmasını ifade eden döşeme (senkronizasyon) hakkı FSEK'de tanımlanmamışsa da bu şekilde kullanım yapan kimse kullanımın kapsamına göre hak sahiplerinin bazı haklarını ihlal edebilir. Bir müzik eserinin bir filmde film müziği olarak kullanılması halinde film yapımcısı döşeme hakkı ya da senkronizasyon hakkı da denilen bu hakka ilişkin müziğin eser sahibinin izni alınmak zorundadır. Filmde eserin ilk tespiti de kullanılacak ise bu durumda bağlantılı hak sahiplerinden de izin alınmalıdır. Bir müziğin filmde arizi olarak kullanımı ise izne tabi değildir. BOZBEL, arizi kullanım durumunda filmin izleyicileri tarafından bunun algılanmaması ve bu eserin yokluğunun filmde bir eksiklik meydana getirmemesi gerektiğini belirtir. Yazar bu şekilde kullanımın da çok istisnai olduğunu belirtir. Eserin kısa bir bölümünün ya da melodisinin filmde tanınacak şekilde kullanılması izni gerektirip serbest yararlanma istisnası olarak değerlendirilemez²⁷³.

Günlük haber ve havadisler ise genellikle eser niteliğinde değildir. Ancak eser olmasalar da FSEK 80/C gereği komşu hak sahibi olan yayın kuruluşlarından izin alınması gerekir²⁷⁴. Günlük meselelere ilişkin makale ve fıkralar FSEK m. 36/f. 2 gereği iktibas hakkı açıkça saklı tutulmamışsa, aynen veya işlenmiş şekli ile diğer gazete, dergi, radyo vasıtası veya başka bir suretle yayılması caizdir. BOZBEL, UrhG § 49'da, gazete ve dergilerde yer alan günlük olaylarla ilgili siyasi iktisadi ya da dini makale veya fıkraların iktibası saklı tutulmamışsa, diğer gazete ve dergilerde

²⁷² EREL, a.g.e., s. 250;BOZBEL, a.g.e., s. 183.

²⁷³ BOZBEL, a.g.e., s. 47.

²⁷⁴ A.e., s. 185- 190.

çoğaltılması, yayımı ve umuma arzının izne tabi olmadığını; ancak birden çok makale, fıkra ve yazıdan oluşan kısa özetler olmadıkça, bunlar için meslek birlikleri vasıtasıyla ileri sürülebilen ve eser sahibine telif ücreti ödenmesini sağlayan düzenlemenin bulunduğunu, FSEK’de de buna benzer düzenleme yapılabileceğini belirtir²⁷⁵. Kanaatimizce FSEK m. 36’da eser sahibi lehine paralel şekilde yapılacak bir düzenleme yerinde olacaktır.

FSEK m. 36/son fıkrası ihlal oluşturan ve ticarî dolaşımda olan nüshalarda iktibas yapılan eserin adı, tarih ve sayısının belirtilmesi gerekir²⁷⁶. FSEK m. 36 basın organları arasındaki iktibas, FSEK m. 37 ise fikir ve sanat eserlerinin basın tarafından haber verme hakkı kapsamında kullanımını düzenler. Alenileşmiş eserlerde haber verme hakkı çerçevesinde FSEK m. 80/f. 4 hükmü uyarınca komşu hak sahibi ile film yapımcılarının yazılı izni olmaksızın kullanılması serbesttir. Kamu menfaati gereği bir olayın bilinmesi gerekli, güncel ve konu eser, eser sahibi ile irtibatlı ise FSEK m. 37 kapsamında değerlendirilir²⁷⁷.

(3). Özel menfaate ilişkin kısıtlamalar

Eserin çoğaltma hakkı ihlalinin istisnası olarak FSEK m. 38/f. 1 kâr amacı güdülmeksizin kişisel kullanım için eserin kopyalanması durumunu düzenler. Bu hak, kişisel kullanımı için kişiye özgülenmiş özel bir çoğaltma hakkıdır²⁷⁸. Bu

²⁷⁵ A.e., s. 192.

²⁷⁶ TEKİNALP, a.g.e., s. 205.

²⁷⁷ ATEŞ haberin konusu ile kullanılan eser arasında dolaylı da olsa bir ilişkinin kurulabilmesi gerektiğini, BOZBEL, ise doğrudan ilişki olması gerektiğini savunur. ATEŞ, a.g.e., s. 352; BOZBEL, a.g.e., s. 194; “..Davalının belgeseli kameraya kaydederek, eser sahibinin FSEK m. 22 ve m. 23’ten doğan haklarını ihlal ettiği, taraflar arasında eserin kullanımına ilişkin bir sözleşme olmadığı, galada çekim yapılmasına izin verilmesinin bu kaydı istedikleri miktarda, istedikleri şekilde ve yerde kullanma imkanı vermeyeceği, FSEK m. 37’de düzenlenen istisna hükmü kapsamındaki kullanımların hukuka uygun olduğu, davaya konu kullanımın bu istisnaların sınırlarını aştığı, toplam süresi 52’07’’ dakika olan bir belgeselin 47’10’’ dakikalık kısmının yayınlanmasının bilgilendirme amacı kapsamında görülmesinin mümkün olmadığı, FSEK m. 68’e göre bedel tespiti için bilirkişilerce belirlenen tutarların hakkaniyete uygun olacağı, davacının üç kat tazminat istemesinin makul olduğu..” gerekçesiyle verilen karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T. 02. 03. 2016, E. 2015/7555, K. 2016/2295, www.uyap.gov.tr, Erişim T. 12. 04. 2016.

²⁷⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 206; “..piyasada bulunan ve makul bedelle satıldığı anlaşılan eserin tamamını fotokopi yoluyla çoğalttığından FSEK’nin 38. maddesinde yer alan şahsi kullanım

çoğaltma, hak sahibinin meşru menfaatlerine, haklı bir sebep olmadan zarar vermemeli ve normal ölçüde bir yararlanma olmalıdır²⁷⁹. Şahsen kullanım alanı, akraba ve dostlardan oluşan dar çevreleri kapsar²⁸⁰. FSEK m. 41 gereği özel menfaate ilişkin sınırlama olarak malî haklara, şahsi kullanım amaçlı, güzel sanat eserlerine ilişkin kopya ve teşhir, umuma açık mahallerde eser, icra fonogram yapım ve yayınların kullanılması hallerine münhasır sınırlamalar getirilebilir.

KAYA, şehir rehber kitaplarının bir bölümünün kopyalanarak çoğaltılması ve tanıtım veya reklam broşürünün eki olarak izinsiz kullanımında, eylemin şahsen kullanım amacıyla çoğaltma amacını aşması, bir kâr amacı olmasa dahi eserin ticari faaliyette, özellikle reklam ve tanıtım amacına yönelik biçimde yardımcı unsur olarak kullanılması ve bu kullanımın eserden kopya yapan kişiye kâr sağlayan eser sahibinin de satışını engelleyen bir etkiye sahip olması nedeniyle, istisna kapsamında olmadığını belirtir²⁸¹.

FSEK Tasarısında m. 13 ile Kanun'un 38 inci maddesinde yer alan şahsi kullanım amacıyla çoğaltma istisnası, 2001/29/AT sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Bazı Yanlarının Uyumlaştırılması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin 5 inci maddesinin ikinci paragrafının (b) bendi

amacıyla çoğaltma istisnasından yararlanamayacağı, anılan çoğaltılmış nüshaların davalıya ait iş yerinde belirsiz kişilere karşı satışa arz edilmiş olmasına göre eylemin ayrıca yayma niteliğinde bulunduğu, meslek birliğinin dokuz adet eser için de çoğaltma ve yayma niteliğindeki mali hak ihlalleri ile ilgili takip yetkisinin bulunduğu, FSEK 68. maddesine dayalı telif tazminatı isteminde bulunabileceği, davalının bu eserleri ihlalin devam etmesi muhtemel zaman aralığı itibariyle 8-10'ar adet çoğaltıp yaymış olabileceği, bu sayıya göre telif tazminatı isteminin kabul edilmesinin gerektiği; davalının eyleminin ayrıca davacı yayımcı şirketlere karşı haksız rekabet oluşturduğu, manevi tazminat isteminde bulunabileceği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne dair..." verilen karar Yargıtay'ca onanmıştır. 11. HD. T. 02.07.2015, E. 2013/16441, K. 2014/12708, www.kazanci.com, Erişim T. 02.12.2016.

²⁷⁹ İsviçre Federal Mahkemesi, hükmün eser sahibinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanmaması ve dar yorumlanması gerektiği yolundaki görüşünde, kişisel kullanımın doğrudan kişisel zevk ve ihtiyaç için kullanmayı ifade ettiği, kamuya kapalı çevreleri ve toplulukları kapsamadığı, umumun kullanımı dışında kalan kullanmanın şahsen kullanma sayılamayacağını belirterek, PTT dairesinde fotokopi makinası ile çoğaltım yapılarak daire mensuplarına dağıtımı, şahsen kullanım saymamıştır. BGE 108 II, 481 Cherpillod, v. Büren, David (1995/2002). Aynı görüşte TROLLER(1983/1985), II, S. 795); LUTZ (1964), Die Schranken des Urheberrechts im Schweizerischen Recht, Diss., Zürich, s. 9, (TEKİNALP, a.g.e., s. 207, 208'den naklen);KAYA, (**Reklam**) s. 444;KAYA, (**Şehir Planları**), s. 328.

²⁸⁰ TEKİNALP, a.g.e., s. 208.

²⁸¹ KAYA, (**Şehir Planları**), s. 333.

esas alınarak yeniden düzenlenmiştir. Şahsi kullanım amaçlı çoğaltım istisnası kapsamında üç adım testi ile belirlenmiş kriterler çerçevesinde istisnanın yaygın kopyalamaya imkan tanımayacağı belirtilmiş eski düzenlemeden farklı olarak, istisnadan sadece gerçek kişilerin faydalanabileceği ve hukuka aykırı olarak çoğaltıldığı aşıkâr olan eserlerin şahsi kullanım istisnası kapsamında yer almayacağı düzenlenmiştir²⁸². Ayrıca, ilgili AB müktesebatına da uygun olarak bilgisayar programları, elektronik veri tabanları ve mimarlık eserleri bakımından şahsi çoğaltım istisnasının genel hükmünün geçerli olmayacağı düzenlenmiştir. Veri tabanları bakımından özel serbesti halleri 96/9/AT sayılı Veri Tabanlarının Yasal Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifine uygun bir şekilde hükmün sonuna eklenmiştir. Kanun’a eklenen 38/ A maddesiyle, 2001/29/AT sayılı Direktifde öngörülen tek zorunlu istisna olan eserlerin bilgisayarların hafızalarında geçici olarak kaydedilmesi geçici çoğaltım istisnası kapsamında değerlendirilmiştir.

Tasarıda Kanun’a eklenen 38/B maddesiyle, fotokopi ve benzer yöntemlerle çoğaltma istisnası düzenlenmiştir. 2001/29/AT sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Bazı Yanlarının Uyumlaştırılması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinde yer verilen kısmi çoğaltıma ilişkin istisnaya Kanun’da yer verilmiş Direktifin 5 inci maddesinin ikinci paragrafının (a) bendine uyumlu şekilde yapılan bu düzenlemeye göre, müzik notaları hariç olmak üzere eserlerin fotokopi, fotografik, dijital ya da aynı sonucu doğuracak benzer yöntemlerle, kâğıt veya benzeri üzerinde, önceden izin almaksızın çoğaltılması, bir bedel ödenmesi koşuluyla serbest bırakılmıştır. Taslak madde kapsamında ödenmesi gereken bedelin tespiti, müzakeresi ve uyuşmazlıkların çözümü bakımından 43, 43/A ve 43/B maddelerine atıf yapılarak bedelin ilgili ortak lisanslama birliği tarafından takip ve tahsil edilmesi zorunlu kılınmış ve ortak lisanslama birliğince temsil edilen eser sahipleri ve eseri yayımlayanlar arasında paylaştırılması öngörülmüştür²⁸³. Maddenin yorumlanmasında 38/B maddesinde öngörülen bedeli ödeme yükümlüsünün, çoğaltma eylemini meslek edinmiş kişi olarak belirlenmiştir. Bu suretle, ilim ve edebiyat eserini bu hizmeti veren yerler aracılığıyla yapılan

²⁸² <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

²⁸³ <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

çoğaltımlarda sipariş veren bakımından 38 inci maddede sayılan şartların aranması gerekirken; çoğaltma işini gerçekleştiren yerler bakımından 38/B maddesinde sayılan şartların gerçekleşip gerçekleşmediği aranacaktır.

Kanun’a eklenen 38/ D maddesiyle, Kanun’un 80 inci maddesinde radyo- TV ler için düzenlenen istisna, 2001/29/AT sayılı Direktifinin 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendine uygun olarak yeniden düzenlenmiştir. Hüküm ile Radyo-televizyon kuruluşlarının, yayınlama hakkına sahip oldukları eserlerin, kendi olanaklarıyla kendi yayınları için geçici olarak tespitini yapmaları serbest bırakılmış, bu serbesti kapsamında oluşturulan tespitlerin yayın hakkının sona ermesini müteakip silinmesi öngörülmüştür²⁸⁴.

Bilgisayar programlarında orijinal nüsha sahibi, FSEK m. 38/f. 5-7’de belirlenen şartlara uygun olarak kullanım için programın bir adet yedeğinin alınması ve programın test edilmesi, programın ara işlerliğini gerçekleştirmek için çoğaltma ve işleme fiillerini izinsiz yapabilir. Hata düzeltme yetkisinin özünden sözleşme ile vazgeçilemez²⁸⁵.

Kişinin işyerindeki bilgisayar ağında kullanmak amacıyla aldığı program, sözleşmede yasaklanmadığı takdirde çoğaltılabilir. Bilgisayar programının ikinci el satımı ve lisanslamasını yapan kimse programda tahrifat yapmadığı takdirde bunun başka bir kimseye devrinin önlenmesini telif koruması kapsamında isteyemez²⁸⁶. BOZBEL’de FSEK’in şahsi kullanım sınırlamasının, internette yaşanan gelişmeleri de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiğini belirtir. Yazar FSEK m. 38’deki “..hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar verme

²⁸⁴ <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

²⁸⁵ ARIDEMİR, a.g.e., s. 221.

²⁸⁶ “..Mahkemece davalının bilgisayar programlarının ikinci el satıcılığını veya lisanslamasını yaptığının anlaşıldığı OEM lisans sözleşmesinin 16ncı maddesinde yazılımın 3üncü kişiye yalnızca lisanslı aygıtla birlikte doğrudan devredilebileceğinin düzenlendiği, bu kısıtlamanın telif koruması ile ilgili olmayıp, programın ticarileştirilmesi yöntemine ilişkin akdi bir düzenleme olduğu, taklit söz konusu olmadığından orijinal programın bilgisayardan ayrı olarak devrini yasaklayan sözleşmenin 16ncı maddesinin fikrî mülkiyet korumasını değil, ikinci el pazarını kontrol altında tutmayı hedeflediği, bu hedefin fikrî mülkiyet hakkının korunması ile bir ilgisi bulunmadığı göz önüne alındığında sözleşme hükmünün fikrî mülkiyet bakımından yasal bir temeli bulunmadığı, davalının sözleşmenin ilgili maddesini davacıya karşı ileri sürmesinin mümkün olmadığı, davaya konu programların ilk kullanıcıdan satın alınarak 2. el ürün olarak satılmasının davalının program üzerindeki telif haklarını ihlal etmediğinin tespitine..” dair verilen karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T. 30.06.2015, E. 2014/17376, K. 2015/8772, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 27.07.2015.

ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olma “ şartlarına uyan bir nüshanın arkadaştan alınması veya internetten umuma erişilebilir bir nüshanın alınması halinde de hak sahibinin meşru menfaatlerine aykırılık taşımayacağını belirtir²⁸⁷. Alman UrhG § 53 ise şahsi kullanım için yapılacak çoğaltmada, açıkça hukuka aykırı bir nüshanın kullanılamayacağını, kanun değişikliği ile de açıkça hukuka aykırı şekilde umuma erişilebilir kılınmış bir nüshanın şahsi kullanım amacıyla çoğaltmalarda kullanılmasını yasakladığını, özellikle internet ortamında dosya paylaşım sistemleri üzerinden müzik indirilmesini şahsi kullanım dışında tuttuğunu belirtir²⁸⁸. Kanaatimizce hukuka aykırı nüshanın FSEK m. 38 kapsamında kullanılamayacağını Kanun’a eklenmesi gerekir.

Üçüncü kişi tarafından da kâr amacı güdülmeksizin bir adetle sınırlı olarak çoğaltma yapılabilir²⁸⁹.

(4). Hükümete tanınan yetkiler nedeniyle yapılan sınırlamalar

Hükümete tanınan yetkiler nedeniyle yapılan sınırlamalar; eser, icra, fonogram ve yapımların yayınlanması veya umuma iletilmesi, boş taşıyıcı materyaller ile

²⁸⁷ BOZBEL, a.g.e., s. 200.

²⁸⁸ HOEREN, THOMAS; “Der Zweite Korb-Eine Übersicht zu den geplanten Änderungen im Urheberrechtsgesetz” MMR 2007, 615; ZYPRIES, BRIGITTE; “**Neues Urheberrecht: Die Früchte des Zweiten Korbs**”, MMR 2007, 545. Karş. HOFFMANN, JOCHEN; “**Die Auslegung des Begriffs der offensichtlich rechtswidrig hergestellten Vorlage**” in prg. 53 I UrhG”, WRP 2006, 55, (BOZBEL, a.g.e., s. 201’den naklen); Gül OKUTAN NILSSON, “**Fikir ve Sanat Eserlerinin Bireyler Arası Ağlar Üzerinden Paylaşımı (P2P) Konusunda Uluslararası Gelişmeler**”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2010, (s. 379-394); FSEK Tasarısında Kanun’a eklenen 73/B maddesiyle, dijital ortamda dosya paylaşımına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Tasarı isabetli olarak eser, icra, yapım ve yayınların hak sahiplerinden izin alınmaksızın dijital iletim de dâhil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlar kullanılarak bireysel kullanıcılar arasındaki noktadan noktaya ağlar arasında umuma iletilmesi fiili, maddede öngörülen yaptırıma tabi kılınmıştır. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

²⁸⁹ Alman uygulaması, UrhG § 53’deki “*birkaç adet*” tabirinin en fazla yedi nüsha ile sınırlandırılması gerektiği görüşündedir. BGH GRUR 1978, 474, 476 –Vervielfältigungstücker. Karş. SCHRICKER, LOEWENHEIM prg 53 Rn. 14; FROMM, NORDEMANN, prg. 53 Rn. 3, (BOZBEL, a.g.e., s. 203’den naklen).

çoğaltmaya yarayan teknik cihazlardan alınan harçlar, devletin faydalanma yetkisi, kamuya mal etme, özürllüler lehine getirilen sınırlamalardır²⁹⁰.

FSEK m. 47 hükmüne göre memleket kültürü için önemli görülen eserler üzerinde koruma süresi içerisinde mali haklardan yararlanma hakkı, hak sahiplerine uygun bir bedel ödenerek kamuya mal edilebilir. Memleket kültürü için önemi haiz olma dışında, koruma süresinin dolmamış olması, eserin Türk vatandaşlarınca vücuda getirilmiş olması, yayımlanmış nüshaların iki yıldan beri tükenmiş olması ve hak sahibinin uygun bir süre içinde yeni bir bası yapmayacağını tespiti ve son olarak da hak sahibine uygun bir bedelin ödenmesi şartları bulunmaktadır²⁹¹.

FSEK Ek m. 11’de de engellilere yönelik çoğaltma veya ödünç vermenin düzenlendiği, bunların satılamayacağı ve ticarete konu edilemeyeceği, amaç dışı kullanılamayacağı düzenlenmiştir. GÖKYAYLA bu düzenlemenin Kanun’da Tahditler kısmında “*Genel Menfaat*” mülahazasına dayanan sınırlamalar arasında ayrı bir madde olarak düzenlenmesinin uygun olacağı hususunda yerinde bir eleştiri getirmektedir²⁹². Çünkü bu şekilde bir düzenleme kanaatimizce kanunun sistematığı açısından daha uygun olacaktır. Yazarın da belirttiği gibi madde yayma hakkını sınırlandıran bir düzenleme içerdiğinden, ek maddeler yerine tahditler arasında düzenlenmesi gerekmekte ve hukuka uygunluk sebebi olarak özellikle “*Eğitim ve Öğretim için Seçme ve Toplama Eserler*” başlığını taşıyan Kanun’un 34 üncü veya “*Şahsen Kullanma*” başlığını taşıyan 38 inci maddesi sonrası düzenlenmesi gerekir²⁹³.

²⁹⁰ NAL, SULUK, a.g.e., s. 112.

²⁹¹ BOZBEL, a.g.e., s. 213;ÖZTAN, (*Fikir ve Sanat*), s. 534;ATEŞ, a.g.e., s. 215.

²⁹² Emre GÖKYAYLA; “*Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2005, s. 13; Aynı görüşte BOZBEL, a.g.e., s. 207.

²⁹³ GÖKYAYLA, a.g.m, s. 13; Kanun Tasarısında da bu konuda bir değişiklik düşünülmektedir. 5846 sayılı Kanun’a eklenen 38/ C maddesiyle, mezkur Kanun’un Ek 11inci maddesinde yer alan engellilerin kullanımına yönelik istisna, Kanun’un istisnaları düzenleyen bölümüne alınmıştır. Mezkur Ek 11inci madde düzenlemesinde istisna kapsamında yalnız ilim ve edebiyat eserleri bulunmaktayken, yeni düzenlemeyle, alenileşmiş tüm fikir ve sanat eserleri istisna kapsamına alınmıştır. Ancak bir eserin engelliler için üretilmiş nüshasının makul koşullarda ulaşılabilecek şekilde ticari dolaşımda bulunması halinde istisnanın uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu hükümde yer alan makul koşul ifadesinin üç adım testi göz önünde bulundurularak somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerekmektedir. Madde kapsamında üretilen format ve nüshalar üzerinde hak sahipleri ile ilgili bilgilerin

g. Genel işlem şartları ile bu sınırlamaların kaldırılıp kaldırılmayacağı

TBK m. 20 hükmünde düzenlenen genel işlem şartları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.

TBK m. 21 gereği karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu şartların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamaması ve karşı tarafça kabul edilmediği takdirde yazılmamış sayılır²⁹⁴. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartları da yazılmamış sayılır. Bu durumda TBK m. 22 gereği kalan hükümler geçerliliğini korur²⁹⁵. Örnek olarak film yapımcıları genellikle eser sahipleri ve icracı sanatçılarla yaptıkları sözleşmelerde sözleşmeyi şekillendirme özgürlüğünü tek taraflı olarak kendi lehlerine kullanmakta ve onlara sözleşmenin yapılmasında herhangi bir katkı yahut pazarlık imkanı bırakmamaktadırlar. Bu tür sözleşmeler, eser sahibi ve icracı sanatçıların menfaatine aykırı genel işlem şartlarının sözleşmeye konulması, sözleşmenin yapılması sırasında film yapımcısının bu koşulların varlığı hakkında açık bilgi verip bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve onların da kabul etmesine bağlıdır. Aksi halde sözleşmedeki genel işlem şartları yazılmamış sayılır²⁹⁶.

Kanunda eser üzerindeki hakları sınırlamanın amacı eserden toplum ve kişilerin asgari düzeyde yararlanabilmeleridir. FSEK’de, bu sınırlamaların hak sahibince

bulundurulması zorunlu kılınmıştır. Öngörülen diğer bir zorunluluk ise bu madde kapsamında üretilen format ve nüshalar üzerinde engellilerin kullanımı amacıyla üretildiğinin belirtilmesine ilişkindir. Bu format ve nüshaların, doğrudan veya dolaylı ticari menfaat sağlamak amacıyla kullanılması yasaklanmıştır. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

²⁹⁴ Muzaffer ŞEKER, **Yazılmamış Sayılma, (BK. M. 21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması**, 2015, XII Levha Yayınları, s. 103.

²⁹⁵ Umut YENİOCAK, **“Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal denetimi”** s. 78, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-107-1288>, (76-96) Erişim T. 12.01.2016; Atilla ALTOP, **“Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi”** Prof Dr. Ergon Çetingil ve Prof Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, s. 254.

²⁹⁶ KÜÇÜKKAYA, a.g.t., s. 114.

sözleşme ile veya genel işlem şartları ile ortadan kaldırılabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır²⁹⁷. Kanunun emredici hükümlerinin aksi taraflarca kararlaştırılamaz. Emredici olan bu kurallar genellikle kamu düzenini korumak yahut kişilik haklarını korumak amaçlı olarak ekonomik, sosyal ve fiziki durumu zayıf olanları koruma amaçlı ve çoğu kez kamu düzeni ve genel ahlakla ilgili kurallardır²⁹⁸. Emredici olmayan sınırlamalar sözleşme hükümleri ile ortadan kaldırılabılırken bu sınırlamalar genel işlem şartlarıyla ortadan kaldırılamaz. BOZBEL de kanundaki eser sahibinin haklarını kullanmasına yönelik getirilen sınırlamaların TTK madde 55/1-f bendi uyarınca dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarından kabul edilmek suretiyle ortadan kaldırılamayacağını belirtir²⁹⁹.

UrhG § 95 b 'de f. 1 c. 2'de de; kanunda sayılan sınırlamaları kaldıran anlaşmaların geçersiz olduğu kabul edilmiştir³⁰⁰.

TBK m. 25 gereği, genel işlem koşulları niteliğinde ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. Bu hüküm gereği de FSEK 30-40 maddeleri arasındaki eser sahibinin haklarına sınırlamalar getiren düzenlemelerin sözleşme hükümleriyle ortadan kaldırılamayacağı kanaatindeyiz.

3. Zararın Varlığı

Haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırı bir fiilden dolayı zarar meydana gelmelidir. Zarar bir kimsenin malvarlığında meydana gelen kendi rızası dışında

²⁹⁷ SİTİEPER, MALTE; "Rechtfertigung, Rechtsnatur und Diskonibilitat der Schranken des Urheberrechts "; TÜBİNGEN, 2009 ; GUİBAULT, LUCİE; " Copyright Limitations and Contracts" London, Boston 2002, (BOZBEL a.g.e, 169 dñ 469 ' dan naklen).

²⁹⁸ OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e., s.65;BOZBEL, a.g.e., s. 169; Genel işlem şartlarının öncelikle sözleşme içeriği olup olmadığı yürürlük denetimi ile tespit edilir. Eğer sözleşme içeriği ise bu takdirde yorum yoluyla denetimi yapılır. Son olarak da içerik denetimi yapılarak hakim tarafından genel işlem koşullarının hükümsüz kılınıp kılınmayacağı belirlenir.

²⁹⁹ BOZBEL, a.g.e., s. 170.

³⁰⁰ DREİER, SCHULZE, DREİER, vor, prg 44a Rn. 9, (A.e., 170'den naklen).

meydana gelen eksilmedir³⁰¹. Kişinin davranışı hukuka aykırı ise bu tür fiilden dolayı zarar görenin tazminat hakkı doğar. Malvarlığı zararları sorumluluk hukuku bakımından ancak malvarlığını somut olaydaki türden zarara karşı korumayı amaç edinen özel bir davranış normunun ihlalinde önem taşır³⁰².

Sorumluluk hukukunda maddi tazminat, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi yani zararı aynen veya nakten gidermek ve olay sonucunda zarar görenin mal varlığında eksilen değer yerine nitelik ya da nicelik yönünden eş bir değer koymaktır. Zarar verenin ödeyeceği tazminat miktarının belirlenmesi için zararın hesaplanması gerekir. Ödenecek tazminat gerçekleşen zararla sınırlı olup zararın azami miktarını geçemez³⁰³. Üç katı bedel davası bunun bir istisnasıdır³⁰⁴.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 49/f. 1 hükmü gereği tazminat talebi için kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışın bulunması ve zararın doğması gerekir³⁰⁵.

TBK m. 50/f. 1'e göre "*Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.*" Davacı zararı ve bunun miktarını ispat etmek zorundadır. Bu TMK m. 6'nın özel bir uygulama alanıdır³⁰⁶. Zararın ispatının gerektiği her halde değil, ancak zararın varlığının kesin olduğu ancak ispatın zor veya mümkün olmadığı durumlarda TBK m. 50 uygulanabilir. Bunun dışındaki hallerde zarara uğrayan iddiasını ispat etmek zorundadır³⁰⁷.

Haksız fiilden dolayı tazminat talep edilebilmesinin temel şartı davacının zarara uğramasıdır³⁰⁸. Sorumluluk hukukunun başlıca amacı cezalandırmak değil,

³⁰¹ Turgut AKINTÜRK, Derya ATEŞ KARAMAN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış**, Beta 20. Baskı, İstanbul 2009, s. 90.

³⁰² REY, a.g.e., s.74, 75, (KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 52'den naklen).

³⁰³ OFTINGER, STARK I,s 97- 98,(TANDOĞAN , **Mesuliyet** , s 315'den naklen); OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e., C. 2, s. 84, 111; ; DESCHENAUX, TERCIER, s. 216-217; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 583;YİĞİT, s. 224.

³⁰⁴ YİĞİT, a.g.e., s. 224.

³⁰⁵ EREN, (**Genel Hükümler**), s. 510.

³⁰⁶ A.e., s. 746.

³⁰⁷ YİĞİT, a.g.e., s. 224.

³⁰⁸ YHGK. 21.01.2009 T., 2008/4-799 E. 2009/21 sayılı kararda evin satış gününden önce zarar gördüğü, zararın ödetilmesi amacıyla eldeki dava açıldıktan sonra evin zarar görmüş durumu

gerçekleşen zararı karşılamaktır³⁰⁹. Tazminat davasında zarar tespiti önemi, zararın miktarının hükmedilecek tazminatın üst sınırını oluşturmasından kaynaklanır. Zararı aşan bir tazminata hükmedilemez. Şayet haksız fiil zarara uğrattığı kimseye bazı yararlar da sağlamışsa bu yararların zarara mahsubu gerekir. Kişinin hukuka aykırı davranışı zarar doğuruyorsa tazminat talep edilebilir. Fiil hukuka aykırı olmakla birlikte bir zarar meydana getirmemişse, failin cezai sorumluluğu olsa bile, haksız fiil sorumluluğu doğmaz.

Zarar (dommage, der Schaden, İl danno) kişinin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalmadır³¹⁰. Dar anlamda zarar, kişinin ekonomik değeri olacak ya da olabilecek olan malların bütünündeki azalma olup bu maddî zararı oluşturur. Geniş anlamda zarar ise bir kimsenin kişisel haklarına yapılan haksız bir saldırı dolayısıyla cismani ve manevî acı, ızdırap, yaşam zevklerinde azalma olarak nitelenen zarardır³¹¹.

Zarar mal varlığının gösterdiği iki durum arasındaki farka göre hesaplanır. Doktrinde fark teorisi esas alınmak suretiyle objektif ve subjektif hesaplama yöntemleri uygulanmaktadır. Türk İsviçre hukukunda hakim olan yöntem subjektif (somut) hesaplama yöntemidir. Objektif hesaplama yönteminde yok olan, kaybolan veya hasara uğrayan eşyanın serbest piyasada oluşan ortalama değeri esas alınır. Objektif değer aynı tür miktar ve nitelikteki bir malın her türlü subjektif etkiden uzak olarak belirli bir anda serbest piyasada arz ettiği ortalama alım satım değeridir³¹². Subjektif hesaplama yönteminde ise ilke, eşyanın yok olması, kaybolması veya

ile satıldığı gözetilerek evi hasarlı hali ile satın alan ayrıca tazminat isteyemeyeceğinden istemin reddedilmesi gerektiğini belirterek yerel mahkeme direnme kararını bozmuştur.

³⁰⁹ EREN, (**Genel Hükümler**), s. 542.

³¹⁰ VON TUHR, ESCHER, prg. 68, C. II, s. 99; BECKER, Art. 97, N. 26, (TANDOĞAN, (**Mes'uliyet Hukuku**), s. 426 vd'dan naklen); EREN, (**Genel Hükümler**), s. 542; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, s. 855; BGE 104 II, 199, JdT 1979, 181, (OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 39, 40'dan naklen); DESCHENAUX, TERCİER, a.g.e., s. 19.

³¹¹ Mustafa Reşit KARAHASAN, (**Sorumluluk Hukuku**), İstanbul 1995, s. 79; EREN, (**Genel Hükümler**), s. 543; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN, Abdülkadir ARPACI, (**Borçlar Hukuku Genel Bölüm**), C. II; HATEMİ, (**Sorumluluk**), s. 496; SCHWARZ, a.g.e., s. 122, VON TUHR, Andreas, **Borçlar Hukuku**, C. I ve II (Çeviren: Cevat EDEGE) Ankara 1983, s. 76, 77; TANDOĞAN manevî zarar için manevî üzüntü (tort moral; immaterielle Unbill) teriminin kullanılması gerektiğini belirtir. TANDOĞAN, (**Mes'uliyet Hukuku**), s. 63.

³¹² KELLER, GABİ, s. 94; (EREN, a.g.e., s. 761'den naklen); DESCHENAUX, TERCİER, s. 224,

hasara uğramasıyla zarar görenin somut mal varlığının hangi kayıplara uğradığı hususudur. Subjektif hesaplama yöntemine göre önce eşyanın piyasa değeri bulunur. Sonra eşyanın yok veya kayıp olmasının ya da hasara uğramasının zarar görenin mal varlığında meydana getirdiği olumsuz etkiyi karşılayan miktar yani dolaylı zarar tespit edilir. Eşyanın piyasa değeriyle olumsuz etkiyi ifade eden miktarın toplamı, zarar görenin uğramış olduğu gerçek zararı teşkil eder³¹³.

Maddî zarar malvarlığında eksilme ya da meydana gelecek bir çoğalmayı önleme yani malvarlığının aktifinde azalma veya malvarlığının pasifinde fiilî çoğalma şeklinde olabilir³¹⁴. Malvarlığındaki eksilmenin tespiti için zarar veren davranış sonrası meydana gelen durumu ile bu davranış yapılmasa idi göstereceği durumun karşılaştırılması gerekir. Malî hak ihlali sonucu genellikle bir maddî zarar meydana gelir. Tazminata hükmedebilmek için zararın tespiti gerekmektedir. Açılacak davada zarar görenin malvarlığının şimdiki durumu ile zarar veren olay meydana gelmeseydi malvarlığının sahip olacağı durum arasındaki fark zarar olarak değerlendirilecektir. Bu fark fiilî zararı oluşturur³¹⁵. Zararın tazmini veya çoğalmasını önlemek için yapılan giderler zarar vereni bulmaya yönelik verilen ödüller de malvarlığının azalması sonucunu doğurur ve fiilî zarar sayılır³¹⁶. Haksız fiil ile hak sahibinin mal ve şahıs varlığında iradesi dışında eksilme, yani zarar meydana gelmesi halinde zararın tazminine yönelik dava açılabilir. Zarar, bir kimsenin iradesi dışında mal varlığında meydana gelen fiilî azalma ve yoksun kalacağı kâr, mal varlığında meydana gelebilecek artışların ve zarar verici fiil nedeniyle önlenmesi sonucu oluşan azalmadan oluşmaktadır³¹⁷.

³¹³ KELLER, GABİ, s. 92, (EREN, a.g.e., s. 762'den naklen); ; DESCHENAUX, TERCİER, s. 223.

³¹⁴ FEYZİOĞLU, a.g.e., C. I, 1976, s. 336; C.II, 1977, s. 473; KARAHASAN, (**Manevî**), s. 46.

³¹⁵ Friedrich MOMMSEN, Beitrage zum Obligationenrecht, Zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig, C. A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn), 1855, s. 3 (DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 164'den naklen); TUHR, (**Borçlar Hukuku**), s. 77; SCHWARZ, C. I, s. 122-123, (OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 38-41'den naklen); EREN, (**Genel Hükümler**), s. 548; NOMER, (**Maddî Tazminat**), s. 6, 8; KILIÇOĞLU, (**Borçlar Hukuku**), s. 287; ERGÜNE, (**Olumsuz Zarar**), s. 20-22; ARIDEMİR, a.g.e., s. 200.

³¹⁶ BECKER, a.g.e., s. 225; KARAHASAN, (**Manevî**), s. 49.

³¹⁷ V. TUHR, **Borçlar Hukuku**, s. 77; OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 41; EREN, (**Genel Hükümler**), s. 546; KOCAYUSUFPAŞA, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, C. II, § 4, n. 1; NOMER, (**Maddî Tazminat**), s. 6 vd.

Doktrinde maddî zarar, “*fiili zarar*” ve “*yoksun kalınan kar*” olarak ayrılır³¹⁸. Zarar; gerçek zarar, yoksun kalınan kazanç, bedensel zarar, nesnel zarar, diğer zararlar, doğrudan zarar ve dolaylı zarar şeklinde olabilir³¹⁹.

Yargıtay açılan maddi tazminat davasında maddî zararın ne olduğunun açıklattırılması ve maddî zararın gerçekten ileri sürüldüğü kadar olup olmadığının araştırılmasını, zararın tutarının tespit edilmesi gerektiğini belirtir³²⁰.

Doktrinde çoğunluk görüşüne göre dayanak olan TBK genel hükümleri uyarınca manevi hak sahibi mutlaka manevî bir zarara uğramış olmalıdır³²¹. FSEK m. 70/f. 1 hükmünde tazminatın manevi hak ihlali sonucu uğranılan manevî zarara karşılık olacağı açıkça düzenlenmiştir³²².

Haksız fiile ilişkin şartların varlığı halinde hak sahibi eylemin haksız fiil olması nedeniyle malî hakların ihlali halinde şartlar bulunduğu takdirde maddî zararın yanı sıra istisnaen manevî olarak da zarar görmüşse hem maddî hem de manevî tazminat davası açabilir. Örneğin, bir gazetecinin bir sanatçının kamuya sunulmamış eserlerinin gizlice fotoğraflarını çekerek bunları gazetede yayınlaması halinde eser sahibinin malî hakları ve kamuya sunma hakkından doğan manevî hakkı tecavüze uğradığından, bu kimse hem maddî hem de manevî tazminat davası açabilir³²³. Yargıtay ise malî hakların devredilmesiyle taraflar arasında farazî sözleşme ilişkisi doğduğunu ve bu sebeple de eser sahibinin manevî haklardan eserin umuma arzına

³¹⁸ V. TUHR, (**Borçlar Hukuku**), s. 78-79; TANDOĞAN, (**Mes’uliyet Hukuku**), s. 64-65; SCHWARZ C. I, s. 123, OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 40; EREN, (**Genel Hükümler**), s. 548; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 559.

³¹⁹ DESCHENAUX, TERCIER, a.g.e., s. 21, 22; EREN, buna ek olarak takip eden veya refakat eden zarar türünü doğrudan ve dolaylı zararın özellikli durumu olarak açıklamıştır. EREN, (**Genel Hükümler**), s. 548-553; TANDOĞAN, (**Mes’uliyet Hukuku**), s. 69-71.

³²⁰ 4. HD. 21.02.1974, E. 14318, K. 1974/821, (SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 851’den naklen).

³²¹ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 410; YASAMAN, (**Tazminat**), s. 812; EREL, a.g.e., s. 345. Tekinalp, manevi tazminat için eser sahibinin herhangi bir manevi hakkının ihlalinin yeterli olacağını, ayrıca eser sahibinin zararının ispatının gerekmeyeceğini, FSEK’in ihlal olgusuyla manevi zararın da oluştuğunu kabul ettiği, tecavüz ile zarar arasında ispatı gerektirmeyen bir sebep sonuç ilişkisi olduğunu savunur. TEKİNALP, a.g.e., s. 328-329; Aynı görüşte ARIDEMİR, a.g.e., s. 201; ÖZTAN, a.g.e., s. 671; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 806; Aksi görüş AYİTER, a.g.e., s. 262; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 411; EREL, a.g.e., s. 345.w

³²² İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m., s. 87; Engin ERDİL, **Fikir ve Sanat Eserleri Açısından İşlenme Eserler**, İstanbul 2003, s. 483, KARAHASAN, M. (**Manevî**), İstanbul 2001, s. 56.

³²³ TEKİNALP, a.g.e., s. 316.

da muvafakat edildiğini kabul etmiş ve bu eylemde eser sahibinin adının belirtilmesi hakkının ihlal edilmediği görüşünü benimseyerek manevî tazminatın reddini içeren hükmü onaylamıştır³²⁴. Oysa mali hak devri manevi hakkın da devredildiği anlamına gelmez³²⁵. Malî ve manevî haklar farklı menfaatleri koruduğundan malî hak devredilse dahi kişi manevî hak ihlaline dayalı manevî zararı için tazminat talep edebilir.

Mali hakları ihlal edilen kişiler maddî tazminat davası açabilmelerinin yanı sıra TBK m. 58 gereğince manevî tazminat davası da açabilirler³²⁶. Eser sahibinin manevî haklarında zarar, eserin bozulması, değiştirilmesi, eser sahibinin adının belirtilmemesi, eserin başkasına aitmiş gibi gösterilmesi şeklinde oluşur³²⁷.

Manevi tazminat zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesidir³²⁸. Manevî zarar kişinin manevî değerleri yönünden bir eksilmeyi belirtir³²⁹. Manevî zarara ilişkin doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Alman hukukuna dayalı olan objektif görüşe göre, maddî olmayan zarar ile geniş anlamıyla kişilikte oluşan eksilme manevî zarardır. Bu görüş kişinin psikolojik durumundaki değişikliklerle ilgilenmez. Kişinin kişilik değerleri, maddî, duygusal ve sosyal kişilik değerleri olarak üçe ayrılır. Bu değerlerdeki eksilmeler ayrı ayrı hesaplanarak manevî zarar bir bütün olarak belirlenir.

İsviçre Türk hukukunda ise subjektif görüş hakimdir. Psikolojik varlığa etki bu görüşün temelini oluşturur. Bu görüşe göre kişi psikolojik ve fiziksel acı, ağrı, üzüntü duymaktadır. Böylece manevî bütünlüğü bozulmakta, yaşama sevinci azalmakta yahut kaybolmaktadır. Telafi görüşü ile hukuka aykırı saldırı nedeniyle oluşan acı,

³²⁴ 11. HD. T. 24. 11. 2010, E. 111881, K. 2010/11996, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 13. 07. 2013.

³²⁵ "...Müzik yapımcısı dava dışı M....ile davacı K...arasında yapılan devir sözleşmesi uyarınca davacı eserin sadece malî haklarını devralmış olduğundan, mahkemece manevî tazminata karar verilmemesi doğru olmamıştır." 11. HD. T. 28. 10. 2013, E. 2013/2602, K. 2013/18920.(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 02.01.2014.

³²⁶ TEKİNALP, a.g.e., s. 333; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 800; KILIÇOĞLU, (Fikrî hak), s. 415; ERDİL, (İşlenme), s. 164.

³²⁷ AYİTER, a.g.e., s. 262; EREL, a.g.e., s. 261.

³²⁸ VON TUHR, PETER, s. 125 vd.; KELLER, GABI, s. 114 ;EREN, (Genel Hükümler), s. 802'den naklen); DESCHENAUX, TERCİER, s. 258;OĞUZMAN, ÖZ, C. 2, s. 253;ÖZTAN,(Fikir ve Sanat), s. 138.

³²⁹ TANDOĞAN, (Mes'uliyet Hukuku), s. 67; SCHWARZ, a.g.e., s. 124.

elem ve ıstırabın telafisi amaçlanır. Tatmin görüşünde zarara uğrayanın malvarlığında bir çoğalma sağlayarak acı ve üzüntüsü unutturulmak amaçlanır³³⁰.

Manevi tazminatın nitelik ve işlevinde doktrinde telafi tatmin ve ceza olduğu³³¹ görüşleri bulunmaktadır. Kanaatimizce, manevi tazminatın amacı uğranılan manevi zararı aynen veya nakten telafi etmektir.

Manevî tazminat davası açılabilmesi için manevî bir zararın doğmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar manevî hakkın ihlalinin yeterli olduğunu, manevî zararın varlığının ispatının gerekmediğini, ihlalle birlikte manevî zararın oluştuğunu, tecavüz ile zarar arasında ispata gerek olmayan bir sebep sonuç ilişkisi bulunduğunu savunurlar³³². Aksi görüşte olan yazarlar manevî zararın, tazminat talep edilebilmesinin şartı olduğunu belirtirler³³³. Yargıtay da manevî tazminat talebi için manevî zararın ispatının gerekmediğine dair kararlar vermektedir³³⁴. FSEK m. 70/f. 1 hükmünde açıkça uğranılan manevî zarara karşılık manevî tazminat istenebileceği düzenlendiğinden kanaatimizce manevî zararın bulunması manevî tazminata hükmedilebilmesi için gerekli bir şarttır. Bu nedenle Yargıtay'ın kanun düzenlemesine aykırı olarak manevi zararın bulunmasının gerekmediğine yönelik içtihatları yerinde değildir.

4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik FSEK m. 70/f. 1 hükmündeki “*kusuru varsa zarar ve ziyan*” ifadelerini madde metninden çıkartmıştır. Maddede manevî hakların ihlalinde maddî zararın da tazmini öngörülmekte iken yapılan değişiklik ile sadece manevî zarar tazmini mümkün olduğu düzenlemesi yapılmıştır. Oysa manevî hakların ihlalinde de eğer maddî zarar doğmuşsa malî hakların ihlalinde olduğu şekilde maddî zararın tazmini ile maddî tazminatın da verilebilmesi gerekir.

³³⁰ KARAHASAN, (Sorumluluk), s. 88; KARAHASAN, (Sorumluluk ve Tazminat), s. 1142; FRANKO, a.g.e., s. 123; VON TUHR, PETER, s. 126, EREN, (Genel Hükümler), s. 808'den naklen); TANDOĞAN, (Mes'uliyet Hukuku), s. 330, 331; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 655; OĞUZMAN, ÖZ, C. 2, s. 253.

³³¹ OFTİNGER, I , s. 291; BREHEM -BK OR, Art 4, s N 36 vd.; Art 49 N 18, (EREN, (Genel Hükümler), s. 807'den naklen).

³³² TEKİNALP, a.g.e., s. 327-329; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 671, 672; EREL, a.g.e., s. 347.

³³³ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 410.

³³⁴ 11.HD. T. 14. 09. 2009, E. 2009/790, K. 2009/9383, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C.II, s. 2122 dpn. 51; HGK. T. 01.05.2002, E. 2002/11-283, K. 2002/340, HGK. T. 02.04. 2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271, (OĞUZ, ÖZDEN, a.g.m., s. 955'den naklen).

Maddenin ilk fıkrasının metninde öncesinde maddi tazminat da talep edilebileceği düzenlenmişken yeni düzenlemede Borçlar Kanunu ile uyum sağlaması amacıyla bu ibare maddeden çıkartılmıştır. Maddi tazminat talep edilebilmesi için bu hususun maddede yazılı olması da geremez. TBK haksız fiil hükümlerine gidilerek da maddi tazminatın şartları varsa her zaman açılacaktır³³⁵.

Hakkın sahibi ihlal nedeniyle birden fazla eseri hakkında tazminat talebinde bulunmuşsa, mahkeme her eser için ayrı ayrı tazminata hükmedebilir. Ayrıca tazminat ilkelerine asıl olan gerçek zararın tazmin edilmesidir. Eğer bir yabancı para borcu varsa ki bu sözleşmeden doğabileceği gibi haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve benzeri nedenlerle de doğabilir. Alacağın yabancı para bazında doğduğu ispatlandığında, alacaklı talebini TBK m. 99 gereğince yabancı para cinsinden yapabilir. Eğer zarar, yabancı para cinsinden karşılanmışsa, tazminat yabancı para alacağı olarak kabul edilebilir³³⁶.

4. Tazminat Davasında Kusurun Gerekliliği

Borçlar hukukunun bir parçasını oluşturan sorumluluk hukukunda, kusur ilkesi hakimdir³³⁷. Haksız bir fiil ile başkasına zarar veren kimse ancak kusurluysa bu zararı tazmin ile yükümlüdür. Kural olarak kusur haksız fiil sorumluluğunun sübjektif şartıdır. Ancak objektif veya sebep sorumluluğu adı verilen kusursuz sorumluluk hallerinde de haksız fiili gerçekleştirenin kusursuz sorumluluğu mevcuttur³³⁸. Haksız fiil mahiyetindeki fikri hak ihlallerinde FSEK m. 66/f. 3 hükmündeki ref için kusurun aranmayacağına ilişkin hükümler ihlal nedeniyle açılacak tazminat davalarında geçerli değildir. Çünkü FSEK'in haksız fiiller ilişkin

³³⁵ ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 673.

³³⁶ Karikatürist ve ressam olan davacının eserlerinden bir kısmının canlandırma şeklinde işlenerek bir kanalda yayınlanmasına ilişkin açılan davada Yargıtay, tazminat ilkelerinde asıl olanın, gerçek zararın tazmini olduğunu, yabancı para borcunun sözleşmeden doğabileceği gibi, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme vb. nedenlerle de doğabileceği, bu hallerin varlığında, aynı alacağın yabancı para bazında doğduğu kanıtlandığı hallerde alacaklının talebini BK. m. 83 gereğince yabancı para olarak yapmasında bir engel bulunmadığını, maddî tazminat hesabının talep gibi yabancı para üzerinden hesaplanması gerektiğini belirtmiştir.11. HD.T. 03. 02. 2000, E. 1999/7019, K. 2000/616. PEKCANITEZ, Hakan, **Yabancı Para Alacaklarının Tahsili**, 3. Bası, Yetkin Yayınevi, s. 46 vd., Ankara 1998;KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, C. III, s. 101.

³³⁷ EREN, a.g.e., s. 19.

³³⁸ TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 497;YİĞİT, a.g.e., s. 281.

hükümlere atfı gereği Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağından kusurun aranması gerekir.

TBK m. 50/f. 1 deki “*Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.*” hükmü ile haksız fiillerde tazminat miktarının belirlenebilmesi için zarar ve kusurun açıkça ortaya konulması gerekir.

Kusur hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istemiş olmamakla birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeteri derecede kullanmamaktır³³⁹. Kusur, kast veya ihmal şeklinde olur. Haksız fiil sorumluluğunda, kusurun derecesi tazminat hesaplamasında önem taşır. Kusurun ağırlığına göre sorumluluk kapsamı genişler. Doktrinde ağır kusur, kast ve ağır ihmal hallerini; hafif kusur ise, hafif ihmali ifade etmektedir³⁴⁰.

İhmal, hukuka aykırı sonucun istenilmemesi ve göze alınmamasına rağmen bundan kaçınmak için gereken iradenin ve gereken dikkatin, tedbirin yahut özenin yeterince gösterilmemesidir³⁴¹. Herkesin göstereceği dikkat ve özendenden yoksunluk ağır ihmal oluştururken, dikkatli ve tedbirli kimselerin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesi hafif ihmali oluşturur. İhmalin derecesi belirlenirken, söz konusu olay ile ilgili normal insan tipi esas alınır.

³³⁹ Türkan RADO, **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, İstanbul 1992, s. 37; BÄHLER, Willi, Die Arbeitgeberhaftpflicht. Haunenstein Verlag Olten 1961, s. 49, (KILIÇOĞLU, **(Tazminat)** s. 7’den naklen); DESCHANEUX, TERCIER, s. 49; REİSOĞLU, a.g.e., s. 146; SCHWARZ, a.g.e., s. 108; TANDOĞAN, **(Mes’uliyet Hukuku)**, s. 45; EREN, **(Genel Hükümler)**, s. 596; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 492; VON TUHR, PETER prg 47, I, s. 428vd.; OFTİNGER, I, s. 141 vd.; KELLER, GABİ, s. 52vd.; BECKER, Art. 41, N. 92vd., (OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 54’den naklen).

³⁴⁰ OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 56; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, C. II, § 7, n. 16; KILIÇOĞLU, **(Borçlar Hukuku)**, s. 303; EREN, **(Genel Hükümler)**, s. 596.

³⁴¹ TANDOĞAN, **(Mes’uliyet Hukuku)**, s. 48-49; OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 58; EREN, **(Genel Hükümler)**, s. 598; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, C. II, § 7, n. 14; NÖMER, **(Borçlar Hukuku)**, s. 125, n. 114; KILIÇOĞLU, **(Borçlar Hukuku)**, s. 302; REBER (AHLBERG, GÖTTİNG), BeckOK, UrhG § 97 Rn. 101 (§ 276 Abs. 2 BGB), (DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 172’den naklen).

Doktrinde ihmalin belirlenmesinde objektif kıstas çoğunluk tarafından savunulmaktadır. Burada gösterilecek özen, aynı şartlar altında, aynı türdeki kişilerin, iş hayatında gösterdikleri gerekli özendir³⁴².

FSEK m. 70/f. 2 eser sahibinin malî haklarının kusurlu olarak ihlâl edilmesi durumunda, *“haksız fiillere ilişkin hükümlere dayanılarak tazminat talep edilebileceği”* hükmünü getirerek TBK m. 49 vd. maddelerine atıf yapmıştır³⁴³.

TBK m. 58’de kusurdan bahsedilmemişse de TBK m. 58, TBK m. 49’un bir devamı niteliğinde olduğundan FSEK m. 70 gereği manevî hakların ihlali halinde, manevî tazminat istenilebilmesi için tecavüzde bulunanın kusuru olması gerekir³⁴⁴.

Doktrinde FSEK m. 70/f. 1’de kusurdan bahsedilmemesinin nedeninin TBK’nda buna ilişkin düzenlemenin bulunmasından kaynaklandığını savunulur. Haksız fiillere ilişkin düzenlemede kusur şartının aranması, kusurlu sorumluluk ilkesine tabi olan manevî tazminat davalarında kusurun aranması gerektiği baskın görüştür. Bir kısım yazar manevî hak ihlali açılan manevî tazminata ilişkin FSEK m. 70/f. 1 düzenlemesinde kusurun aranmayacağı görüşündedir³⁴⁵.

Bir kısım yazar ise Mülga BK’daki 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda manevi tazminata hükmolunması için kusurun aranması gerektiğini

³⁴² EREN, (**Genel Hükümler**), s. 599; TANDOĞAN, (**Mes’uliyet Hukuku**), s. 50-54; SCHWARZ, C. I, s. 112-115; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, C. II, § 7, n. 15; KILIÇOĞLU, (**Borçlar Hukuku**), s. 302.

³⁴³ TBK m. 49 *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiil yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”* hükmünü içerir. Maddede haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hukuka aykırı bir eylem ve kusur şartı bulunmaktadır.

³⁴⁴ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 412; OĞUZ, ÖZDEN, a.g.m., s. 956; EREN, (**Genel Hükümler**), s. 817.

³⁴⁵ TEKİNALP, FSEK m. 70 dayanağı olan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda kusur ve saldırının özel ağırlığı şartının kaldırıldığını, mülga BK m. 49’da kusurdan sözedilmediğini, bu nedenle FSEK m. 70’in örnek aldığı BK hükmü ışığında FSEK m. 70 hükmüne kusur şartı konulamayacağını belirtmektedir. Yazar, bu düşüncenin FSEK yönünden geçersiz olduğunu, FSEK m. 67/f. 2 hükmünde de eser sahibinin adı ile ilgili manevî hakkının ihlali ref davası açılmasında kusur aranmadığını, diğer manevî haklarda da aynı sonucun çıkartılmasının uygun olduğunu düşünmektedir. TEKİNALP, a.g.e., s. 328, 329; DURGUT, a.g.m., s. 1078; DEMİR, a.g.t., s. 94.

belirtir³⁴⁶. OĞUZMAN, ÖZ, TBK m. 58’de kusurun ağırlığına ilişkin bir şart aranmaması ve maddede kusurun belirtilmemesinin TBK’nda kusursuz sorumluluk esasının kabul edildiği düşüncesine yol açmayacağını belirtir³⁴⁷. BEŞİROĞLU, FSEK m. 66/son fıkrasında tecavüz edenin kusuru olup olmadığı, varsa kusurun ağırlığının arandığını, burada yalnızca hizmetini yerine getirdikleri sırada bir işletmenin temsilcisi olan kimse ya da çalışanlar bakımından kusursuz sorumluluğun aranıp, ihlalde bulunan yönünden kusurun aranmayacağını düşünölemeyeceğini, ihlali gerçekleştirenin kusurunun tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olacağını belirtir. Yazar, mülga BK m. 49 hükmünün değıştirilmesi nedeniyle manevî tazminat davalarında, haksız fiilde bulunan kişinin kusurunun aranmayacağı şekildeki yanlış anlaşılmanın aynı şekilde TBK m. 58’de de aynı şekilde düzenlenme nedeniyle tereddüte yol açtığını, oysa 818 sayılı Kanun’un 41inci maddesinde kusurun düzenlendiğini, 5846 sayılı Kanun’da da manevî tazminat davalarında hatalı bir şekilde kusurun aranmayacağı yorumuna imkân verecek şekilde düzenleme yapıldığını belirtir³⁴⁸. Yargıtay ve Hukuk Genel Kurulu da bu görüşü benimsemektedir³⁴⁹.

Doktrinde TBK m. 58’de de kusursuz sorumluluğun sözkonusu olmadığı, kusur sorumluluğunun kabul edildiği görüşü hakimdir³⁵⁰.

³⁴⁶ SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 800; İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m., s. 91, 93; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 412, 413; EREL, a.g.e., s. 345; OĞUZ, ÖZDEN, a.g.m., s. 958; YASAMAN, (**Tazminat**), s. 812 vd.; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 800; ERDİL, **İşlenme Eserler**, s. 163; ŞAHİN, a.g.t., s. 189.

³⁴⁷ OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 258.

³⁴⁸ BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 585-586.

³⁴⁹ 11. HD. E. 2005/8095, K. 2006/7919, HGK. T. 02. 04. 2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2124, dpn. 60’dan naklen); FSEK’in 68 ve 70/f. 1 maddeleri anlamında tazminatların talep edilebilmesi için davalıların kusurlu olmalarının şart olmayıp, ihlal kabul edilen eylemlerin yapılmasının yeterli olduğu belirtilen kararda, Beyza Müzik Ltd. Şti’nin davalı tarafın ürettiği yazılım programını pazarladığı, davalı tarafın davacının ürettiği yazılım programının üç bölümünü kopyaladığı gerekçeleriyle, maddî tazminata ilişkin davanın kabulüne, manevî tazminata ilişkin olarak ise talebin kısmen kabulüne, hükmün ilanına, diğer istemlerin reddine dair verilen karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T. 04. 07. 2006, E. 2005/8095, K. 2006/7919, www.kazanci.com. Erişim T. 11. 10. 2014.

³⁵⁰ OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 271; EREN, (**Genel Hükümler**), s. 788; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, s. 694; KILIÇOĞLU, “**Medenî Hukukta Manevî Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik**”, Tandoğan Armağanı, s. 103 vd.

FSEK m. 70/f. 1’de yapılan değişikliğin, yalnızca kusurun ağır olması şartından vazgeçilmesi sonucunu doğuran ve hafif kusurun yeterli olacağı yolunda yapılan bir değişiklik olduğu savunulur³⁵¹. KILIÇOĞLU, fıkra da manevî hakların ihlali halinde, manevî tazminat ödenmesine hükmedilmesi için manevî zararın yeterli olduğuna ilişkin yapılan değişikliğin yerinde olmadığını, manevî hakların ihlali bir haksız fiil oluşturduğundan tazminat davalarında TBK m. 49’da düzenlenen genel hükümler gereği kusurun aranması gerektiğini belirtir. Yazar, mütecavizin eser sahibi ile bir sözleşme ilişkisi bulunmayan hallerde TBK m. 66 adam çalıştırmanın sorumluluğu, eser sahibi ile bir sözleşme ilişkisi varsa TBK m. 116 gereği yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk gibi kusursuz sorumluluk meydana gelebileceğini savunmaktadır³⁵². KILIÇOĞLU, manevî hakların ihlâlüne dayalı manevî tazminatın FSEK m. 70’de özel olarak düzenlendiğini ve burada TBK 58’deki manevî tazminatın, fikrî haklarda manevî hakların ihlâlüne ilişkin özel bir uygulaması olduğunu belirtir. Yazar, 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile TBK m. 58 hükmündeki kişilik haklarının ihlali de açılacak manevî tazminat davası ile paralellik sağlanılmaya çalışıldığını belirtir³⁵³.

Kanaatimizce Kanun’un eser sahibi lehine yorum ilkesine dayanması, 70/ f. 2’ de açıkça kusurun düzenlenmesine rağmen ilk fıkra da belirtilmemesi, manevî hak ihlallerine ilişkin ref davalarında da kusurun aranmaması gibi gerekçeler manevî

³⁵¹ KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), a.g.e., s. 409; EREL, a.g.e., s. 345; YASAMAN, (**Tazminat**), s. 812, 813; Engin ERDİL, **İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi**, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 577; DURGUT, agm, s. 1078, 1079; SULUK, ORHAN, C. II, Arıkan Yayınevi İstanbul 2005, s. 800; DEMİR, agt. s. 94; Yargıtay Ahmet Muhip Dranas’ın Fahriye Abla adlı eserinin bir televizyon programında canlandırılmasının şairin ruhuna ve şöhretine gölge düşürdüğü manevî haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle açılan davada, manevî hakların ihlal edilmesinin yeterli olduğu ayrıca mütecavizin kusurunun aranmayacağı yönünde karar vermiştir. YHGK. 01.05.2002 T, E. 2002/11-283, K. 2002/340; YHGK T. 02. 04. 2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271, (ERDİL, a.g.e., s. 584-588’den naklen).

³⁵² KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 413; Ahmet KILIÇOĞLU, “**5846’daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevî Hakların İhlalinden Doğan Zararların Tazmini**”, Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 1, S. 3, 2001, s. 27-28; Yeni TBK’ nda eski BK m. 55 de düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğa ilişkin olarak, alacaklının borçlunun hizmetinde olması durumuna yer verilmemiş ve borçlu sözleşmeyle düzenlense dahi hafif kusurundan dolayı sorumsuz olduğuna ilişkin taraflar anlaşma yapamayacaklardır. Oysa eski maddede hafif kusura ilişkin taraflar arasında sözleşme ile borçlunun sorumsuzluğuna gidiliyordu. Madde eski madde metnindeki “sanat icrasını” da uzmanlık gerektiren bir hizmet meslek veya sanat olarak genişletmiştir.

³⁵³ KILIÇOĞLU, (**Manevî Haklar**), s. 26- 28, Aynı görüşte DALYAN, a.g.e., s. 243.

tazminat davalarında kusur aranmayacağına dayanak gösterilemez. Bu adil olmayan ve Borçlar Kanunu'ndaki haksız fiillerin temel yapısına aykırı bir anlayıştır. Ref davaları nitelikleri ve amaçları gereği, kusur şartını gerektirmez. Manevî tazminat davalarında ise kusurun bulunması gerekir. Manevî hak ihlaline hiçbir katkısı olmamış ve ihlalden haberdar olmayan bir üçüncü kişinin devir sonucu fiile katılması sonucu buna ilişkin haksız bir tazminat ödemesi adil değildir. Bir eserdeki adın belirtilmesi hakkının ihlal edildiğini bilmeden bunu yayınlayan yayımcı bunu bildiği ispat edilemediği takdirde ref davasından sorumlu olmalı fakat aleyhine manevî tazminata hükmedilmemelidir. Hakkaniyete uygun olan da budur. Eser sahibi lehine yorum ilkesi gereği borçlar hukukunun temel kaideleri yok sayılmamalıdır.

Yargıtay uygulamalarında, manevî haklardan birisi ihlal edilmişse, tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilmekte, kusurun varlığının araştırılmasına gerek görülmemektedir³⁵⁴. Kanaatimizce FSEK 70/f. 1'de kusura yer verilmemesinin sebebi, maddede Borçlar Kanunu'ndaki haksız fiillere ilişkin yapılan atıf nedeniyle gereksiz görülmesindendir. Burada kusurun aranması gerekir. TBK m. 50 gereği zarar ve kusur da davayı açan eser sahibi veya halefi tarafından ispat edilmelidir³⁵⁵.

Manevî tazminat davası fikir ve sanat eserlerine ilişkin ihlaller bakımından hem kusurlu sorumluluk hem de kusursuz sorumluluk hallerinde açılacaktır. Aksini düşünenler, FSEK m. 70/f. 2 de kusur aranmışken ilk fıkrada manevî tazminat davasının kusursuz sorumluluk hallerinde açılabilir olması korudukları malî ve manevî hakların farklı olması nedeniyle bir sakınca olmadığını savunurlar³⁵⁶. Kanaatimizce Kanun koyucunun amacı TBK m. 58 ile uyum sağlamaktır. TBK m. 58 hem kusursuz sorumluluk hallerine hem de kusur sorumluluğunda uygulanacak genel hüküm niteliğinde olduğundan maddede kusurdan söz edilmesine gerek görülmemiştir.

³⁵⁴ 11. HD. T. 04.07.2006, E. 2005/8095, K. 2006/7919, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11. 05. 2013.

³⁵⁵ “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler”.

³⁵⁶ YASAMAN, a.g.e., s. 813; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 413; ARIDEMİR, a.g.e., s. 203; İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m., s. 95.

FSEK m. 66/f. 2 hükmü gereği, tecavüz fiilî bir işletmenin temsilcisi ya da çalışanı tarafından görevlerini yapmakta iken gerçekleştirildiğinde işletmenin sahibi hakkında da dava açılabilir³⁵⁷. Bu kimselerin veya işletme sahibinin kusuru aranmaz.

FSEK 70. maddesine dayalı tazminat davalarında, FSEK m. 66/f. 1 ve 2'deki tecavüzün ref'ine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. FSEK m. 66/f. 3 hükmündeki kusurun aranmayacağına ilişkin düzenleme tazminat davalarında geçerli değildir³⁵⁸. Çünkü ref'i düzenleyen m. 66 hükmünde ref davalarına ilişkin kusurun aranmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Tazminat davasında ise haksız fiillere ilişkin TBK m. 49 hükmünün uygulanması nedeniyle 70 inci maddede düzenlenen tazminat davalarında ref davalarına ilişkin bu hüküm uygulanamaz.

Kusurun bulunup bulunmadığı somut olayın özelliğine göre tespit edilerek sorumlular belirlenir³⁵⁹.

³⁵⁷ “Eğitim Merkezi Müdürü, sıfatını taşıyan “Üniversite Öğretim Görevlisi” konumundaki davalının hak sahiplerinden izin alınmadan yapılacak kitap basımının ve iktibas sınırlarını aşmanın telif haklarının ihlali sonucunu doğuracağını bilmemesi mümkün olmadığı gibi, FSEK'nun 66. maddesi gereğince de temsilci sıfatı ile eylemin işlenmesinde kusurlu olmasının dahi aranmadığı belirgindir. Hal böyle olunca; davalı Üniversite ile Üniversitenin haksız fiil tarihindeki Sürekli Eğitim Merkezi (MEUSEM) Müdürü olan davalı G. S., ihlal oluşturan eylemden zincirleme sorumludurlar.” gerekçesi ile yerel mahkemenin direnme kararı yerinde görülmüştür. YHGK. T. 15.12.2010, E. 2010/4-607, K. 2010/663.(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 30.05.2013;.. diğer bilgisayarda ise programın hiç çalıştırılmadığı ve çalışmadığı, bu nedenle kullanıma müsait bir çoğaltmadan sözedilemeyeceği, diğer davalının işyerinde işyeri çalışanı olup kişisel ve işletmesel sorumluluğu olmadığından hakkındaki davanın reddine dair verilen karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T. 15. 09. 2014, E. 2015/1499, 2016/6271 K. ; FSEK 66/2 maddesi “Tecavüz hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa, işletme sahibi hakkında da dava açılabilir.” hükmünü haiz olup mahkemece davalının davalı şirketin temsilcisi olarak dava konusu olaydan dolayı sorumlu olduğuna karar verilmiş ise de, dosyada anılan davalının şirket temsilcisi olduğuna dair ticaret sicil kaydına rastlanmamıştır. Ticaret sicil dosyası getirtilerek davalı şirket temsilcisi olup olmadığı tespit edilerek sorumluluğu bulunup bulunmadığının tespiti gerekirken..” 11 HD. 14. 06. 2016, 2015/2979E, 2016/6593 K. www.uyap.gov.tr, Erişim T. 23. 11. 2016.

³⁵⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 336. 11. HD. T. 05.06.2013, E. 2011/11862, K. 2013/11758. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 13.06.2014.

³⁵⁹ “..Davalılar bienalin koordinasyonunu yapmış olup tecavüz teşkil eden fotoğrafların davacıya ait olup olmadıklarını bilmeleri kendilerinden beklenemeyeceği gibi davacı tarafından yapılan ihtar üzerine fotoğrafların derhal bienalden kaldırılmış olması karşısında tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerekirken manevî tazminat yönünden davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır. ” gerekçesi ile mahkeme kararı bozulmuştur. 11. HD. T. 08. 06. 2015, E. 2015/516, K. 2015/7926, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 26. 07. 2015.

5. İlliyet Rabıtası (Nedensellik Bağı)

Olayların normal akışı ve genel tecrübelerle göre, sorumluluk gerektiren sonuç ile sonucu doğurmaya elverişli sebep ya da olay arasındaki bağa, uygun illiyet bağı denir. İlliyet bağı, hayatın olağan akışı ve genel hayat tecrübeleri gereği meydana gelen sonuç ile bu sonucu doğurmaya elverişli sebep ya da olay arasındaki bağıdır³⁶⁰.

Yapma veya yapmama şeklinde gerçekleşen eylem, ortaya çıkan sonucun doğmasına elverişli ise uygun illiyet bağı mevcuttur. Fakat olayların normal akışı ve her türlü ihtimal dışında tamamen kendine özgü şartlar altında oluşan illiyet bağı uygun illiyet bağı değildir³⁶¹. İhlalden dolayı meydana gelen zararın tazmini için bu zararın ihlal sonucunda meydana gelmesi ve uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Kişinin sebep olmadığı bir zararın tazmini bu kimseden istenemez³⁶². Hakkın ihlali sonrasında ihlal fiilinin hangi zararlara sebep olduğunun tespiti gereklidir.

İlliyet bağına ilişkin doktrinde egemen görüş uygun illiyet bağıdır³⁶³. Uygun illiyet bağı, genel hayat tecrübeleri ve olayların akışına göre bir zarar, bir eylemin uygun ve normal sonucu gibi karşılanabiliyorsa ve eylemin zararın doğmasını kolaylaştırdığı genel olarak görülebiliyorsa eylemle zarar arasında nedensellik bağı vardır. Türk İsviçre, Alman ve Fransız hukuklarında bu görüş egemendir. Uygun illiyet bağı görüşünde amaç, fiil ile meydana gelen zararlı sonuçların, hangilerinin ne ölçüde zarar verenin sorumluluk alanına girdiğini belirlemede nesnel ölçütler koymaktır³⁶⁴.

FSEK m. 70'den kaynaklanan tazminat davalarında uygun illiyet bağı aranır³⁶⁵. Bir manevî hak ihlalinde de eser sahibinin elem ve üzüntü duyması hayatın olağan

³⁶⁰ EREN, (Genel Hükümler), s. 558.

³⁶¹ Fikret EREN, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara 1975, s. 53.

³⁶² OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 45.

³⁶³ Şart görüşünde illiyet bağı birer doğa olayı olan hareket ve sonuç arasındaki doğal bir bağıdır. Sonucun gerçekleşmesi için bütün şartlar birleşmelidir. Eylem ile sonuç arasında illiyet bağı olup olmadığına bakılır. Sonucu sınırlama konusunda yetersiz olduğundan eleştirilir. Schwarz, s. 127, 128, (OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 45'den naklen); TANDOĞAN, (İlliyet), s. 75; DESCHANEUX, TERCIER, a.g.e., s. 31; REİSOĞLU, a.g.e., s. 151.

³⁶⁴ EREN, (İlliyet), s. 64; EREN, (Genel Hükümler), s. 567.

³⁶⁵ KILIÇOĞLU, (Fikrî Haklar), s. 413, EREL, a.g.e., s. 345; İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m., s. 95

akışına uygun olup illiyet bağının varlığı karine olarak kabul edilir. Aksini ispat davalıya aittir³⁶⁶. Manevi zararın eser sahibinin manevî haklarına tecavüzden kaynaklanması gerekir. Buradaki illiyet bağı davalının davranışı ile ortaya çıkan manevî zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisidir. İlliyet bağı kişiye sorumluluk yüklenebilmesi için gerekli bir unsurdur³⁶⁷.

C. MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVASINDA TARAFLAR

1. Davacı

a.Eser sahipleri

FSEK m. 70/f. 1 hükmüne göre manevî hak sahibi olan kimse, eserin umuma arzı, eserde adının belirtilmesi, eserin bütünlüğünün korunması veya değişikliği men ve eserin aslına ulaşma haklarının ihlalinde manevi tazminat davası açabilir. Eser sahibinin tazminat davası açma hakkının yanı sıra manevi hakların ihlalinde FSEK m. 19’da belirtilen durumlarda ve maddede sayılan kişiler de kanun gereği bu davayı açabilir³⁶⁸. Diğer yandan FSEK m. 19’da sayılan kimseler de manevî yetkilerini her eser için ayrı ayrı kullanırlar³⁶⁹. FSEK m. 19/f. 1 hükmünce eser sahibi sağlararası

³⁶⁶ TEKİNALP, a.g.e., s. 327, 328; İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m., s. 95; KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 413, 414.

³⁶⁷ OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 270; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2125.

³⁶⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 312; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 676; EREL, a.g.e., s. 670-674; AYİTER, a.g.e., s. 203; Davalı tarafından ödül törenlerinde dağıtılan küçük heykelciklerin orijinal heykelin aslına bağlı kalınmadan üretildiği, bu durumda FSEK m. 16 gereğince eser sahibinin ve mirasçılarının bu değiştirmeleri engelleme yetkisi bulunup davalıların bu eyleminin madde anlamında bir manevî hak ihlali oluşturduğu, dağıtımını her yıl tekrarlanmakta olduğundan ve en son 30/04/2007 tarihli ödül töreninde gerçekleşen dağıtım nedeniyle hukuka aykırı bu eylemin süreklilik göstermesinden dolayı zamanaşımının geçmediği, mirasçıların manevî hak konusunda dava tarihinde talepte bulunma yetkilerinin mevcut olduğu, dava konusu heykelciklerin 10 yıldır dağıtılıyor oluşunun manevî hak ihlalinin ortadan kaldırmayacağı ve bu yönde sessiz kalma yoluyla hak kaybının söz konusu olmayacağı, 40. maddedeki hükmün ise eserin bütünlüğü bozulmuş ve değiştirilmiş versiyonlarının ödül törenlerinde ödül olarak dağıtılmasını haklı ve meşru kılmadığı gerekçesi Yargıtay Dairesince kabul görmüştür. 11. HD, T. 10.06.2010, E. 2008/11769 K. 2010/6693. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 25. 06. 2014.

³⁶⁹ Bu fıkra göre, eser sahibi kendisine tanınan salahiyyetlerin kullanılış tarzlarını tespit etmemişse yahut bu hususu her hangi bir kimseye bırakmamışsa bu salahiyyetlerin ölümünden sonra kullanılması, vasiyeti tenfiz memuruna, bu tayin edilmemişle sırayla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mensup mirasçılara, ana-babasına, kardeşlerine aittir.

bir işlemle, manevî hakların kullanılması yetkisini üçüncü bir kişiye bırakmışsa da durum aynıdır. Bu kimseler manevi tazminat davasını açabilirler.

FSEK m. 70/f. 2 gereğince açılan maddi tazminat davalarında da eser sahibi, mali hak sahibi veya hakkın devredildiği kimse ile mali hak kullanımının devredildiği kimseler davayı açabilirler.

(1).Ortak eser sahipleri

Ortak eseri oluşturan bölümlerden her biri o bölümü yaratanın özelliklerini taşıması dolayısıyla o bölümün sahibi o bölüme ait eser sahibidir³⁷⁰. Ortak eser sahipleri, FSEK m. 9 gereği eserin bütününe yapılacak tecavüzlere karşı dava açabilirler. Eserin bütünü hakkında diğerlerini temsilen dava açabilecekleri gibi kendi meydana getirdiği bölümler için tek başlarına da dava açabilirler³⁷¹.

Her bir eser sahibi bütün eserin değiştirilmesi veya yayımlanması için diğerlerinin katılımını isteyebilir ve haklı sebep olmaksızın katılmayan hakkında mahkemen izin alabilir. Müdahale hususunda anlaşamazlarsa; mahkeme, uyuşmazlığı eser sahibinin muhtemel arzusuna uygun bir şekilde basit yargılama usulü ile çözer. Ortak eseri oluşturan bölümlerin herbirinin sahibi diğerlerine gerek olmadan men, ref, bedel ve tazminat davalarını açabilirler³⁷². Sinema eserleri dışında birlikte meydana getirilen eserlerde eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişiler, malî hakları kullanma yetkisine sahip olduğundan tazminat davasını da açabilir.

³⁷⁰ AYİTER, a.g.e., s. 98; TEKİNALP, a.g.e., s. 151.

³⁷¹ OĞUZMAN, BARLAS, a.g.e., s. 149; ERDİL, a.g.e., s. 573; TEKİNALP, a.g.e., s. 145, 146, 322;11. HD. E.2001/2687, K.2001/5080, T. 4.6.2001 “*Aralarındaki sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin, işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin malî hak sahipleri, bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Davacı şirket, davalı ve diğer çalışanlarla birlikte hazırlanan ve davacının işyerinden ayrıldıktan sonra davalının bastırıldığı davaya konu eserin malî hak sahibi olup, bu eserin manevî haklarının sahibi değildir. Bu nedenle, bu eserden dolayı davalıdan manevî tazminat isteyemez.*” <http://www.kazanci.com>. Erişim T. 22. 09. 2012; Aynı mahiyetteki 11. HD. 03.05.2004, E. 2003/11009, K. 2004/4829; 11. HD. 23. 02. 2004, E.2003/7032, K. 2004/1586 sayılı yayınlanmamış kararı; SULUK, ORHAN, a.g.e., s.315, 189 sayılı karar.

³⁷² Ortak eser sahiplerinden birisinin eserin alenileşmesinden veya tamamlanmasından önce ölmesi halinde FSEK 64 gereğince hissesi diğerleri arasında taksime uğrar. Bunlar ölenin mirasçılarının münasip bir bedel ödemek zorundadır. Miktarı uzlaşamazsa mahkemece bedel tespit edilir. Eserin alenileşmesi sonrasında ortak eser sahiplerinden birisi ölürse diğerleri ölenin mirasçılarıyla birliği devam ettirip ettirmemekte serbesttirler.

FSEK m. 18'e göre malî hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir. Bu kuralın istisnası FSEK 18/f. 2 hükmüdür³⁷³. Tüzel kişiler eser sahibi olamazlar. Eseri bizzat yaratan kişi olmadıkları halde, belli şartlarda işverenler, tüzel kişiler veya yayımcılar esere ilişkin malî hakkın sahipliğini değil, kullanma hakkını edinirler³⁷⁴. Eserin malî hak sahibi olan şirket, maddî tazminat isteyebilir; fakat hak ihlali sebebiyle manevî tazminat isteyemez³⁷⁵. Örnek olarak; eser niteliğindeki internet sitesinin ve içerik yaratımının gerçek veya tüzel kişinin işçisine veya hizmetlisine ait olduğu durumda, özel bir sözleşme düzenlenmemiş veya işin mahiyetinden aksine sonuç çıkarılması mümkün değilse, siteyi hazırlayan kişi, eserin sahibi olmakla birlikte eserden kaynaklanan malî haklar ve her türlü yararlanma, kullandırma ile devir hakları, işverene ait olur. Fakat işveren manevî hak sahibi olamaz³⁷⁶.

TEKİNALP'e göre FSEK m. 18/f. 2 hükmü gereği çalıştıran veya tayin eden kendiliğinden malî hakları elde eder³⁷⁷. EREL ise burada kullanma hakkı yetkisinin

³⁷³ Fıkra hükmü, “*“Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır.”* şeklindedir. TEKİNALP, a.g.e., s. 139; EREL, a.g.e., s. 192-193; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 173; OKUTAN NILSSON, “**Tüzel Kişiler**”, s. 489, 490; “*...mimari projeler hazırlayan şirkette iş akdi ile çalışan ve daha sonra işten ayrılan mimarın, projede başka mimarca izinsiz yapılan değişiklik ve adın çıkartılması eyleminde malî hak sahibinin işveren olduğuna dair.*” 11.HD. T.25.04.2005; E. 2004/7602, K. 2005/4156, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, . 2134, dpn. 97.

³⁷⁴ 11. HD. 1994/982 E, 1994/2011, K. 11. 03. 1994; GÜNEŞ, a.g.e., s. 87.

³⁷⁵ 11.HD. T. 04.06.2001, E. 2001/2687, K. 2001/15080, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 23. 05. 2013.

³⁷⁶ Davacının oyunun yapımcısı olduğu anlaşılan A.Ş.'ye bağımlı, ücrete dayalı sürekli bir iş ilişkisi içerisinde metin yazarlığı ve oyun yazarlığı yaptığı, hizmet ilişkisi içinde meydana getirilen davaya konu eserin mali haklarını kullanma yetkisinin FSEK'in 18/2. maddesi gereğince davalıya bir kez bedelsiz olarak TV'de gösterim için muvafakat veren yapımcıya ait bulunduğu, bu sebeple davalıya verilen yayın izninin hukuka uygun olduğu, davacının maddi ve manevi haklarının ihlalinin söz konusu olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ve Yargıtay'ca onanmıştır. 11. HD., T. 23.06.2014, E. 2014/5941, K. 2014/11903, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 12. 01. 2017; FSEK Tasarısı m. 18/f. 2 de ise “*İşverenin kullanabileceği hakların kapsamı mali haklar ile bu hakların kullanımının gerektiği ölçüde manevi haklar olarak belirlenmekte, FSEK m. 18/3 uyarınca bir eserin yapımcısı ve yayımcısı ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir*” hükmü kaldırılmaktadır. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

³⁷⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 137, 139.

elde edildiğini, malî hakların eser sahibinde kaldığını savunur³⁷⁸. Sözleşme ile mali hakların kullanımı eser sahibine bırakılmamışsa çalışanın eser üzerindeki malî haklardan cayma dahil hiçbir tasarruf hakkı yoktur. Tüm mali haklar çalıştıran tarafından kullanılacaktır. Çünkü; FSEK m. 18/f. 2’de yer alan hüküm kanuni karine teşkil eder. Maddede “*aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça*” ibaresi ile aksi ispat edilebilir karine bulunmaktadır.

Eser sahibi tüzel kişi ise TMK m. 50 gereği dava ehliyetini organı aracılığıyla kullanır. Tüzel kişilik sona erene kadar da bu davayı açabilir³⁷⁹.

(2). Elbirliği eser sahipliği

FSEK m. 10/f. 2 son cümlesi uyarınca da elbirliği halinde eser sahipliğinde, manevî haklara tecavüz halinde manevî tazminat davasını eser sahiplerinden herbiri veya bir kısmı açabilir. Miras yoluyla intikal eden malî hak ise elbirliği halinde olduğundan birlikte kullanılmalıdır³⁸⁰.

Eser üzerindeki malî hakkı ihlal edilen eser sahibi, eğer o ölmüşse mirasçıları bu davayı açabilir. Tazminat davası bakımından, birlik çıkarına hareket eden eser sahibi tazminat tutarı yönünden tazminatın, ortaklığın tazminatı olması nedeniyle tek başına hareket edemez³⁸¹. Elbirliği mülkiyetinde TBK m. 624 gereği tüm hukukî tasarruflar

³⁷⁸ EREL, a.g.e., s. 193.

³⁷⁹ DOĞANAY, a.g.m., s. 95-106.

³⁸⁰ Ünsal PİROĞLU, “FSEK 19. Maddeyle İlgili Son Yargıtay Kararlarının Analizi”, FMR Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, (s. 146-164), s. 155; Dava 5846 sayılı FSEK hükümleri uyarınca davacının murisine ait esere vaki tecavüzün men’i maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Davaya konu eserin sahibinin davayı açan mirasçı dışında başka mirasçısının da bulunduğu dosyadaki veraset ilamından anlaşılmıştır....Medeni Kanun hükümlerine göre mirasçılar arasında murisin malvarlığı, hak ve borçları yönünden iştirak halinde mülkiyet hükümleri geçerlidir. Bu nedenle de dava konusu esere ilişkin FSEK’den kaynaklanan hakların ileri sürülmesi açısından mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı mevcuttur. 11. HD, T. 03. 03. 2016, E. 2015/5436, K. 2016/2408, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, Erişim T. 09. 03. 2017.

³⁸¹ ARSLANLI, a.g.e., s. 70; EREL, a.g.e., s. 62; TEKİNALP, a.g.e., s. 153; Bir gerçek veya tüzel kişinin biraraya getirdiği kişilerce oluşturulan eserlerde eseri meydana getirenler arasında elbirliğiyle eser sahipliği vardır. Bu kişiler aksi sözleşme ile kararlaştırılmamışsa eser üzerinde hakları kullanmaya yetkilidirler (FSEK m.10/3).NAL, SULUK, a.g.e., s. 76; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 262; KAÇAK, a.g.e., s. 296.

tüm maliklerin oybirliğiyle gerçekleşir. Eser sahibi malî haklarını devretse dahi manevî nitelikteki hakları ve eser sahipliği devam eder³⁸². Ortak eseri, eser sahiplerinden birinin, diğer eser sahiplerinin adını çıkartarak yayımlaması hak ihlali oluşturur ki, bu fiil adın belirtilmesine ilişkin FSEK m. 15/f. 3 hükmünün ihlali oluşturduğundan manevi hak ihlaline dayalı olarak manevî tazminatı gerektirir³⁸³.

Elbirliği halinde eser sahipliğinde eser sahiplerinin tümü manevi tazminat davası açabileceği gibi birlik menfaatlerine tecavüz edildiği takdirde tek başına da FSEK 70/f. 2 gereği tazminat davası açabilir³⁸⁴. Yargıtay, malî hak ihlalinde paylı mülkiyet sahibi davacının, davayı diğer paydaşlar ile birlikte açmamış ve diğer paydaşları da temsil etmemesi halinde ancak kendi payına düşen miktarı talep edebileceğini belirtir³⁸⁵. Yargıtay'ın yeni bir kararında da, murisin tazminat hakkının elbirliği halinde alacak olduğundan bahisle mirasçılardan birisi tarafından maddi tazminat talepli açılan davaya bakılamayacağını, davaya tüm mirasçıların iştirakının sağlanması veya miras şirketine mümessil tayini için süre verilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁸⁶. ALICA ise tazminat ya da bedel talebinin miras şirketinin malî hak üzerinde birlikte tasarrufta bulunmasını gerektiren bir hukukî işlem niteliğinde olmadığını belirtmektedir³⁸⁷. ALICA'nın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. FSEK m. 63 hükmü gereği eser sahibinin ölümü halinde malî haklar miras yoluyla geçer. Birden çok mirasçı bulunduğu takdirde elbirliği halinde mülkiyet hükümlerine göre hareket edilmesi gerekir. Kanunî ve atanmış mirasçılar da davayı açabilir. Mirasçının birisi tarafından açılan davaya devam edilebilmesi için TMK m. 640 gereği diğer mirasçıların da davaya dahil edilmesi veya davayı açanın temsilci olarak

³⁸² TROLLER, Bd. II, prg. 41/II, s. 779, 780, (ÖZTAN, **(Fikir ve Sanat)**, s. 281'den naklen).

³⁸³ 11. HD. T. 31.03.1986 1676 2869 ERDİL a.g.e., s.183-184.

³⁸⁴ ERDİL, **(Fikir ve Sanat)**, s. 514, Beta; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 185, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN a.g.e., C.II, s. 2132; KAÇAK, a.g.e., s. 299.

³⁸⁵ FSEK m. 68' e göre hükmedilecek telif tazminatının davacıların sahip olduğu miras hissesine göre tahsiline karar verilebileceğine ilişkin 11.HD. T. 29.06.2009, E. 2008/3807, K. 2009/7939, T. 04.05.2004, E.2004/981, K.2004/4942, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2016, dpn. 41.

³⁸⁶ 11. HD. T. 02.12.2011, E. 2010/5052, K. 2011/16290, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2016, dpn. 42.

³⁸⁷ A.e., C. II, s. 1885.

tayini, diğerlerinden muvafakat alınması gerekir³⁸⁸. Davanın diğer mirasçılara ihbarı yetersizdir³⁸⁹.

Kanundaki hak sahibi kavramı, eser sahibi ölmüşse onun mirasçılarını, malî hakları devir alanları ve bağlantılı hak sahiplerini kapsar. Kanun'daki değişiklik sonucu eser sahibi yerine hak sahibi ibaresinin konulmasına karşın men davasına ilişkin FSEK m. 69/f. 1 hükmünde sadece eser sahibinin zikredilmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir³⁹⁰. Kanaatimizce buradaki “*eser sahibi*” ifadesinin de hak sahibi olarak yorumlanması gerekir.

(3). Eser sahibinin ölümü halinde hakların kullanılması sorunu

Manevî hakların eser sahibine sıkı sıkıya bağlı olmaları ve mirasla intikal etmemeleri, bazı hallerde eser sahibinin zararına sonuçlar doğurabilmekte bu yetkilerin eser sahibinin talimat ve istekleri doğrultusunda olsa dahi, başkalarınca kullanılamaması sorun yaratabilmektedir³⁹¹. Bu amaçla, FSEK'nun 19uncu maddesindeki düzenleme ile eser sahibinin anılan maddede belirtilen manevî

³⁸⁸ “..somut olayda davacının murisi Necdet Koyutürk 19.10.1988 tarihinde ölmüş olup, ölüm tarihinde yürürlükte bulunan Medeni Kanun hükümlerine göre mirasçılar arasında murisin mal varlığı, hak ve borçları yönünden iştirak halinde mülkiyet hükümleri geçerlidir. Bu nedenle dava konusu esere ilişkin, FSEK'dan kaynaklanan hakların ileri sürülmesi açısından mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı mevcut olup, eser sahibi murisin davacı dışında başka mirasçısı da bulunduğu anlaşıldığından mahkemece dava dışı mirasçının açılan davaya muvafakatinin alınması veya miras şirketine bir temsilci tayininin sağlanarak yargılamanın her aşamasında re'sen göze alınması gereken taraf teşkiline ilişkin eksiklik giderildikten sonra dava konusu istemlerle ilgili olarak yargılamaya devam olunması gerekirken...” gerekçesiyle karar bozulmuştur. 11. HD. T. 03.03.2016, E. 2015/5436, K. 2016/2408, uyp.gov.tr, Erişim T. 22.05.2016.

³⁸⁹ ŞAHİN, a.g.e., s. 165; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1884; AYİTER, ruhsat sahibi üçüncü kişilere karşı ref davası açamayacağı; ancak sözleşme kapsamında ruhsat verene başvurabileceğini, ruhsat veren ruhsat sahibine karşı bu hakkı korumak ile mükellef olduğundan ruhsat verenin tecavüzün ref'i davası açmaması halinde sözleşmeye aykırılığın söz konusu olduğunu, davayı eser sahibi veya malî hak sahibi dışında kimsenin açamayacağını savunmakta idi.. AYİTER, a.g.e., s. 254; TOPALOĞLU, a.g.e., s. 107, 108; ARSLANLI'nın da aralarında olduğu çoğunluk görüşüne göre ise, ruhsat verme işlemi aynı bir etki doğurduğundan, ruhsat sahibinin de hakkını korumak için bu davayı açabileceği hatta dava açması gerekirken açmaması halinde eser sahibine ve malî hak sahibine karşı sorumlu olacağı savunulmakta idi. ARSLANLI, a.g.e., s. 209; EREL, a.g.e., s. 334; AKIN, a.g.m., s. 139.

³⁹⁰ TEKİNALP, a.g.e., s. 326; ÖZTRAK, s. 80-81; EREL, s. 344; GÖKYAYLA, (Değişiklikler), s. 22-24; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 666; BOZBEL, a.g.e., s. 577.

³⁹¹ TEKİNALP, a.g.e., 163.

haklarını kullanabilecek kişi ve kurumlar ve yetkileri belirtilmek suretiyle, eserin ve eser sahibinin ölümünden sonra da korunması amaçlanmıştır. Eser sahibinin ölümü halinde mirasçılarının manevî tazminat davasını açıp açamayacağı doktrinde tartışmalıdır³⁹². Türk Hukuku'nda mirasçılara sadece, esere saldırı halinde manevî tazminat davası açma hakkı tanınmıştır.

Medenî hukuk sahasında kişilik haklarının manevî menfaatleri ihlal edilenden başka kimseler tarafından kullanılmasına izin verilmemiştir. Zarar görenin mirasçılara da bazı hallerde kendi namlarına tazminat istemek hakkı tanınmışsa da, bu hakkın doğumu murise zarar veren eylemin aynı zamanda mirasçılara da zarar verici mahiyette olmasına bağlıdır. FSEK'de aynı şekilde eser sahibinin şeref ve itibarı ile ilgili olmaları bakımından sırf eser sahibinin şahsına bağlı olan manevî hakların ölümünden sonra yetkili şahıslar tarafından kendi namlarına kullanılarak eserin hususiyet ve mahiyetinin korunması amaç edinilmiştir.³⁹³.

Eser sahibi veya onun ölümü halinde FSEK m. 19'da sayılan kimseler tarafından manevî haklara tecavüz iddiası ile bir dava açılmadığı takdirde ise malî hak sahibi meşru bir menfaati bulunduğunu ispat ederek tecavüze ilişkin hak sahibine bir ihtarname keşide etmek suretiyle bu davayı açabilir. Gecikmesinde zarar umulan hallerde malî hak sahibi tek başına hareket edebilir.

Manevî hakları ihlal edilen eser sahibinin ölümü halinde, eser sahibi FSEK m. 14 ve 15 hükmü gereği, sağlığında kendine tanınan yetkilerin vefatı halinde kullanılış tarzını tespit etmemişse veya hakkı bir kimseye bırakmamışsa ölümünden sonra FSEK m. 19 hükmü gereği vasiyeti tenfiz memuru, sağ kalan eş, çocuklar, atanmış

³⁹² Davacının malî haklarını devraldığı "*Zeki Metince*" isimli görsel yapıtı, kendisinden izinsiz televizyonunda yayınlayarak umuma ileten yayın kuruluşuna karşı FSEK m. 68'e dayalı telif tazminatı talepli dava açılabilirliği hakkında 11. HD. T. 24. 05. 2011, E. 2009/6904, K. 2011/6282, naklen YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1561; "Davacı şirketin, çoğaltma ve yayma haklarını devir aldığı "*Saint Paul in Anatolia and Cyprus*" isimli eserle ilgili malî hakların ihlali halinde ref ve maddî tazminat istemli dava açılabilirliği; manevî tazminat isteminin sadece eser sahibi tarafından yapılabilirliği, bu nedenle malî hak sahibinin manevî tazminat isteminin reddedilmesi gerektiği" hakkında 11. HD. 23.05.2012 T. E. 2011/145, K. 2012/8628, Aynı mahiyette 11. H.D. T. 05.06.2012, E. 2011/3431, K. 2012/9773; 11. H.D. T. 11. 06. 2012, E. 2011/3839, K. 2012/10162 , (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1563-1565'den naklen).

³⁹³ ARSLANLI, a.g.e., s. 90, 91.

mirasçı, ana-baba ve kardeşler, kendi namlarına kullanırlar³⁹⁴. Manevî hakların ihlali halinde bu kimselerin manevî tazminat isteyebilmeleri için FSEK m 14, 15 ve 16'nın üçüncü fıkralarında belirtilen hallerde manevî tazminat davası açılabilceğı belirtilmektedir³⁹⁵. Eser sahibi ölmüş ve yukarıda sayılan kimselerden hiçbirisi yoksa veya bu yetkilerini kullanmıyorlarsa yahut koruma süreleri bitmişse memleketin kültürü bakımından eser önemli görüldüğü takdirde, Kültür Bakanlığı 14, 15, 16. maddelerin üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınan hakları kendi namına kullanabilir. Malî hak sahibinin bu müdahalesini haklı gösterecek meşru bir menfaatinin bulunduğunu ispatlaması gerekir³⁹⁶. Manevî haklar, terekenin dışında kaldığından FSEK m. 19/f. 1 hükmünde sayılan kimseler bu hakları, mirasçılık sıfatından dolayı iktisap etmezler. Vasiyeti tenfiz memuru yaptığı işin mahiyeti ve işlevi gereğı manevî tazminat davası açamaz³⁹⁷. FSEK m. 19'daki kimseler eser sahibi olduklarından değil, eser sahibinin yakınları sayıldıkları için bu davayı açabilirler³⁹⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1983 tarihli bir kararı ile malî bir hakkı devralan kimsenin de eser sahibinin ölümünden sonra manevi hakları kullanabilme yetkisine sahip olduğuna ve manevi hakka tecavüz nedeniyle dava açılabilceğine karar vermiştir. Kanaatimizce bu karar yerinde bir karar değildir. Buradaki temlik mali haklara ilişkin olup manevi hakları kapsamaz. Mali hak devri açık bir şekilde yazılı yapılmak zorundadır. Yalnızca temlik edilen mali haklarla sınırlı olarak devralan mali hak ihlaline dayalı maddi tazminat talebinde bulunabilir. FSEK m. 19 hükmünde sınırlı sayılan kimseler dışındakiler eser sahibinin ölümünden sonra manevi tazminat davası açamaz.³⁹⁹

³⁹⁴ DOĞANAY, a.g.m., s. 95-105.

³⁹⁵ TEKİNALP, a.g.e., s. 303; EREL, a.g.e., s. 332; DALYAN, a.g.e., s. 236; 11.HD. T. 26.05.2008, E. 2007/4903, K. 2008/6876; 11.HD. T. 19.03.2007, E. 2006/1431, K. 2007/4583.(Çevrimiçi) www.kazanci.com.Erişim T. 20.10.2012.

³⁹⁶ ARSLANLI, a.g.e., s. 168; TEKİNALP, a.g.e., s. 168; YARSUVAT, a.g.e., s. 129, EREL, a.g.e., s. 288; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 623.

³⁹⁷ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2114.

³⁹⁸ "...isimli tangoyu, izinsiz biçimde "Ona" markalı ürünlerin reklamlarında, özgün şekli dışında kullanan ve bunu televizyon kanallarında yayınlayan davalının, eser sahibinin mirasçılarında manevî tazminat ödemek zorunda bulunduğuna dair." 11.HD. T. 15.04.2002, E. 2001/11134, K. 2002/3448, ERDİL, a.g.e., s. 616; TEKİNALP, a.g.e., s. 329.

³⁹⁹ *Türk sanat müziğı sanatçısı Safiye Ayla'nın, bestekâr Sadettin Kaynak'tan 8 eserin malî hakkını, yazılı sözleşme ile devraldığı; Eserlerden birisinin izin alınmadan, bir iranlı sanatçı*

Manevî hakların kullanılmaları eser sahibi tarafından herhangi bir kimseye bırakılabilir⁴⁰⁰. Manevî hakların ihlalinde eser sahibi FSEK m. 67'deki alenileşmemiş bir eserin sahibinden izinsiz olarak umuma arzında ref davası ile yayımının durdurulmasını isteyebilir. Eser diğer yollardan kamuya sunulmuş, temsil edilmiş, radyo-TV yoluyla yayınlanmışsa, tecavüzün bir kez gerçekleşmesi halinde devamlılık arzetmemesi nedeniyle ref talep edilemez. Sona eren bu tecavüz yalnızca tazminata konu olabilir⁴⁰¹.

Kanunun m. 19 hükmü, doktrinde yoruma açık, belirsiz ve çelişkili olması nedeniyle yeniden düzenlenmesi gerektiği konusunda eleştirilmektedir⁴⁰². FSEK m. 19'da açıkça belirtilmeyen manevî hakların eser sahibinin ölümünden sonra mirasçılar tarafından eser sahibinin iradesine uygun şekilde kullanılması, bu haklara yönelik üçüncü kişilerin tecavüzlerine karşı gereken davaları açabilmeleri manevî hakların niteliği, kanunun sistematigi ve amacına uygun bir yorum olur. Ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin kararlarında, manevî hakların ihlalinde m. 19'da belirtilen yakınların manevî tazminat isteyebilmeleri için ihlalin FSEK m 14, 15, 16'nın üçüncü fıkralarında belirtildiği şekilde eserin kamuya arz biçimi ve eserin bütünlüğüne müdahale, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin

tarafından eserin aslına uymayan şekilde icrasında manevî tazminat davasında "kendisine yapılan temlik sonucu manevî tazminat talebine hakkı bulunduğuna" hükmolunmuştur. Kararın gerekçesinde davacının, temellük eden bir kimse olarak BK m. 162 ve 168. hükümlerine göre kendisine yapılan temlik sonucu manevî tazminat talebine hakkı bulunduğu, ayrıca FSEK m. 19 hükmünden kaynaklanan (halefiyet) nedeniyle de keza "manevî tazminat" talebine hakkı bulunduğunu, doktrinin de aynı görüşte olduğu, manevî hakların çoğunun kullanılmasının malî hakların kullanılması ile yakın bir bağlantı gösterdiğini, manevî hakların, ölümle sona eren "şahsiyet" haklarından farklı olarak, en az malî hakların devam ettiği sürece devam edeceği, malî bir hakkı devir alan kimsenin de eser sahibinin ölümünden sonra manevî hakları kullanabilme yetkisine sahip olduğunun kabulü gerektiği belirtilmiştir. HGK. T. 11.02.1983, E. 1983/ 4-70, K. 1983/123, TEKİNALP, a.g.e., s. 329.

⁴⁰⁰ Bern Sözleşmesi m. 6'da bir sanat eserinin hususiyet ve tamamiyetini bozan her türlü değiştirici davranışı, manevî tazminat talebi için yeterli saymıştır. ARSLANLI, a.g.e., s. 87-94; HIRSCH, , **Das neue Urheberrechtsgesetz der Türkei, Schriftenreihe der UFITA**, s. 51, (AYİTER, a.g.e., s. 190, dpn. 6-8'den naklen).

⁴⁰¹ ARSLANLI, a.g.e., s. 212; AYİTER, a.g.e., s. 254; EREL, a.g.e., s. 336; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 638; aksi görüşte TEKİNALP, a.g.e., s. 312. Tekinalp bunun korsan yayıncılığa kapı açacağı, yayımlama halinde ürünün dağıtılmış olması nedeniyle bu önlemin etkisini yitireceğini belirtir. a.g.e., s. 312.

⁴⁰² ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), a.g.e., s. 291; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1895.

mahiyet ve hususiyetlerini bozan nitelikte olmasını aramaktadır⁴⁰³. Çünkü Yargıtay kararlarında mirasçıların FSEK m. 14/ f. 1 ve 15/f. 1'deki yazılı hakların ihlali ile sınırlı olarak bu hallerde, FSEK m. 70 hükmünce manevî tazminat isteme hakkının bulunduğu karar vermiştir. Mirasçılar, bu haller dışında sadece men ve ref davası açabileceklerdir⁴⁰⁴. Bu şartlar bulunmadığı takdirde mirasçılar ancak kişilik haklarının ihlaline dayalı TBK m. 58 uyarınca manevî tazminat, şartları varsa men ve ref davaları açabileceklerdir⁴⁰⁵. Eserin kamuya arz hakkı kişilik hakkıyla yakın bağlantılı olup umuma arz ile eser kısmen de olsa eser sahibinin kişiliğinden ayrılarak bağımsızlaşır⁴⁰⁶.

FSEK m. 19/f. 2'e göre, aynı kanunun 14, 15 ve 16 ncı maddelerinin üçüncü fıkralarında tanınan manevî hakları mirasçılar aslen iktisap ederek 70 yıl süreyle kendi namlarına kullanabilir ve anılan haklara yönelik bir ihlalin varlığı halinde de mirasçı manevî tazminat davası da dahil olmak üzere her türlü hukuk davalarını açabilmektedir. Eser sahibinin bunlardan başka FSEK m. 14/2, 15/2, 15/4, 16/1, 17/1, 2, 3 hükümlerindeki manevî hakları da bulunmaktadır. Madde, manevî hakların tümünü içermediği gibi FSEK m. 19/f. 2, 3 ve 5 de anılan kişilerin, hakları kendi namlarına kullanacakları belirtilmiş ise de FSEK m. 19 /f. 1'deki kimselerin bu hakları kendi namlarına kullanacaklarına dair kanunda bir ibare bulunmaması nedeniyle Yargıtay bu kimselerin manevî tazminat isteyemeyeceklerini belirtir. FSEK m. 19/f. 3 ve 5 hükümlerindeki malî hakları eser sahibi veya halefinden iktisap eden kimseler ve Kültür Bakanlığı da bu yetkileri kendi namlarına kullanabildikleri halde Yargıtay bu kişilerin manevî tazminat davası hakkının olmadığını belirtir. Bu halde m. 19/f. 1'de bu ibarenin bulunmaması Yargıtay kararlarına dayanak olamaz.

⁴⁰³ 11.HD. 19. 03. 2007, E. 2006/1431, K. 2007/4583; T. 19.02.2007, E. 2005/14747, K. 2007/299; HGK. T. 28.05.2008, E. 2008/11-368, K. 2008/398, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1893'den naklen).

⁴⁰⁴ “...işleme eser sahibinin mirasçısı olan davacıların isteminin, eserin davalı şirket tarafından izinsiz olarak umuma arzı nedeniyle FSEK'nın 14/1. maddesi yoluyla aynı Yasanın 70/1. maddesine dayalı manevî hak tazminatı olduğuna göre, FSEK'nın 19/1. fıkrası uyarınca davacıların tazminat talep etme hakları olamayacağından dolayı istem reddedilmelidir.” 11.HD. T. 22.12.2005, E. 2004/14950, K. 2005/12769.(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11.05.2013.

⁴⁰⁵ 11.HD. T. 14. 02. 2011, E. 2009/9247, K. 2011/1622, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 23.07.2013.

⁴⁰⁶ BELLİCAN, a.g.e., s. 13.

FSEK m. 19/f. 2'deki durumda yakınların manevî hakların kullanım yetkisi ve manevî tazminat davası hakkı bulunmakta iken FSEK m. 19/f. 1'dekilerin bu davayı açamayacakları çelişki yaratır. FSEK'de amaç eser sahibinin haklarını korumak olduğundan yorum yoluyla eksikliklerin doldurulması gerekir. Nitekim, FSEK m. 19 hükmü uyarınca eser sahibinin sağlığında manevî haklarının kullanılma yetkisine ilişkin bir belirlemede bulunmadığı hallerde, ölümünden sonra maddede sayılan mirasçılarının FSEK m. 19 uyarınca manevî hakları aslen iktisap etmeleri nedeniyle kendi namlarına ve diledikleri şekilde bu hakları kullanabilecekleri, bu bakımdan da; ihlalde bulunan tarafından eserin izinsiz olarak umuma arzı üzerine her türlü hukuk davalarını açabilecekleri gerekçesi ile karar veren yerel mahkemenin kararının Yargıtay tarafından bozulması sonucu Hukuk Genel Kurulu 2008 yılında mirasçılarının manevî tazminat taleplerine ilişkin mahkemece verilen direnme kararını onamıştır.

Yargıtay gerekçesinde 19/f. 2'ye göre, Kanun'un m. 19/f. 1'de yazılı olan m. 14/ f. 1 ve m. 15/ f. 1'de yazılı umuma arz ve adın belirtilmesi hakları bakımından mirasçılara kendi namlarına kullanılabilecek bir hak ve yetkinin tanınmadığı, bu fıkra ile tanınan yetkilerin eser sahibinin FSEK'nun 14/ f. 1 ve 15/f. 1'de sayılan manevî hakların kullanım tarzını murisin arzusuna uygun bir şekilde gerçekleştirmek ve bu haklara tecavüz halinde de önleyici hukuk davalarını açmakla sınırlı olduğunu, umuma arz yetkisinin ihlali durumunda mirasçı olan davacıların FSEK'in 14/1 ve 19/1 maddelerine dayalı manevî tazminat davası açamayacaklarını belirtmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nca, FSEK m.14/f. 1'deki umuma arz yetkisinin ihlalinde, *“eserin parçalanması sonucunda mahiyet ve hususiyetinin bozulması”*, eyleminin FSEK m. 16/f. 3'e aykırılık oluşturduğu, mirasçı olan davacıların FSEK m. 19/f. 2'den kaynaklanan haklarını kullanarak manevî tazminat isteyebilecekleri belirtilerek direnme gerekçesinin yerinde olduğuna hükmedilmiş ve karar onanmıştır⁴⁰⁷.

Kanun koyucunun, eser sahibinin manevî haklarına yönelik tecavüzün 19/f. 2'ye göre, Kanun'un m. 19/f. 1'de yazılı olan m. 14/ f. 1 ve m. 15/ f. 1'de yazılı umuma arz ve adın belirtilmesi hakları bakımından mirasçılara kendi namlarına kullanılabilecek bir hak ve yetki tanımadığı görülmektedir. Bu fıkra ile mirasçılara

⁴⁰⁷ YHGK. T. 28.5.2008, E. 2008/11-368, K. 2008/393, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 12.05.2013.

tanınan yetkilerin manevî hakların kullanım tarzını murisin arzusuna uygun bir şekilde gerçekleştirmek olduğundan FSEK'in 14/1 ve 19/1 maddelerine dayalı manevî tazminat davası açamayacakları, fiilin eser sahibinin şeref ve haysiyetine de saldırı oluşturması halinde mirasçıların dava hakkı bulunduğu görülmektedir. “*Yakınların hakkı*” teorisine göre bu hak miras bırakanların sahip oldukları haklardan bağımsızdır. Mirası reddetse dahi mirasçı bu yetkilere sahiptir. Ancak bu hakka sahip yakınlar tarafından bu hakların üçüncü kişilere devri de mümkün değildir⁴⁰⁸. FSEK m. 19/f. 2’ e göre, aynı kanunun 14, 15 ve 16ncı maddelerinin üçüncü fıkralarında tanınan manevî hakları mirasçılar aslen iktisap ederek 70 yıl süreyle kendi namlarına kullanabilir ve anılan haklara yönelik bir ihlalin varlığı halinde de mirasçı manevî tazminat davası da dahil olmak üzere her türlü hukuk davalarını açabilmektedir. AYİTER, kişilik haklarından farklı olarak manevî hakların FSEK m. 19 hükmünde sayılan kişiler tarafından kullanılabileceğine dikkat çekerek bunların malî hakların kullanımı ile içiçe geçtiğini, eser sahibine eseriyle olan ilişkisi nedeniyle tanındığını belirtir⁴⁰⁹. ARSLANLI ise FSEK m. 13’e rağmen Türk hukukunda karma sistemin bulunduğu, Medenî Kanun’un şahsiyete ilişkin hükümlerinin uygulanarak genişletilebileceğini belirtir⁴¹⁰.

FSEK m. 19 düzenlemesi ile amaçlanan, eser ve ölen eser sahibinin manevî haklarının korunmasıdır. Bu nedenle eser sahibinin şerefine yönelik veya eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değiştirmeler dışında kalan ihlal durumlarının manevî hakların süjesi durumuna getirilerek mirasçıların kişilik değerlerine dahil edilmesi mümkün değildir. Herhangi bir saldırı halinde 19uncu maddede sayılan bu kişiler kendi yararlarına değil, eser sahibinin yararına uygun davranmalıdırlar.

⁴⁰⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 162; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1890; “FSEK.’nun 19/1. maddesindeki hallerde ise, adı geçenlere kendi namlarına kullanabilecekleri müstakil bir hak tanınmamıştır. Bu fıkra da sayılan haklar eser sahibinin 14/1 ve 15/1. fıkralardaki hakların kullanım tarzını belirleme yetkisi ile sınırlı olup, anılan hakların ihlali halinde maddede adı geçenlere tecavüzün giderilmesi ve önlenmesi için gerekli davaları açabilmek hakkını verdiği halde; FSEK.’nun 70/1. maddesine dayalı manevî tazminat isteme hakkı vermez.” 11.HD. T. 19.02.2007, E. 2005/14747, K. 2007/2999, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 30.02.2014.

⁴⁰⁹ AYİTER, a.g.e., s. 114.

⁴¹⁰ ARSLANLI, a.g.e., s. 79.

Eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen, eserin hususiyetini bozan ihlal ve değişiklikler, eserin korunması ile yetkili olan murisin mirasçılarının da yasal menfaatlerini ihlal eder. Bu amaçla FSEK m. 19/f. 2 hükmü ile bu kimselere maddede sayılan manevî hakları 70 yıl müddetle kendi namlarına kullanma yetkisi verilmiştir⁴¹¹. FSEK m.19'da sayılan kişilere manevî hakların "*kullanım ve tarzını tespit etme yetkisi*" ve Kanun'un 14 ve 15inci maddeleri hükmünde sayılan manevî hakları 70 yıl için "*kendi namlarına kullanma hakkı*" verilmiştir. Türk Hukuku'nda mirasçılara sadece, esere saldırı halinde manevî tazminat davası açma hakkı tanınmıştır⁴¹².

Doktrinde FSEK m. 19/ f. 1 hükmünde yakınların hakları kendi namlarına kullanacaklarına ilişkin bir ibare bulunmasa da yakınların bu hakkı kendi namlarına ve kendi menfaatlerini gözeterek kullanacakları savunulur⁴¹³. Yargıtay sözkonusu maddede kendi namlarına ibaresi bulunmadığından manevî tazminat talep edilemeyeceğini belirtmektedir. Bu kişiler murisin talimatlarına uygun hareket ederek onun haklarını korurlar⁴¹⁴.

FSEK m. 19/f. 1'in amacı ve düzenlenme biçimi itibariyle aralarında herhangi bir ayırım gözetilmemiş mirasçılar birinci fıkrada sayılan diğer kişi veya kuruluşlardan ayrık tutulamaz. Mirasçıların manevî hakları diğerlerinden farklı bir biçimde aslen iktisap ettikleri ve bu hakların kişilik değerlerine katıldığı, fıkrada sayılan FSEK 14üncü ve 15inci maddelerinin birinci fıkrasındaki manevî hakları muris adına değil de kendi namlarına ve diledikleri gibi kullanabilecekleri görüşü yerinde değildir. Bu bakımdan, FSEK m. 19/ f. 1 hükmünde sayılan manevî hakların ihlali halinde de, mirasçılar bu hükümden doğan yetkilerini eser sahibi muris adına kullandıklarından, söz konusu manevî haklara tecavüz halinde bu yetkileri eser ve eser sahibinin

⁴¹¹ Yargıtay, alınan bilirkişi raporunda, murisin "*Fetih Marşı*" isimli şiirinin bir kısmının alınıp dizelerin ve sözlerinin yeri değiştirilerek eserin parçalanmak suretiyle işlenerek musiki eserinin güftesi olarak kullanıldığının mütalaa edildiğini, eserin parçalanması sonucunda mahiyet ve hususiyetinin bozulduğunu, eylemin FSEK'in 16/f. 3'e aykırılık oluşturduğunu, mirasçı olan davacıların, aynı Kanun'un 19/f. 2'den kaynaklanan haklarını kullanarak 70/f. 1'e göre manevî tazminat isteyebileceklerine hükmetmiştir. HGK. T.28.05.2008, E. 2008/11-368, K. 2008/393. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11. 03. 2014.

⁴¹² TEKİNALP, a.g.e., s. 176.

⁴¹³ HIRSCH, (**Fikri Say II**) s. 152; ARSLANLI, C. II, s. 90, 91.

⁴¹⁴ YARSUVAT, a.g.e., s.129.

korunması için tecavüzün önlenmesi ve giderilmesi amaçlı davaların açılması ile sınırlıdır. Bu durumlarda mirasçılara FSEK m. 70/f. 1'e dayalı manevî hak ihlaline dayalı manevi tazminat isteme hakkı vermez.

b. Bağlantılı hak sahipleri

FSEK'de, eser sahiplerinin dışında, komşu hak sahipleri hakkında Kanun ile yapılan değişiklik sonucu "*İcracı Sanatçılar, Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Sözleşme*" ye uygun olarak komşu haklar düzenlenmiştir⁴¹⁵. Eser sahibi ve işleme eser sahipleri dışında icracı sanatçı, fonogram yapımcısı ve eserlerin yayınlanmasını sağlayan yayın organları bağlantılı hak sahibi olarak eser sahiplerine FSEK kapsamında tanınan korumadan yararlanırlar⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Eser sahibi olarak icracı sanatçılara FSEK anlamında eser sayılmayan icralarına, sesleri, ses ve görüntüleri tespit eden fonogram yani ses taşıyıcısı yapımcılarına ve onların tespitlerine, radyo TV. kurumlarına yayın ve programlarına haklar tanıyarak koruma sağlamıştır. FSEK m. 80 ile komşu hak sahipleri de eser sahipleri gibi tecavüzün ref'i men ve tazminat davalarını açabilmektedir. 4630 sayılı Kanun ile FSEK'e AT Konseyi 92/100 AET sayılı Direktifine uygun olarak birtakım tamamlayıcı ibareler eklenmiştir. Bunlara ilişkin Türkiye'nin de taraf olduğu Roma ve WPPT gibi uluslararası anlaşmalar bulunmaktadır. (TEKİNALP, a.g.e., s. 269'dan naklen); SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 115; ARKAN, a.g.e., s. 31; ARIDEMİR, a.g.e., s. 16; FSEK m. 80/f. 1 icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve yayın kuruluşları tanıtılmıştır. FSEK m. 80/f. 2 film yapımcılarının hakları, sonraki fıkralar bağlantılı haklara getirilen sınırlamalar, hukukî işlemler ve cezaî hükümler düzenlenmektedir. FSEK m. 82 ile icracı sanatçıların haklarının, icranın ilk tespitinden başlayarak, yetmiş yıl devam edeceği, tespit edilmemiş ise sürenin ilk aleniyet kazanmasıyla başlayacağını, yapımcıların haklarının da, ilk tespit yapıldığı tarihten; radyo televizyon kuruluşlarının haklarının, programın ilk yayınlandığı tarihten başlayarak 70 yıl devam edeceğini düzenler.; 92/100/AET sayılı fikir ve sanat eserleri haklarının kiralanması, ödünç verilmesi ve bağlantılı haklara ilişkin konsey Direktifi, telif hakkı ve belirli bağlantılı haklara tanınan koruma süresinin uyumlaştırılmasına ilişkin 29 Ekim 1993 tarih ve 93/98/EEC sayılı konsey Direktifi, Bilişim ortamında telif hakları ve bağlantılı haklara ilişkin belirli kuralların uyumlaştırılmasına ilişkin 22 Mayıs 2001 tarih ve 2001/29/EC sayılı Avrupa parlamentosu ve konseyi Direktifi, UNESCO, a.g.e., s. 15, ÜSTÜN, a.g.t., s. 5.

⁴¹⁶ FSEK Tasarısı, 7. Bölümde Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Hak Sahipleri ve Haklarını ayrıntılı olarak düzenlemiş, m. 69/A 'da İcracı sanatçıların hakları, m. 69/B 'de Fonogram yapımcılarının hakları, m. 69/C'de Medya Hizmet Sağlayıcılarının Haklarını, m. 69/D'de Film Yapımcılarının Haklarını düzenlemiştir. Tasarının 70/B maddesinde bağlantılı hak sahiplerinin yayma hakkının tükenmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Tasarıda Bağlantılı haklara ilişkin sınırlama ve istisnalar m. 70/C de, bağlantılı haklara ilişkin koruma süreleri de m. 70/D'de düzenlenmiştir. Maddede manevi haklara ilişkin de icracı sanatçının ölümünden sonra da en az 70 yıl korunacağını düzenlenmiştir. Tasarı 43-62 maddeleri arasındaki devir ve intikale ilişkin

(1). İcracı sanatçılar

FSEK 80/f. 1-A b. 1’de icracı sanatçılar, “*Eser sahibinin manevî ve malî haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçılar..*” olarak tanımlanırlar⁴¹⁷. Eser sahibinden izin almak suretiyle eseri icra edebilirler. İcracı sanatçı tespit, çoğaltma, yayma, umuma arz ve umuma iletim ve yeniden iletim malî haklarına sahiptirler. Bu haklarına dayalı olarak men, ref, maddî ve manevî tazminat davalarını açabilirler⁴¹⁸. İcracı sanatçılar da FSEK. 80/f.1-A, b. 1 gereği malî haklardan başka, icralarının sahibi olarak tanıtılma, icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasını önleme manevî hakkına sahiptir. FSEK m. 80 son fıkrası gereği de ref, men ve tazminat davası açabilirler⁴¹⁹. İcracı sanatçının ölümü sonrası manevî hakları kullanacaklar için de FSEK m. 19 hükmü kıyasen uygulanır⁴²⁰.

Bağlantılı haklar mutlak nitelikte bağımsız haklar olsa da, eser sahibinin haklarını değiştiremez, sınırlayamaz ve ortadan kaldıramazlar.

hükümlerin bağlantılı hak sahipleri hakkında da kıyasen uygulanacağı düzenlenmektedir. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

⁴¹⁷ Roma Sözleşmesi 3/a, Komşu Haklar Yönetmeliği 4/b, URG m. 33/1 ve prg 73’de de benzeri tanımlamalar yapılmıştır. ARKAN (**Bağlantılı Haklar**), s. 42, 43.

⁴¹⁸ Orkestra koro şefinin Noterlik kanalıyla verdiği muvafakatnameler ile FSEK m. 80/f. 6 gereği davacının eserlerin ses ve görüntü taşıyıcılarında kullanılmasına izninin gerekmediğini ve malî hak ihlali bulunmadığından davanın reddine dair verilen kararda, Yargıtay, uyuşmazlık konusu musiki eserlerinin tespitinin yapıldığı fonogramdan çoğaltıldığı CD kapaklarında davalı şirketin yapımçı olduğu belirtilmek suretiyle piyasaya sürülmesi nedeniyle davacının gerçekleştirdiği icra ile ilgili olarak 5846 sayılı FSEK’nin 80. maddesinden kaynaklanan icracı sanatçı sıfatı ile telif ücreti istemeye hakkı bulunduğu belirtilerek hakettiği telif ücretinin belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. 11. HD. T. 26.06.2014, E. 2008/10, K. 2013/226, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 12. 04. 2015; ATAD’ın 1993 tarihli Phil Collins kararında şarkıcı ve besteci olan Collins’in ABD konseri kayıtlarının CD olarak izinsiz Almanya’da yayınlanmasının önlenmesi amacıyla Münih’de açılan davada UrhG § 96/1 ve 125/1 maddeleri uygulanmış, Alman vatandaşı olmadığı icrasını da Almanyada gerçekleştirmediğinden tapte bulunamayacağına hükmolunmuş ATAD, icranın bütünlüğüne karşı yapılmış bir ihlal olduğuna hükmetmiştir. ATAD, 20 Ekim 1993, C-92/92 ve C-326/92 sayılı karar, [http://eur-lexeuropa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0092:EN:HTML.\(TOSUN, \(**Manevî Haklar**\) s. 57’den naklen\).](http://eur-lexeuropa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0092:EN:HTML.(TOSUN)

⁴¹⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 288; GÖKYAYLA, (**68. Madde**), s. 286, 287; ARKAN, (**Bağlantılı Haklar**), s. 281; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 114.

⁴²⁰ TEKİNALP, a.g.e., s. 264; EREL, a.g.e., s. 216.

Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Roma Sözleşmesi'nde icracı sanatçılar, fikir ve sanat eserlerini canlandıran, anlatan, söyleyen, oynayan veya icra eden aktörler, şarkıcılar müzisyenler, dansçılar ve diğer kişiler olarak tanımlanmaktadır⁴²¹.

FSEK m. 82/f. 3 deki “80 ve 81 de. sayılan hallerde 68, 69, 70. maddeler hükmü uygulanır..”, hükmünce ticarî amaçla oluşturulan sinema eserleri veya reklamlarda yapımcıdan isimlerinin belirtilmesini isteyebilecek başrol oyuncular, senarist, besteci, yönetmen, operatör, koro ve orkestra şefi ve solistleri gibi kimseler ile FSEK. 80'de sayılanlara ve FSEK m. 81'de belirtilen icracı sanatçılara bedel davası açma imkanı tanınmıştır⁴²². İcracı sanatçının sanatçı kimliğinden gelen unsurları esere katmak suretiyle halk tarafından eserin algılanmasına katkı sağlaması ve toplumda fikri üretimin artmasına önyak olması nedeniyle icracı sanatçıya da malî hak tanınmıştır⁴²³.

(2). Fonogram yapımcıları

FSEK m. 80/f.1-B'de fonogram yapımcıları bağlantılı hak sahibi olarak düzenlenmiştir. Bir ses icrasının ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları bağlantılı

⁴²¹ ARIKAN, Ayşe Saadet, “**Fikri Haklar Bağlamında Komşu Haklar ve Türkiye**”, İstanbul Barosu Dergisi C. 70, İstanbul 1996, s. 189.

⁴²² Umumi yerlerde gösterilen ve çalınan eserlere ilişkin İsviçre Federal Fikrî hukuk Kanunu m.60/f 2'de hakkaniyet ifadesi ve f. 3'deki eser sahibinin yararlanmadan elde edilen kazançtan en çok %10, komşu hak sahibinin ise en çok %3 oranında pay talep edebileceklerine dair düzenleme bulunmaktadır. FSEK kapsamında ise eser sahibinin önceliği nedeniyle böyle bir paylaşma söz konusu değildir. İsviçre 09. 10.1992 Tarihli Kanun Loi Federale sur le droit d'auteur et les droit voision (Loi Federale sur le droit d'autuer, LDA) Art.60, 1992 Tarihli Fransız Kanunu m. 60 ise eser sahibine % 6, komşu hak sahibine %3 oranında pay tanımaktadır. Bkz. **CSC, Commission Supérieur de Calification; CODE De La Propriete Intellectuelle**, Journal Officiel de la Republique Française, Paris 1992, s. 6, (ÜSTÜN, a.g.t. s. 323'den naklen).

⁴²³ İcracı sanatçının katkısı halk üzerinde olağanüstü etkili ve kendi hususiyetini yansıtıyorsa, izinsiz işlemeye ilişkin kurallar uygulanır. Diğer komşu hak sahipleri açısından yaratıcı yetenek söz konusu olmadığından istisnai verimin varlığı ve bunların aralarındaki etki oranına bakılarak bir paylaşma oranı tespit edilir. Tereddüt durumunda eser sahibi lehine yorum ile haklı çıkarları yönündeki seçenek kabul edilmelidir. İspat yükü, icracı sanatçı veya diğer komşu hak sahiplerine aittir. Yapımcı ve yayımcının reklam imkanları teknik kapasiteleri rol oynayabilir. Eser sahibinin yeteneğinin rolü ise Anglo-Sakson hukukundaki sıradan vatandaşın olağan eğilimlerine ilişkin testler ile ispatlanabilir. (MILLER, DAVIS, a.g.e., s. 339 vd'dan naklen).

hak sahibi olarak korunurlar. Fonogram yapımcıları çoğaltma, yayma, temsil, umuma iletim, yayın ve yeniden yayın yoluyla kamuya iletim, kamunun erişimine sunma haklarına sahiptirler. İlk tespitin yapıldığı tarihten başlayarak yetmiş yıl korunurlar.

Fonogram yapımcısı mali hak sahibi olduğundan maddi tazminat davasını açabilir. Manevi hak sahibi olmadığından manevî tazminat isteyemez.

(3). Film yapımcıları

Sinema eser sahipleri elbirliği halinde eser sahibidir. Bir eserin yapımcısı FSEK m. 18/f. 3 gereği eser sahipleri ile yapacağı sözleşme ile mali hakları kullanabilir. Sinema eserleri yapımcıları, bağlantılı hak sahibidirler. Yapımcıların hakları FSEK m. 82/f. 6 gereği ilk tespitin yapıldığı tarihten itibaren 70 yıl korunurlar⁴²⁴. 1995 yılı öncesi yapımlarda yapımcının 1995 tarihinden sonrakilerde FSEK 8 inci maddesi gereğince yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı, diyalog yazarı, eserin birlikte sahibi kabul edilmişse de bunlar sinemayı oluşturan eserler üzerindeki münferit haklardır ve bunlara eserle bağlantılı haklar kapsamında kalan icra dahil değildir. Sinema eserlerinde eser sahipleri birlik menfaatinin ihlalinde tek başlarına ve payları oranında tazminat davası açabilirler⁴²⁵.

⁴²⁴ ARKAN, (**Bağlantılı Haklar**), s. 220; 2006/115/AT sayılı Fikri Mülkiyet Hakları Alanında Kiralama ve Ödünç Verme Hakları ile Belirli Bazı Haklar Hakkındaki Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifine uyumlu olarak FSEK Tasarısında 2 nci madde ile Kanun'un 1/B maddesine (s) bendi ile "film yapımcısı" tanımı eklenmiştir. Madde "Sinema eserlerinin veya diğer hareketli görüntülerin ilk tespitini, inisiyatif ve sorumluluğu alarak gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişiyi" film yapımcısı olarak tanımlamıştır. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

⁴²⁵ TEKİNALP, a.g.e., s. 139, 142, 143; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 190; EREL, a.g.e., s. 95; "Dava, 12 EYLÜL adlı belgesel sinema eserinin mali haklarının Mehmet Ali Birand ile birlikte B... A.Ş'ne ait olduğu, davalıların, davacıların izni ve haberi olmadan belgeseli çoğaltarak satışa sunma eylemlerinin, işleme, çoğaltma ve yayma mali haklarını ihlal ettiği, Mehmet Ali Birand'ın manevi haklarının da ihlal edildiği iddiasına dayalı FSEK 68. madde gereğince tazminat ve vaki tecavüzün ref'i ve men'i, talepli davada "5846 sayılı FSEK. 8. maddesi uyarınca sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı eserin birlikte sahibidirler. FSEK. 68.maddesi uyarınca rayiç bedelin belirlenmesi ve tahsiline karar verilirken dava konusu sinema eseri üzerindeki yönetmen, senaryo ve diyalog yazarı ile özgün müzik bestecisi olan tüm eser sahiplerinin söz konusu eser üzerindeki ayrı ayrı katkı oranları belirlenerek bu oran üzerinden davacının payına düşen yönetmenlik ücretine hükmedilmesi gerekirken 3.3.2010 tarihli bilirkişi heyetince belirlenen rayiç bedelin tümünün davalılardan tahsili ile davacılar verilmesi doğru görülmemiş " gerekçesi ile direnme kararı

Eser sahibinin haklarıyla bağlantılı haklar da sonradan korumaya alındığından, kanun ile birlikte önceki icralar üzerinde de bu haklar kanundan doğduğundan Ek madde 2 gereği sinema eseri sahipleri bağlantılı hak sahiplerinin iznini almadan eser sahipliğinden doğan hakları tek başlarına kullanamazlar.

Reklamlarda da reklam veren ile reklam ajansı arasındaki ilişkide, ürünün eser sayıldığı ölçüde haklar eser sahibine veya kanun gereği kullanana aittir. Reklam ajansı lehine koruma ancak; FSEK m 52 gereği yapılacak sözleşme ile mümkündür. Ürünün, taslak üzerindeki mülkiyetin ajans sahibinde kaldığı ve sözleşme bitiminde geri istenebileceği, reklam verenin ücret karşılığı sadece kararlaştırılan amaç ve kullanım çerçevesinde bunlardan faydalanma, çoğaltma hakkını süreli veya süresiz kazandığı, sözleşmede açık hüküm varsa değişiklik yapılabileceği, kullanım dışına çıkılmasında onay gerektiği düzenlenebilir⁴²⁶. Reklamın meydana getirilmesinde katkısı olan müstakil eser sahipleri veya komşu hak sahipleri TBK m. 501 sipariş üzerine yayım sözleşmesine ve FSEK m. 10/f. 4 hükümlerine dayanarak yapılacak sözleşme ile haklarını kullanabilirler.

(4). Radyo –Televizyon kuruluşları

Radyo ve TV kuruluşları bağlantılı hak sahibi olarak FSEK m. 80/I C’ de ve Komşu Haklar Yönetmeliği’nin 16 ila 19. maddeleri arasında düzenlenmiştir⁴²⁷. Yayınlar kablolu, kablosuz ve uydudan olabilir. Yayınlanan müzik eserleri, klipler, sinema filmleri, diziler, siyasal, toplumsal, kültürel ya da eğlendirici programlar, açık oturumlar, yarışma programları, radyo TV yorumları hususiyet taşımaları halinde eser niteliğindedirler. 5846 sayılı Kanun FSEK m. 82 uyarınca merkezi Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde olan veya bu sınırlarda yansıtıcı ile yayınlanan radyo TV

bozulmuştur. HGK. T. 08. 06. 2016, E. 2014/11-825, K. 2016/766, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 20. 11. 2016.

⁴²⁶ KAYA, a.g.m., s. 478.

⁴²⁷ ARKAN, a.g.e., s. 168.

programlarına uygulanır. Malî hak sahibi olan bu kuruluşların manevî hakları yoktur⁴²⁸.

c.Lisans sahipleri

FSEK m. 48 hükmünce, eser sahibinin mali hakları süre, yer ve muhteva olarak sınırlı veya sınırsız, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredilebildiği gibi bu hakların kullanımı da karşılıklı veya karşılıksız olarak ruhsat verilmek suretiyle başkalarına devredilebilir. FSEK m. 49 hükmünce de eser sahibinden veya mirasçılardan aslen hak iktisap eden veya ruhsat alan kimseler bunların yazılı muvafakatıyla bu hak veya kullanma ruhsatını üçüncü bir kimseye devir edebilirler.

Mali hakların kullanımlarının devrine ilişkin lisans sözleşmeleri Kanun'da düzenlenmiştir. Sahibine inhisari yetkiler tanıyan mutlak hak niteliğindeki eser sahipliği ile hak sahibi, eser üzerinde devir, lisans gibi dilediği tasarruflarda bulunabilmektedir. FSEK m. 56/1'de ruhsat tanımı yapılmış ise de Kanun'da lisans sahiplerinin durumu konusunda bir açıklık bulunmamaktadır⁴²⁹.

Eser sahibinin malî haklarını kullanma hakkını devrettiği kimse ruhsat sahibidir⁴³⁰. Ruhsatın tasarrufi nitelikte olduğunu ve ruhsat alana mutlak nitelikli aynı hak benzeri yetkiler tanıdığı görüşünde olan yazarlar bu kimselerin dava hakkı olduğunu savunmaktadır⁴³¹. Alman Hukukunda tam kullanma hakları sahiplerinin ihlale karşı başvuru hakkı varken basit kullanma hakkı sahiplerine başvuru hakkı

⁴²⁸ A.e., s. 176- 184.

⁴²⁹ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 139;AYİTER, ruhsat sahibinin sadece sözleşmeye dayanarak ref davası açması için eser sahibine başvurabileceğini belirtir. TEKİNALP, malî hakları devralanın bu davayı açabileceğini ;ancak, ruhsat sahibinin sadece maddî tazminat davası açabileceğini belirtmektedir. TEKİNALP, a.g.e., s. 323.

⁴³⁰ Tam ruhsatın aynı, basit ruhsatın ise şahsi hak sağladığına ilişkin görüşler için bkz. AYİTER, a.g.e., s. 212; EREL, a.g.e., s. 218; Türk hukukunda ruhsat sahibinin malî hak sahibi gibi dava açma yetkisi olduğunu savunan görüşler için bkz. EREL, a.g.e., s. 59, 250; ARSLANLI, a.g.e., s. 209.

⁴³¹ ARSLANLI, a.g.e., s. 175, 209; EREL, 306, 307; Tasarrufi nitelikte olmasına rağmen basit ruhsatın pozitif yetki kullanma sağladığını, men hakkı vermediğini savunanlar, ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 563, TÜYSÜZ, a.g.e., s. 117.

verilmemekte⁴³², basit kullanma hakkı sahipleri, haklarını ancak eser sahibi aracılığıyla koruyabilmektedir⁴³³.

Doktrindeki görüşlere göre, basit ruhsatta FSEK m. 68’de yazılı telif tazminatının talep edilemeyeceği 70/f. 2 uyarınca tazminat istenebileceği görüşünün 5728 sayılı Kanun değişikliği ile son bulduğu savunulur⁴³⁴. Yargıtay ise Kanun değişikliği öncesinde kararlarında, önceleri tam ruhsat sahibinin fiilen malî hak sahibinden farkı olmadığını belirtirken⁴³⁵, 2006 ve 2007 yıllarındaki kararlarda, mali hakkın ihlaline ilişkin ref talebinin eser sahibi ile FSEK m. 48 gereği eser sahibinden devralan kimseye ait olacağı, ruhsat sahibinin 68inci madde gereğince telif tazminatı talep etme hakkının bulunmadığını belirterek açılan davanın aktif dava ehliyeti yokluğundan reddi gerektiğini belirtmiştir⁴³⁶. Yargıtay 2007 yılına kadar da bu

⁴³² Alman fikri hukukunda monist teorinin hakim olması nedeniyle mali hakların ancak kullanım yetkisi devredilebildiğinden inhisari lisans aynı hak benzeri mutlak hak kabul edilerek bu kimseler üçüncü kişilere karşı haklarını doğrudan kullanabilmektedirler. Düalist teoriyi kabul eden İsviçre hukukunda kullanma hakkı devredilebilmekte ancak bu borçlandırıcı işlem mahiyetinde nispi hak kabul edilmektedir. İsviçre hukukunda kanuna bir fıkra eklenerek münhasır lisans sahiplerinin dava açmalarına imkan sağlanmıştır. DEMİRTAŞ, a.g.e., s. 273, 274.

⁴³³ FREY, RUDOLPH, s.527, (BİLGE, M. Emin, a.g.m., prg.11’den naklen).

⁴³⁴ TEKİNALP, a.g.e., s. 307; AYİTER, a.g.e., s. 210; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 270 vd.; GÖKYAYLA, (**Telif Hakkı**), s. 49; Bir resim kartpostal yapılması için malî hak devri yapıldığında devralan sadece kartpostala ilişkin malî hak ihlalinde dava açabilir. Fromm/NODEMANN, & 97, Anmd 9, s. 643, (ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 624, dpn. 34’den naklen).

⁴³⁵ Yargıtay 1999 tarihli bir kararında, doktrinde ruhsat, tasarruf işlemi olarak kabul edildiğine ve tam ruhsat sahibinin eser sahibi ve komşu hak sahibi sahip olduğu malî hakları kullanma veya yararlanma sahipleri gibi tecavüzün önlenmesi ve tazminat davası açabileceğine, hatta açmadıkları takdirde doğacak zarardan malî hak sahibine veya eser sahibine karşı sorumlu olabileceklerine hükmetmiştir. 11. HD. 11.03.1999, E. 1998/9958, K. 1999/3423, (ERDİL, a.g.e., s. 145’den naklen).

⁴³⁶ 11. HD. T. 20 .01. 2006, E.2005/166, K.2006/33, MERDİVAN, a.g.e., s. 2011, dpn.21. “....Ruhsat verilmesi yoluyla malî hakları kullanma yetkisine sahip olan kişi ise zararının karşılanmasını sadece FSEK’nun 70/2. maddesi uyarınca açacağı maddî tazminat davasında isteyebilir. Bu durumda, davacının kanundan kaynaklanan ruhsat sahibi sıfatıyla FSEK’nun 68. maddesine dayalı tecavüzün refi ve tazminat davası açamayacağından dolayı davanın husumet yönünden reddi gerekirken, davanın kısmen kabulü doğru görülmemiştir. Ayrıca kabule göre de, FSEK’nun 68. maddesine aykırılık iddiasıyla açılan davada, husumetin tecavüz eylemini bizzat gerçekleştiren kişiye veya aynı yasanın 66/2. fıkrasında yazılı çalışanları vasıtasıyla gerçekleştiren işletme sahibine yönetilmesi gerekir.” 11. HD. T. 20.11.2007, E. 2006/6776, K. 2007/14566, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1872; 11. HD. T. 26.04.1999 E. 1999/594, K. 1999/3250, SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 717, 719.

görüşünü sürdürerek ruhsat sahiplerinin sadece FSEK m. 70/f. 2 gereği maddî tazminat isteyebileceklerini belirtmiştir⁴³⁷.

Doktrinde, çoğaltma hakkının ihlali ile ilgili fıkralara “*ikinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanun’un 52nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır.*” düzenlemesi eklenerek, yazılı izin ile hak sahibinin malî hakkını devrettiği veya kullanma hakkını devrettiği kimselerin FSEK m. 66 hükmündeki genel kurala uygun olarak tecavüzün ref’i davasını açabilecekleri kabul edilmektedir⁴³⁸.

DEMİRBAŞ ise FSEK m. 68 de “*hak sahibi*” ibaresinin getirilmesinin problemi çözmediğini, Kanun’da lisans sahiplerinin durumunun düzenlenmediğini, “*hak sahibi*” ibaresinin mali hak devri yapılanlar ve bağlantılı hak sahiplerini kastettiğini, zaten bu konuda da tereddüt bulunmadığını, lisans alanların hak sahibi olup olmadığı hususunda kanun koyucunun sessiz kaldığını belirtir⁴³⁹.

Malî hakkın devrinde bu haklar eser sahibinin malvarlığından devralanın malvarlığına geçtiğinden devralan tüm davaları açabilir. Malî hakkı devralan kimseler davacı sıfatını haiz olurlar⁴⁴⁰. Lisans sahibinin hakları tecavüze uğramışsa,

⁴³⁷ 11.HD. T.20.11.2007, E.2006/6776, K.2007/14566, Aynı görüşte TEKİNALP, a.g.e., s. 323, 324.

⁴³⁸ DEMİR, a.g.t., s. 131; Kanun değişikliği öncesi tartışmalı olan bu konuya ilişkin olarak doktrinde değişiklik öncesinde, FSEK m. 56 gereği malî hak devredilmişse, ref davasını devralan açabilirken, ARSLANLI ve EREL bu hakkı ruhsat sahibine de tanımakta, AYİTER ruhsat sahibinin üçüncü kişiye karşı ref davası açamayacağını, sadece ruhsat verenden ref davası açmasını talep edebileceğini savunmakta idi. SULUK, tam lisans sahibinin tecavüz edene dava açabileceğini, basit lisans sahibinin dava açma yetkisi bulunmadığını, BELGESAY tam lisansın intifa hakkına ilişkin hükümlere tabi olması nedeniyle bu lisans sahibinin dava açma hakkının olduğunu, basit lisans alanların ise hasılat kirası hükümlerine tabi olmaları nedeniyle dava açma hakkının olmadığını belirtmekte idi. ARSLANLI, a.g.e., C. II, s. 209; EREL, a.g.e., s. 294 ; AYİTER, a.g.e., s. 254; Cahit SULUK, **Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele**, İstanbul 2004, s. 140; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 139; BELGESAY, a.g.e., s. 103, 104.TEKİNALP, m. 68’in önceki halinde de, “*eser sahibi*” denilmiş olmasının devreden kimsenin malî hak ile hiçbir ilgisinin kalmamış olması nedeniyle malî hakları devralan kişinin dava açmasına engel olmayacağını belirtir. Lisans verilmesi halinde ise lisans sahibine bu hak verilirse, eser sahibinin veya malî hakları devralan kimsenin gelecekteki haklarını ihlal etme ihtimalinin bulunduğu, bu nedenle lisans sahibinin sadece FSEK m. 70’deki tazminat davasını açabileceğini savunmakta idi. TEKİNALP, a.g.e., s. 307 Aynı görüş için bkz. ÖZTRAK, a.g.e., s. 79.

⁴³⁹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 277.

⁴⁴⁰ ERDİL, a.g.e., s. 573; ŞAHİN, a.g.e., s. 166, EREL, a.g.e., s. 334; TEKİNALP, a.g.e., s. 323; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1519, 1871.

açılacak dava sonucu kurulan hükümden lisans sahibi yararlanır. Dava sonucu mahkemece kurulan hükümden malî hak sahibi keyfi olarak yararlanamaz⁴⁴¹. FSEK m. 48 gereği malî hakkı devralan kişiler de bu hak ile sınırlı olarak tazminat davası açabilirler. Eser üzerindeki malî hakları aslen veya devren iktisap edenler, bu haklarını eser sahibi veya haleflerine karşı da ileri sürebilir ve tazminat davası açabilirler⁴⁴². Bu kişilerin malî hakkın davacıya ne şekilde intikal ettiğini düzenli ve kesintisiz olarak silsile halinde FSEK m. 52 hükmüne uygun yazılı sözleşmelerle ispatlaması gerekir⁴⁴³.

Eser sahipliği ile malî hak sahipliği her zaman için örtüşmeyebilir. Bazen eser sahibi birden fazla olabilir. Malî haklara tecavüz halinde hak sahibi ölmüş ise mirasçıları, hak üçüncü şahıslara devredilmişse, devralan bu kişiler davayı açabilirler⁴⁴⁴.

ARSLANLI, lisans sözleşmelerinin alacağın temlikindeki gibi bir tasarruf işlemi olduğunu savunmakta ve aynı tesirleri olan bir tasarruf işlemi olmasının uygulamada da farklı sonuçlar doğuracağını belirtmektedir. Yazar, lisans sözleşmesinin nispi bir borç ilişkisi doğuracağı kabul edildiğinde lisans verenin uhdesindeki mali hakkı üçüncü kişiye devrettiğinde, lisans alanın lisans verene sözleşmeden doğan talepleri ileri sürebileceğini, ancak üçüncü kişilere talep ve dava hakkının olmayacağını belirtir. Tasarruf işlemi olarak değerlendirildiğinde ise üçüncü kişilere de lisans alanın aynı sınırlı aynı haklardaki gibi talepte bulunabileceğini savunur⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ ARSLANLI buna örnek olarak ruhsat sahibinin 5000 adet çoğaltma yetkisi verdiği eserden 10.000 adet basması halinde fazladan basılan eserler için FSEK m. 68/f.2 gereğince fazlanın üretim bedeli karşılığı tesliminin ruhsat sahibi tarafından talep edilebileceğini eser sahibinin yararlanma hakkı olmadığını gösterir. ARSLANLI, a.g.e., s. 209; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 625.

⁴⁴² TEKİNALP, a.g.e., s. 219, 220; EREL, a.g.e., s. 334.

⁴⁴³ “hakların geçerli biçimde tedavülüne ilişkin tüm belgeleri mahkemeye sunması ve bunların dava açma hakkı verip vermediğinin gerekirse bilirkişi aracılığıyla incelenmesi” gerektiğine dair, 11.HD. T.19.10.2010, E. 2009/379, K. 2010/10502, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2135, dpn. 102.

⁴⁴⁴ DALYAN, a.g.e., s. 237, EREL, a.g.e., s. 334; GÜN, <http://www.rekabet.gov.tr/nisan2001.html>, Erişim T. 19.11.2009; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 623; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1859.

⁴⁴⁵ ARSLANLI, a.g.e., s. 175; Aynı görüşte TEKİNALP, a.g.e., s. 234; EREL, a.g.e., s. 306; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 560.

AYİTER, bunun bir borç ilişkisi doğurduğunu eser üzerinde mutlak bir hak tanımadığını savunur⁴⁴⁶. BOZBEL de lisans sözleşmesinin borç doğurucu bir işlem olduğunu, tasarruf işlemi görüşünün monist yaklaşımdan kaynaklandığını, bu teoriye göre Alman hukukunda da mali hakların devredilemeyeceği sadece kullanma hakkının devredileceği düşüncesinin hakim olduğunu ve kullanım hakkının devrine ilişkin sözleşmelerin tasarruf işlemi niteliğinde olduğunu, fakat FSEK’de mali hakların devredilebileceği düzenlemesi ile monist görüşten uzaklaşıldığını, kanunda intifa hakkına yapılan atıf ile lisans alanın yetkilerinin kapsamının genişletilmek istendiğini savunur⁴⁴⁷. Yazar bu gerekçe ile lisans alanın şahsi bir hak iktisap etmesi nedeniyle tecavüzün önlenmesi ve tazminat davalarını açamayacağını, lisans sözleşmesine konulacak bir hükümle tecavüzlere karşı dava hakkı kazanılabileceğini, FSEK’de düzenleme yapılmasının daha uygun olacağını belirtir⁴⁴⁸.

Eser sahibi de malî hakkın özü ve devredilemeyen yetkiler kapsamında dava açma hakkına sahiptir. Tam ruhsat sahibi FSEK m. 68 ve 70/f. 3’deki farazî bedel ve elde edilen kazancı isteyebilir. Tazminatı eser sahibi veya malî hak sahibine bırakmak bu hakkı ruhsat ile veren kimsenin sebepsiz zenginleşmesine neden olur. Eser sahibi veya hak sahibi bu durumda men ve ref davası açabilirse de farazî bedel veya temin edilen kârı değil, tecavüz nedeniyle uğradığı bir zarar varsa onu isteyebilir⁴⁴⁹. Ruhsat verilmesi yoluyla malî hakları kullanma yetkisine sahip olan kişi zararının karşılanmasını isteyebilir. Husumetin tecavüz eylemini bizzat gerçekleştiren kişiye veya çalışanları vasıtasıyla gerçekleştiren işletme sahibine yönetilmesi gerekir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ AYİTER, a.g.e., s. 211; HİRSCH (**Fikri Say**) C. II, s. 223.

⁴⁴⁷ BOZBEL, a.g.e., s. 254, 255.

⁴⁴⁸ İsviçre Telif Hakları Kanunu m. 62/III de münhasır lisans sahiplerine tecavüzler hakkında dava açma hakkı tanınmıştır. A.e., s. 257, dpn. 705.

⁴⁴⁹ ARSLANLI, a.g.e., s. 209; EREL, a.g.e., s. 334; ALICA, a.g.e., s. 2010.

⁴⁵⁰ “..FSEK’ nun 68. maddesine aykırılık iddiasıyla açılan davada, husumetin tecavüz eylemini bizzat gerçekleştiren kişiye veya aynı yasanın 66/2. fıkrasında yazılı çalışanları vasıtasıyla gerçekleştiren işletme sahibine yönetilmesi gerekir. Dava konusu reklam filminin, dava dışı K... firması tarafından sinemalarda umuma iletildiği ve davalının bu eyleme doğrudan veya dolaylı katılımı olmadığı halde mahkemece, davalının P..Prodüksiyon ile yaptığı geçersiz devir sözleşmesine dayalı olarak dava dışı K... Firması aleyhine icra takibi yaptığı ve telif ücretini bu yolla tahsil ettiği gerekçesiyle FSEK’ in 68. maddesine aykırı davrandığına ilişkin görüşü dahi isabetsizdir.” 11. HD. T.20.11.2007, E. 2006/6776, K. 2007/14566; 11. HD., T. 12.04.2010, E. 2008/12928, K. 2010/4079.(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 19.06.2013.

Yayın sözleşmesinde ilim ve edebiyat eserleri yayımcı tarafından çoğaltılarak ticaret mevkiine konulurken lisans sözleşmesi ile çeşitli eserlerin her türlü kullanımına yönelik sözleşme yapılır⁴⁵¹.

5846 sayılı Kanunda lisans sahiplerinin dava hakkına ilişkin düzenleme yapılmamışken sınai haklara ilişkin KHK’larda ve onları yürürlükten kaldıran yeni SMK’da bu husus düzenlenmiştir⁴⁵².

İsviçre Fikrî haklar hukukunda 2007 yılında yapılan değişiklik ile (Art. 62 Abs. 3 UrhG) inhisari lisans sahibinin bizzat dava açma hakkı Kanunda açıkça düzenlenmiştir⁴⁵³. Kanaatimizce FSEK’de de lisans sahiplerinin dava haklarına yönelik açık düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Tasarıda buna ilişkin bir düzenleme yapılmaması, konunun yine Yargıtay içtihatları ile çözülmeye çalışılmasına neden olacaktır.

d. Meslek birlikleri

Meslek Birlikleri FSEK m. 41. vd. maddeleri uyarınca üyeleri ile FSEK 52 nci maddesine uygun bir şekilde yaptıkları malî hakları kullanma yetkisinin devri sözleşmesine dayalı olarak, üyelerinin bu Kanun’la tanınmış haklarının takibine yetkilidir⁴⁵⁴. FSEK m. 42/A meslek birliklerinin görev ve yükümlülüklerini düzenler.

⁴⁵¹ BOZBEL, a.g.e., s. 253.

⁴⁵² 556 sayılı KHK m. 73/ f. 1 gereği inhisari lisans alan, ihlallere ilişkin dava açabilirken; basit lisans sahibi kural olarak dava hakkına sahip değildir. Basit lisans sahibinin, hak sahibine başvurması sonucu hak sahibi hareketsiz kalırsa lisans sahibi bizzat dava açabilecektir. (Mülga MarKHK m. 73/f. 2, 3). Patent ve Tasarım hukukunda da aynı düzenlemeye yer verilmiştir (Mülga PatKHK m. 148; EndTasKHK m. 60). 6769 sayılı SMK m. 158’de özel olarak “Lisans alanın dava açması ve şartları” başlığıyla lisans sahiplerinin dava hakkını düzenlemiştir. Madde, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı takdirde inhisari lisans sahibinin sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hak sahibinin bu Kanun uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabileceğini düzenler. Madde inhisari olmayan lisans alanın, sınai mülkiyet hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı sözleşmede açıkça sınırlandırılmamışsa yapacağı bildirimle, gereken davayı açmasını hak sahibinden istenebileceği, hak sahibinin bu talebi kabul etmemesi veya bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmaması hâlinde, lisans alanın yaptığı bildirim de ekleyerek, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabileceği ve lisans alanın dava açtığını hak sahibine bildirmesi gerektiği belirtilir.

⁴⁵³ MÜLLER, OERTLİ, URG, S. 620 N 23, (DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 320’den naklen).

⁴⁵⁴ TEKİNALP, a.g.e., s. 253, 282; Madde değişiklik öncesi "*maddî ve manevî menfaatlerini korumak maksadıyla*" ibaresi nedeniyle manevî hakların kullanımını da meslek birliğine

FSEK m. 42 hükmünce meslek birlikleri⁴⁵⁵; çalışma ilkeleri kanunla belirlenen, özel hukuk tüzel kişisi niteliğini taşıyan kuruluşlardır⁴⁵⁶. Eser sahiplerinin yetki belgesi ile kendilerine sağladıkları hakların takibi ve idaresi sonucu elde edilen

bırakabileceği kabul edilmekteydi. ARSLANLI, a.g.e., s. 162; Meslek birliğine verilen yetki belgelerinin içeriği ve esasları “*Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik*” ile belirlenmiştir. YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s.1881, 1875, dpn. 76; Umuma açık mahallerin FSEK m. 41 hükmüne göre eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım ve/veya iletimine ilişkin sözleşme yaparak hak sahiplerinin izni ile sözleşmelerde yazılı malî hak ödemeleri yapacaklarını, bunları kullanan veya ileten bu tür yerlerin; mahallin bulunduğu bölgenin özelliği, nitelik ve niceliği, eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların mahalde sunulan ürün veya hizmetin ayrılmaz bir parçası ve onlara katkısı olup olmadığı gibi hususlar değerlendirilerek sınıflandırılacağı veya sınıflandırma dışı bırakılacağı belirtilir. Eser sahipleri alanında kurulmuş meslek birlikleri veya bağlantılı hak sahipleri alanında kurulmuş meslek birlikleri veya aynı sektörlerde faaliyet gösteren meslek birlikleri, biraraya gelerek protokole bağlamak suretiyle ortak tarifeler belirleyebilirler. Ortak tarifeler protokole taraf meslek birlikleri açısından bağlayıcıdır. Umuma açık mahaller veya meslek kuruluşları ile meslek birlikleri arasında tarifeler veya ortak tarifeler üzerinde uzlaşma sağlanamaması ve sözleşme yapılamaması halinde, en geç bu ayın sonuna kadar, meslek birlikleri ve/veya meslek kuruluşları tarafından bu tarifelerin Bakanlıkça oluşturulacak uzlaştırma komisyonunda müzakere edilmesi talep edilebilir.

⁴⁵⁵ Maddede; Eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri ile m. 52’ye uygun biçimde düzenlenmiş sözleşmelerle malî hakları kullanma yetkilerini devralan, FSEK m. 10’a göre, eserler üzerindeki hakları kullanan, süreli olmayan yayınları çoğaltan ve yayanlar, üyelerinin ortak çıkarlarını korumak ve bu Kanun ile tanınmış hakların idaresini ve takibini, alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak üzere, Kültür Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanan tüzük ve tip statülere uygun olarak tespit edilecek alanlarda birden fazla meslek birliği kurabilecekleri düzenlenmiştir. Meslek birlikleri eser sahipleri bakımından ilim ve edebiyat (İLESAM, YAYBİR), musiki (MESAM, MSG, MÜYAP, MÜYORBİR), güzel sanat, (GESAM) sinema ve işleme ve derleme eser sahipleri meslek birliği olarak kurulabilir. Bağlantılı hak sahipleri bakımından da icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, radyo TV kuruluşları Meslek birlikleri (RATEM), filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcılarca kurulurlar. (BOZBEL, a.g.e., s. 276-279’dan naklen).

⁴⁵⁶ TEKİNALP, a.g.e., s. 293; ALICA, a.g.e., s. 2137; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 859; Meslek birliğine üye eser veya bağlantılı hak sahiplerinin, alenileşmiş veya yayınlanmış tüm eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlarına ilişkin hakların takibi yetki belgesine göre yapılır. FSEK 42/A maddesinde; “*Tarifelerin tespit edilmesinde; tarifelerin uluslararası uygulamaların ülkenin ekonomik ve toplumsal koşullarına uyarlanabilirliği göz önünde bulundurularak makul seviyede belirlenmesi ile teknolojik alandaki değişimlerin yanı sıra eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların yaratıldığı ve kullanıldığı sektörlerin yapısını tahrip edici, üretimi ve kullanımı engelleyici ve genel kabul görmüş uygulamalara zarar verici bir etki yaratılmaması, rekabeti bozucu şartlar oluşturulmaması, yapılan sınıflandırma, ilgili sektörlerdeki ürün fiyatları ve bu sektörlerin gayrisafi milli hasıladaki payı, eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım veya iletim sıklığı, birim fiyat ve götürü usulü ödeme, ödeme planı ve benzeri hususlar esas alınır.*” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Birliğin işleyişi, üyelik ve üyeliğin sona ermesine ilişkin Fikir ve Sanat Sahipleri ile Komşu Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Fedarasyonları Hakkındaki Tüzük (RG. 23653, T. 01.04.1999) bulunmaktadır.

geliri hak sahiplerine dağıtırlar⁴⁵⁷. Ancak hak sahipleri, haklarını meslek birlikleri aracılığıyla takip etmek zorunda değildir; bizzat kendileri de takip edebilirler⁴⁵⁸.

Eser sahipleri tarafından kurulan meslek birlikleri 1983 tarihli değişiklikle dört meslek birliğinin kurulmasına ilişkin olarak ve aynı alanda birden fazla meslek birliğinin kurulmasını engelleyen düzenlemede dernekler kanunun sayılan hükümlerinin meslek birlikleri hakkında uygulanacağını düzenlemiştir⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 296; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 520; BOZBEL, a.g.e., s. 274; Müzik sektöründe MESAM, MSG, MÜ-YAP, MÜYORBİR meslek birlikleri kullanıcılar ile her bir meslek birliği sözleşme yaparak lisanslama faaliyetini birlikte yürütmektedirler.

⁴⁵⁸ FSEK Taslağında (m. 42/I) Ortak Lisanslama Birliklerine toplu hak takibi bakımından inhisari yetki tanınmaktadır. Bu düzenleme bireysel hak takibinin önünü tıkamaktadır. Böyle bir düzenleme, AYM'nin bu konuda daha önce vermiş olduğu karara (AYM, 2007/33, K. 2010/48, RG. 22.6.2010, Sayı: 27619) aykırıdır. (Cahit SULUK, “**Telif Yasa Taslağı Işığında Telif Birlikleri ile Kullanıcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Halli**” , Terazi Hukuk Dergisi, 2013/78, s. 24-27'den naklen); Meslek Birlikleri ise 2016 yılı sonunda Kültür Bakanlığına FSEK Tasarısına ilişkin ortak görüş olarak sunulan raporda; Kişisel kullanım amacıyla yapılan çoğaltmalardan elde edilen gelirin hak sahiplerine dağıtılmasının zorunlu olduğu, meslek birliklerinin bir Ortak Lisanslama Birliği içinde zorunlu olarak bir araya gelerek toplu lisanslama yapmalarının kullanıcılar ve hak sahipleri açısından faydalı olacağı, kullanıcıların birden fazla muhatapla ayrı ayrı lisans sözleşmesi yapma zorunluluğunu ortadan kaldıracacağı, tek merkezden izin ve tek merkeze ödeme yapılacağı, OLB organlarının kanunda açık olarak belirtilmesi; ancak bu organların meslek birliklerinin atayacağı temsilciler tarafından oluşturularak, yetki ve sorumlulukları, tanımlanan zorunlu lisanslama alanlarında lisanslama yapılması ve toplanan telifin meslek birliklerine aktarılması ile sınırlı olması, OLB'de eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri arasında denge ve eşitlik gözetilerek oy farklılaşması yapılması, OLB'lerin tarife yapmamaları, bu hak ve yetkinin yine meslek birliklerinde kalması gerektiği, zorunlu OLB sisteminin özellikle umuma açık mahallerde uygulanması gerektiği Meslek Birlikleri olarak toplu hak yönetiminin zorunlu olacağı umuma açık mahallerin lisanslanmasında “Sertifika Sistemi”nin de bağlı olarak uygulanması ve ortaya çıkacak tarife uyuşmazlıkları için de “Tarife Uyuşmazlık Kurulu”nun kurulmasını “Yeniden iletim hakkı”nın mevcut FSEK'te açıkça tanımlanmamış olmasının, tüm sektörler açısından ciddi hak kayıplarına neden olduğu “Yeniden İletim Hakkı”, kavram ve yeni bir mali hak olarak Yasa'da ayrı madde olarak yani FSEK madde 25/A olarak tanımlanması, Yeniden iletim hakkının özellikle uydu, karasal, kablolu, sayısal, dijital vb şekillerde umuma iletim yapan yayıncılar, dijital platformlar, kanallar ve mobil operatörler için uygulanacağını açık olarak yazılmasının olası bir hak kayıplarını önleyeceği, dijital alanda korsan ile mücadele edilebilmesi konusunda OLB ve meslek birliklerine toplu hak takibi yapılması konusunda yasada açıkça yetki verilmesi, OLB veya meslek birlikleri üyelik ilişkisi çerçevesinde yasada aldıkları yetki ile yetki belgesi aranmaksızın yasadışı faaliyet gösteren yerlere gerekli uyarılarda bulunabilmesi, korsan içeriklerin kaldırılmasını talep edebilmesi, hukuki ve cezai süreç başlatıp sürdürebilmesi, bandrollerin, Bakanlık tarafından yetkilendirilen Meslek Birlikleri tarafından bastırılarak satılması, böylece Meslek Birliklerinin ekonomik olarak da güçlü ve bağımsız olmalarının yolunun açılacağı.” görüş olarak bildirilmiştir. 13 Aralık 2016 tarihli Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü'ne, Kanun Değişikliğine İlişkin Meslek Birliklerince Sunulan Yayınlanmamış Ortak Görüş.

⁴⁵⁹ Meslek birliklerinin ilk kuruluşuna ilişkin Fransa'da Bourget isimli şahıs, cafe'nin idarecisinden, çalınan parça için kendisine telif ücreti ödemesini istemiş, yöneticinin bu talebi reddetmesi sonucu kendilerinin de mekanda içtikleri içeceklerin bedelini ödemeyi reddetmesi

FSEK Tasarısı 15inci maddesi ile meslek birlikleri ifadesi “*Hakların Toplu Yönetimi*” bölüm başlığı altında toplanmış ve 42 nci madde ile meslek birlikleri genel olarak düzenlendikten sonra alt başlıklarla düzenleme yapılmıştır.⁴⁶⁰.

Tasarıda, meslek birlikleri, “*Telif Birlikleri*” olarak değiştirilmiş ve aynı alanda yeni bir telif birliğinin kurulma şartları ağırlaştırılmış idari ve ekonomik yetkinlik şartı getirilmiş, birden fazla telif birliğinin faaliyet gösterdiği sektörlerde ortak lisanslama birliği kurulması öngörülmüştür. Toplu hak yönetim örgütlerine dair ikincil düzenlemelerin tüzük yerine yönetmelikle yapılması öngörülmüştür⁴⁶¹. Toplu hak yönetim örgütlerinin takibini yaptıkları haklara ilişkin ihlalleri idari, hukuki ve cezai usullerle önlemeye yönelik tedbirleri almakla görevli ve yetkili oldukları düzenlenmiştir. Toplu hak yönetimi örgütleri yöneticisi ve denetiminde görevli kişilere 2014/26 sayılı Direktif uyarınca tedbirli bir yöneticinin özeniyle davranma yükümlülüğü getirilmektedir.

Meslek Birlikleri ancak malî hakları takip edebilmektedirler. Malî hakları devralan kimse yahut Meslek Birliği, devralma tarihinden sonra meydana gelen ihlaller hakkında dava açma hakkına sahiptir. Bu tarihten öncesi için dava açma hakkı devredene aittir⁴⁶². Manevî haklara tecavüz durumunda Meslek

ile yapılan yargılama sonucunda 1849 yılında Paris İstinaf Mahkemesi, Cafe sahibinin Bourget’e telif ücreti ödemesi gerektiğine hükmetmiş ve sonraki yıllarda, Bourget kendi meslektaşlarıyla birlikte müzik yayıncıları, müzik eseri sahipleri ve bestecilerden oluşan SACEM Meslek Örgütü’nü 1850 yılında kurmuştur. Otel odalarında müşterilere izinsiz radyo TV yayınından yararlanma imkanı tanınması 2006/115 sayılı kiralama Direktifi m. 8/2 anlamında umuma iletim hakkının ihlalidir. Otel müşterilerine bu imkanı tanıyan işletmeler yayıncıların eser sahiplerine ödediği meblağdan başka mutlaka kendilerinin de makul bir ücret ödemesi gerekir. ABAD 15.05.2012 T. Kararı, Adem ASLAN, “**Fikrî Mülkiyet Haklarının Korunması ve Bu Alanda Yaşanan Güncel Gelişmeler**”, HSYK 2013 Fikrî Mülkiyet Semineri Sapanca; TEKİNALP, a.g.e., s. 303; EREL, a.g.e., s. 339; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 649; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 895.

⁴⁶⁰ Tasarı 42/A Meslek birlikleriyle ilgili esasları, 42/B hak ve yükümlülükleri, 42/C üyelik ve yetkilendirme, 42/D denetim, 42/C Toplu hak yönetimi zorunluluğu ve genişletilmiş toplu hak yönetimi, 42/F sınıflandırmayı düzenlemektedir <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

⁴⁶¹ 19. 04. 2016 Tarihli Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü 5846 sayılı FSEK Çalışma Sunumu.

⁴⁶² ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 624; 11.HD. T. 20.05.2008, E. 2006/14066, K. 2008/6534, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2135; Yargıtayın konuya ilişkin, “...davalının dayandığı tarihsiz devir sözleşmesinin yapıldığı dönemde henüz bu eserler ortaya çıkarılmamış ise, sözleşmenin 3.maddesinde yer alan malî hakların devrine ilişkin hüküm FSEK 48/son maddesi uyarınca geçersiz olacaktır. Bu durumda, mahkemece açıklanan hususlar göz önünde

Birliklerinin manevî tazminat talebinde bulunabilmeleri mümkün değil ise de buna ilişkin Yargıtay’ın farklı kararları bulunmaktadır⁴⁶³.

Yetki belgesi dava sonuçlanana kadar mahkemeye sunulmalıdır⁴⁶⁴. Bu hususta yayınlanan Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi Hakkındaki Yönetmelik’in 3. ve 4/ h maddeleri uyarınca Meslek Birliğinin takip yetkisi, sahip kılındığı eserlerin yetki belgesinde belirtilmesi halinde geçerlidir. Meslek Birliği’nin davada aktif ehliyeti bakımından dava açmaya yetkili olduğuna ilişkin yetki belgelerine ek verilmiş eser bildirim formlarının bulunması gerekir⁴⁶⁵.

Meslek birlikleri, yetki belgesinde bildirilmeyen eserler için sonradan icazet verilmesi şartıyla aktif dava ehliyeti kazanabilir. Dava ehliyeti olmayan kişinin dava açmış olması halinde, usulen davacının kanuni temsilcisine davaya icazet vermesi için bir süre verileceği gibi meslek birliği hakkında da aynı kural uygulanır⁴⁶⁶. Yargıtay da eser sahiplerinin Meslek Birliğine verdikleri yetki belgesinde göstermedikleri eserler için sonradan yetki verilmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir⁴⁶⁷.

bulundurularak, davacı- karşı davalı Levent Yüksel’in yukarıda belirtilen musiki eserleri yönünden eser sahibi olup olmadığı, uyumsuzluk konusu LAL albümünün çoğaltılıp yayınlanması nedeniyle malî ve manevî haklarının ihlal edilip edilmediğinin, korunması gereken bir hakkının bulunup bulunmadığının tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken...” şeklinde bozma kararı bulunmaktadır. 11. HD, T. 08.12.2009, E. 2008/3511, K. 2009/12606, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 12.04.2013.

⁴⁶³ Yargıtay, eser üzerindeki malî hakların meslek birliğine devredilmesi ve kaideten manevî hakların sözleşme ile devredilmesinin mümkün olması karşısında mezkur kararıyla meslek birliğinin manevî tazminat talep edebileceğini belirtirken, 11. HD. 07.12.2000 T, 2000/7797 E, 2000/9773 K, başka bir kararında “davacılarından meslek birliğinin manevî hakları takip edemeyeceği, malî hakların ise taraflar arasındaki sözleşme ile takip edilebileceği” şeklinde farklı bir karar vermiştir. 11. HD. T. 03. 04. 2003, E. 2002/10822, K. 2003/3248, (SULUK, ORHAN, a.g.e. s. 831-833’den naklen).

⁴⁶⁴ Yargıtay, bu belgenin düzenlenmesi sonrasındaki hak ihlallerine ilişkin meslek birliklerinin dava açabileceğine, bu tarihten öncesine ilişkin ise dava açamayacağına hükmetmiştir. 11.HD., T. 11. 02. 2010, E. 2008/5073, K. 2010/1533, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2138.

⁴⁶⁵ 11 HD. T. 16. 04. 2014, E. 2014/119, K. 2014/7483, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 11.11.2014.

⁴⁶⁶ KURU, ARSLAN, YILMAZ, a.g.e., s. 279

⁴⁶⁷ 11. HD. T. 11.05.2004, E. 2004/4528, K. 2004/5302, www.kazanci.com, Erişim T. 27. 12. 2016.

(1) Meslek Birliklerinin Hukuki Statüsü

Meslek Birliklerinin; ihtilaflarda icra takibi, dava, karşı dava, temyiz, tahkim ve tenfiz davası gibi tüm hukukî konularda aktif dava ehliyetine sahip olduğu düşüncesi ile aktif dava ehliyetinin bulunduğu belirtilir. Mahkemelerde davacı yahut davalı olarak yer almaktadırlar. Ancak 5846 sayılı Kanun'da meslek birliklerinin hak takibi yapacakları düzenlenmiş bu hak takibi ibaresinin ne anlama geldiği açık değildir. Yetki belgesinin hukuki niteliği kanunda belirtilmemiş, yönetmelikte de üyelerin temsilcisi oldukları belirtilmiştir⁴⁶⁸.

TEKİNALP, hakkın meslek birliğince takibi için mali hakkın meslek birliğine devri gerektiğini, bu sözleşmeye öncelikle ve ağırlıklı olarak vekâlet ile iş sözleşmesi, ayrıca adi ortaklık ve lisans sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir⁴⁶⁹. Derneklerin üyelerinin ortak manevi yararlarını gerçekleştirmek amacıyla kuruldukları düşünüldüğünde dernek olarak vasıflandırılmayacakları anlaşılr. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile aralarındaki belli meslek gurubuna dahil olma, hak takibi yapma açısından meydana gelen farklılıklar nedeniyle bu şekilde de nitelendirilemezler. Yönetmelik m. 3. meslek birliğinin yetki belgesi vermiş üyelerin temsilcisi durumunda olduğunu belirtmektedir. BOZBEL, mali hakların kullanılması yetkisi devredildiği ya da tam ruhsat verildiği hallerde, aralarında hakların toplu yönetimi amacıyla yapılmış inançlı işlem benzeri bir hukuki ilişkinin doğduğunu, yönetim amacıyla yapılan inançlı işlemlere BK m. 502/f.2 gereği vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtir.⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ TEKİNALP, bu ilişkinin menfaatleri koruma sözleşmesi olduğunu öncelikle vekalet ile iş ayrıca adi ortaklık ve lisans sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını, ATEŞ, aradaki ilişkinin iş görme ilişkisi olduğunu, BOZBEL ise hakların toplu yönetimi amacıyla yapılmış inançlı işlem benzeri bir hukuki ilişki olduğunu savunur. BOZBEL, inançlı işlemlerde inanılanın inanç konusunun yönetiminde göstereceği özenin BK 431 vd. göre belirleneceğini, inanılanın inanç konusunun yönetilmesi sırasında uğradığı zararı BK m. 510'a göre isteyebileceği, inançlı yönetimin gerekli kıldığı avans ve giderlerin de inanılana ödenmesi gerektiği, inanılanın inanç konusu üzerinde her hukuki işlemi yapabileceğini belirtir. BOZBEL, a.g.e., s. 295; TEKİNALP, a.g.e., s. 253; ATEŞ, a.g.e., s. 52.

⁴⁶⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 253

⁴⁷⁰ BOZBEL, a.g.e., s. 274; TBK . 502/f. 2 hükmü "*Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştikleri ölçüde, bu Kanun'da düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.*" şeklinde düzenlenmiştir.

ARSLANLI eser sahiplerinin müşterek temsilcisi olarak tanımlar. Bu bakımdan toplu lisans sözleşmesi akdeden meslek birliklerinin sözleşmede aksi öngörülse dahi yetkilendirmesi kapsamında olmayan müzik eserlerinin umuma açık mahallerde takibini bu sözleşme baz alınarak, tek başına yapamazlar. Kanaatimizce meslek birliklerinin vekalet ilişkisi içerisinde yetki aldıkları üyelerinin hak takiplerini yaptıkları, ancak buna yorum yoluyla ulaşabildiğimiz, bu nedenle Kanaatimizce yorum gerektirmeyecek şekilde kanun tasarısında meslek birliklerinin kendilerine verdikleri hak takibine ilişkin bu yetkinin ne tür bir temsil şekli olduğunun açıkça düzenlenmesi gerekir.

(2) Meslek Birliklerinin Hak Takibinde Tek Yetkili Olması Hususu

FSEK m. 41 eser, icra, fonogram, yapım, yayınların kullanım ve umuma iletiminin izne bağlı olduğu eser sahibinin FSEK m. 25/f. 2’de icracı sanatçıların 80/A-b. 2’de, fonogram yapımcılarının 80/B- b. 3 de, radyo TV kuruluşlarının m. 80/C- b. 3’den doğan hakları bulunmaktadır. FSEK eser sahibi yahut bağlantılı hak sahibine yayınlara ilişkin izin verme ya da yasaklama hakkı vermemekte, yayın kuruluşlarına yayınlarının umuma açık mahallerde gösterimine izin verme ya da yasaklama hakkı vermektedir. Bu nedenle meslek birlikleri verilen yetki belgesi ile radyo TV yayını ile umuma açık mahallerde gösterime ilişkin hak ihlaline dayalı yetkilendirilmişlerse hak takibi yapabilirler⁴⁷¹. Buna karşın ağırlıklı olarak yabancı eser sahiplerinin Türkiye’de mali haklarını koruma ve takip amaçlı özel sözleşmeler ile yetkilendirilen edisyon şirketleri hak takibine yetkili olmayıp bu takibi meslek birliklerine üye olmak suretiyle yaparlar⁴⁷². BOZBEL, bu şirketlerin veya eser üzerindeki hakları devren iktisap eden tüzel kişilerin meslek birliğine üye olmalarının FSEK ile uyumlu olmadığını, meslek birliğinin kuruluş felsefesiyle de uyumlu olmadığını, eser sahiplerinin sömürülmesinin önünü açtığını belirtir⁴⁷³. Kanaatimizce Meslek Birliklerine hak sahipleri dışındaki bu tür şirketlerin üye olması Kanundaki düzenlemenin amacına uygun değildir.

⁴⁷¹ A.e., s. 323, 324.

⁴⁷² A.e., s. 286.

⁴⁷³ A.e, s. 289.

Umuma açık mahallerde kullanımlardaki telif bedelleri daha önce Meslek Birliği vasıtasıyla takibi zorunlu iken AYM'nin 2010 yılındaki iptali sonrasında hak sahiplerince de bizzat takip edilebilmektedir⁴⁷⁴.

Doktrinde bir görüşe göre Anayasa Mahkemesi'nin hak arama özgürlüğünü bu kadar katı yorumlaması yanlıştır. Kanun'un, hak takibini münhasıran meslek birliklerine veren düzenlemesi sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Meslek birlikleri vasıtasıyla hak takibi zorunluluğu, kişilerin haklarını kısıtlamanın aksine haklarını almalarını kolaylaştırmaktadır. Mahkemelerce bu kadar katı davranıldığı takdirde birçok benzeri nitelikteki kanunun iptal edilmesi gerekir⁴⁷⁵.

Meslek birlikleri hak sahiplerini temsil eden örgütler olarak birçok davada taraf durumunda olduklarından açılan davalarda meslek birliklerinden görüş alınmasına ilişkin FSEK m. 68 hükmü, hak sahiplerini temsil eden bu örgütlerin davada doğrudan taraf olabileceklerini öngördüğü gibi davada farazî bedelin tespiti öncesi kanunen görüş alınması nedeniyle de adil bir uygulama olmadığı⁴⁷⁶ bu nedenle 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile bu hüküm AY'nın 36 ncı maddesindeki bireysel hak arama özgürlüğünün kısıtlanmasına neden olduğundan isabetli olarak kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararında düzenlemede bulunan “*ancak*” ifadesi nedeniyle hak sahiplerinin doğrudan dava açma haklarının engellendiğini dolayısıyla bu durumun hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir. ATEŞ meslek birlikleri aracılığıyla hak takibinin zorunlu olmadığını meslek birliği ile takip zorunluluğunun sadece meslek birliğine üye olan hak sahipleri yönünden sözkonusu olduğunu belirtir⁴⁷⁷.

Kanaatimizce İstanbul Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemelerinde açılan davaların büyük bir çoğunluğunun taraflarını Meslek Birliklerinin oluşturduğu dikkate alınırsa yapılan bu değişiklik olumlu olmuştur. Kanun Tasarısında ortak ve

⁴⁷⁴ FSEK m. 41/f. 12'nin AY m. 36 hükmüne aykırı olduğuna dair “RG: 22.06. 2010 T. S: 27619, E. 2007/33, K. 2010/48, 24.3.2010 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 23. 06. 2014.

⁴⁷⁵ Mustafa ATEŞ, “**Hak Arama Özgürlüğü ve Meslek Birlikleri Üzerinden Hak Takibi: Anayasa Mahkemesinin FSEK Madde 41/12 Hükmüne İlişkin İptal Kararına Dair Bir Tenkit**”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:5 Sayı:51 Kasım 2010, s. 89.

⁴⁷⁶ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2015.

⁴⁷⁷ ATEŞ, “**Hak Takibi** “, s. 56-68.

zorunlu lisans getirilmek istenmekte, temsil ve iletim hakları yönünden hak sahiplerinin meslek birlikleri aracılığıyla hak takip edebileceklerine yönelik düzenleme getirilmesi düşünülmektedir. ARKAN, gelişmiş Avrupa ülkelerinde birçok işin vekil, temsilci aracılığıyla yapılmasının, kanunlarında düzenlenmesinin ve uygulanmasının ülkemizin gelişmişlik düzeyi göz önüne alındığında uygun olmayacağını belirtmektedir⁴⁷⁸.

Öte yandan bir başka sorun ise meslek birlikleri tarafından dava açılması durumunda hak sahibinin de dava açması halinde derdestlik hususudur. İki farklı davacı tarafından aynı talep ile dava açıldığında mükerrer tahsilatlar yapılabilecektir. Bu nedenle meslek birliklerine hak takibi konusunda verilen yetki varsa mahkemece meslek birliğince tahsilat yapılıp yapılmadığı, dava açılıp açılmadığı da araştırılması gerekir⁴⁷⁹.

2014/26 Sayılı İç Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Hakların Toplu Yönetimi ve Çevrimiçi Kullanıma Yönelik Müzikal Eserlerde, Eser Sahiplerinin Haklarının Çok Bölge Olarak Lisanslanmasına İlişkin AB Direktifinde, toplu hak yönetimi kuruluşu düzenlenmektedir⁴⁸⁰.

2. Davalı

a. Genel olarak

Fikri hak ihlali durumunda açılacak davalarda, davalı olarak tecavüzde bulunan hasım gösterilir. Yukarıda bahsedilen davacı konumundaki kimseler aynı zamanda hak ihlallerinden dolayı davalı konumunda da bulunabilirler⁴⁸¹.

FSEK m. 70 manevî hakların ihlalinde hakkında dava açılacak kimselere ilişkin bir düzenleme yapmamışsa da ref davasında davanın tecavüz edene karşı açılması

⁴⁷⁸ Azra ARKAN SERİM, “Fikri ve Sınai Haklarda Problemler ve Çözüm Yolları”, İstanbul Barosu Yayınları, 2016, s. 120.

⁴⁷⁹ ATEŞ, “Hak Takibi”, s. 89.

⁴⁸⁰ http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.084.01.0072.01.ENG, Erişim T. 30. 12. 2016.

⁴⁸¹ Bkz. Yukarıda s. 225-256.

gerektiğine ilişkin düzenlemenin yorum yolu ile tazminat davasına da uygulanması gerekir⁴⁸².

Malî hak sahibi devralana karşı açtığı davalarda birlikte sorumlu olan devreden ve kullanımı gerçekleştiren kişiye de husumet yöneltebilir⁴⁸³.

Haksız fiillerde müteselsil sorumluluk, TBK m. 61-62’de düzenlenmiştir. Haksız fiillerde meydana gelen maddî veya manevî zarardan birden fazla kişi müteselsil olarak sorumlu olabilir⁴⁸⁴.

İnternette izinsiz program indiren kişiye karşı da dava açılabilir. İhlalde bulunan kişi ile internet arasında köprü vazifesi gören Internet servis sağlayıcı kuruluşlara, ihlalden haberdar iseler ve/veya onları teşvik edip kolaylık sağlamışlarsa FSEK m. 66/ f. 3 uyarınca tecavüzün ref’i davası açılabilir⁴⁸⁵. İçerik sağlayıcı ve servis sağlayıcılarının sorumluluğu ve ihlallerin sona erdirilmesi yönünden FSEK m. ek 4’e 5101 sayılı Kanunla eklenen f. 3 ve 4 ile ilk kez hak ihlalinde içeriğin bu fıkralar gereği kaldırılması için uyar-kaldır sistemi getirilmiştir⁴⁸⁶.

⁴⁸² ARSLANLI, a.g.e., s. 210.

⁴⁸³ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1719.

⁴⁸⁴ OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 299; EREN, (**Genel Hükümler**), s. 834.

⁴⁸⁵ İnternet sağlayıcısının sorumluluğuna dair tecavüzün tespiti durdurulması önlenmesi sonuçlarının ortadan kaldırılması talebini içeren dava dilekçesinin aynı zamanda ihtarname yerine geçeceğine dair, HGK. T. 15.01.2004, E. 2013/11-1138, K. 2014/16, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr ;11. HD. T. 30. 04. 2004, E. 2003/12494, K. 2004/9096, SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 30; “ mahkemece yer sağlayıcı konumunda bulunan davalı aleyhine, içeriğin kaldırılması yönünde ihtarda bulunulmadan dava açılmayacağı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir. Ancak davacı, dava açmadan önce, hangi eserlerin izinsiz olarak davalının yer sağlayıcısı olduğu internet sitesinde yayınlandığını bilirkişi marifetiyle mahkemeden tespit ettirmiş olup, delil tespiti raporu dava açılmadan önce davalı tarafa tebliğ edilmiştir. Bu durumda, söz konusu delil tespiti raporunun, 5651 sayılı Yasa’nın 8 ve 9. maddesi anlamında davadan önce servis sağlayıcısına ihtar edilmesi gereken uyarı mahiyetinde olup olmadığı değerlendirilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir. “11. HD. T. 01.06.2015, E. 2015/725, K. 2015/7399,(Çevrimiçi)www.kazanci.com.tr, Erişim T. 22. 05. 2016.

⁴⁸⁶ Bu ABD’nin 1998 tarihli Digital Millenium Copyright Act (DMCA)’daki düzenleme benzeridir YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1911; Sorumluluğun tespitinde haksız fiillere ilişkin TBK 49 vd. ile 5651 sayılı Kanun ve FSEK. ek 4/f. 3 uygulanır. Uyar-kaldır prosedürü ilk olarak 2004 yılında FSEK ek m. 4 ve 5651 sayılı Kanun m. 9 hükmünde düzenlenmiştir. FSEK. ek m. 4 uyarınca telif hakları ve bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanun’dan doğan haklarına internet yoluyla ihlalde, hak sahiplerinin başvurusu ile içerikler servis ve içerik sağlayıcılar tarafından kaldırılır. Hak sahipleri bilgi içerik sağlayıcılara başvurarak içeriğin telif ihlali yarattığını bildirerek içeriğin üç gün içerisinde web sitesinden çıkartılmasını talep etmek hakkına sahiptir. İhlalin devamı halinde hak sahibi savcılık kanalıyla içerik sağlayıcısına verilen hizmeti durdurmasını servis sağlayıcısından isteyebilir; BOZBEL,

b. Hak ihlali durumunda adam çalıştırmanın sorumluluğu

Tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa işletme sahibi hakkında da dava açılabilir. FSEK m. 66'daki malî ve manevî haklara tecavüz oluşturan fiili *“hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri”* sıfatı ile yapmışlarsa, bu halde adam çalıştırmanın ve çalışanın sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 66 ve organın fiilinden tüzel kişinin sorumluluğunu düzenleyen TMK m. 50 hükmünün uygulanacağı ve bunun FSEK'e özgü özel bir uygulaması olduğu belirtilir⁴⁸⁷. İşletme kavramı, TTK'nda tanımlanan işletmeden daha geniş olarak kâr amacı gütmeyen teşebbüsler, siyasi partiler sivil toplum örgütleri, gönüllüler ve dernekleri de kapsamaktadır⁴⁸⁸.

Borçlar hukukunun kusursuz sorumluluk hükümlerine göre adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu bulunduğundan, FSEK m. 66/f. 3'deki *“tecavüz edenin veya ikinci fıkrada yazılı kimselerin kusuru şart değildir.”* şeklinde düzenlemenin gereksiz bir tekrar olduğu, FSEK m. 66/f. 2 hükmünün TBK m. 66 ve TMK m. 50'den farklı olmadığı, tekrar ve fazlalık olduğu düşüncesi ile eleştirilmektedir⁴⁸⁹. TBK m. 66

a.g.m., s. 156, 157; FSEK Tasarısında ise içerik sağlayıcılar ve yer sağlayıcıların ihlâlê konu eser, icra, yapım ve yayınları içerikten çıkarmaları için öngörülen üç günlük süre, 5651 sayılı Kanunun 9 uncu maddesine uyumlu olması amacıyla *“iki gün”* olarak değiştirilmiştir. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

Yargıtay davacının yüksek lisans tez çalışması olan kitabın, davalının yer sağlayıcı olduğu internet sitesinde izinsiz ve telif bedeli ödemeksizin yayınlandığı iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat talepli davada yer sağlayıcı olan davalının hukuki sorumluluğunun 5651 sayılı Kanun hükümleri ile 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ek 4. maddesi kapsamında tespit edilmesi gerekirken eksik inceleme ile davanın kısmen kabulüne karar verilmesi nedeniyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.11. HD. T. 17. 06. 2014, E. 2014/902, K. 2014/11631, (Çevrimiçi)www.kazanci.com.tr, Erişim T. 22. 11. 2015.

⁴⁸⁷ EREL, a.g.e., s. 335; ARSLANLI, a.g.e., s. 210; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 384.

⁴⁸⁸ BUSCHER, DITTMER, SCHIWY, NIEBEL, prg. 100 Rn. 2; DREIER, SCHULZE, DREIER, prg 99 Rn. 4, (BOZBEL, a.g.e., s. 574, dpn. 1370'den naklen).

⁴⁸⁹ ARSLANLI, a.g.e., s. 210; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 627; Buna karşılık, *“kanun koyucu abesle iştigal etmez. Özel bir yasada mevcut bir hüküm diğer hükümle çelişmiyor ve genel hükmü aynen tekrarlamıyorsa genel hükme uymalıdır. FSEK. m. 66/f. 3 ile birlikte*

hükmünce, adam çalıştıran hakkında dava açılabilmesi için işletme sahibinin kusurlu olmasına gerek yoktur. Adam çalıştıranın objektif sorumluluğu bulunmaktadır⁴⁹⁰. Ancak, adam çalıştıran, çalışanı seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ettiği takdirde sorumlu olmaz. Adam çalıştıran işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispatlamadıkça zarardan sorumludur. Kusur bulunmasa da organı temsil eden gerçek ya da tüzel kişi aleyhine dava açılabilir. Ticarî işletmeler yönünden TBK m. 547'deki ticarî mümessil ile TBK m. 551'deki ticarî vekiller temsilci sayılır⁴⁹¹. Müstahdem, TBK m. 393 uyarınca bağımlı çalışan ve işçiden daha kapsamlı bir tanımdır. Çıraklık sözleşmesi ile çalışanın gerçekleştirdiği ihlalden de işletme sahibi sorumlu olur. Somut olayın şartlarına göre sorumluluk değerlendirilerek stajyer, aday çalışan, öğrenci gibi kimselerin durumu çıraklar gibi değerlendirilebilir⁴⁹². Yargıtay FSEK 66/f. 2 hükmünü geniş yorumlamakta kanun koyucunun amacını göz önüne alarak işletme kavramı dışına çıkararak TBK ve TMK'daki genel hükümler kapsamında uygulama yapmaktadır⁴⁹³.

ARSLANLI, FSEK m. 66'daki temsilci tabiri ile müdür, mümessil gibi tüzel kişinin organı dışındaki kimselerin kastedildiğini belirterek bunların müstahdem olarak da düşünülebileceğini bu nedenle bu hükümle organ sıfatıyla hareket eden temsilcilerin şahsen sorumlu tutulabilmeleri veya çalıştıranların BK 66'daki kurtuluş beyyinelerinden yararlanamamaları gayesiyle bu düzenlemenin getirildiğini belirtir⁴⁹⁴. BOZBEL'in de katıldığı bu görüş kanaatimizce yerinde olup FSEK'de

değerlendirilmesi gerekir. Hükmün sistematik ve amaçsal yorumu ile daha iyi anlaşılmasını sağlar.” şeklindeki aksi görüşte YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1898.

⁴⁹⁰ İpek SAĞLAM, “**Adam Çalıştıranın Sorumluluğu**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, Prof Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 2011 s. 165-169; OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 149, 150; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 258; TANDOĞAN, (İllyet), s. 56; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 510.

⁴⁹¹ TEKİNALP, a.g.e., s. 325; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 528.

⁴⁹² YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 1905.

⁴⁹³ YHGK. T. 15.12.2010, E. 2010/4-607, K. 2010/663, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 1902'den naklen).

⁴⁹⁴ ARSLANLI, a.g.e., s. 210. Tekinalp'e göre ise temsilci MK. m. 50'deki tüzel kişiliklerdeki organdır. Ticarî işletmelerde BK m. 449 vd. daki ticari mümessil ve vekillerdir. Müstahdem BK m. 50'ye göre belirlenir.

ayrıca düzenleme yapılması gerekçesini de açıklamaktadır⁴⁹⁵. BOZBEL, UrhG § 99’da görevli, çalışan hakkında FSEK m. 66/f. 2’de benzeri düzenleme bulunduğunu, bunlar tarafından fikri hak ihlallerinde zarar görenin tazminat hariç, ref ve men taleplerini, işletme sahibine karşı da ileri sürebileceklerini düzenlediğini belirtir. Yazar bir devlet memuru yahut partisinin izniyle fikri hakları ihlal eden bir bildiriye seçim standında dağıtan parti elemanının dahi FSEK m. 66 kapsamında temsilci olduğunu, kavramın geniş yorumlanması gerektiğini belirtir⁴⁹⁶. Kaanatimizce Kanun’un eser sahibi lehine yorum ilkesi temelinde bu genişletici yorum yerindedir.

Mali hakları ihlal edilen kimse haksız fiillere ilişkin hükümler dairesinde FSEK m. 70/f. 2 hükmünce mütecavize karşı tazminat talepli dava açabilir. Açılan davada taraflarca ileri sürülen vakıa ve sunulan belgeler ile taraf olamayacağı anlaşılan kişi hakkında dava, husumet yokluğu nedeniyle reddedilir. Manevî haklara tecavüze ilişkin m. 67’deki ref ve tazminata ilişkin m. 70 hükmünde buna ilişkin düzenleme bulunmaz iken TBK 66’da “*adam çalıştırmanın sorumluluğu*” başlığı ile adam çalıştırmanın, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu kanuna uygun yazılı izni almadan işleyen çoğaltan çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenler davalı sıfatını taşır. Maddede belirtilen bu durumlar FSEK m. 66 hükmü ışığında sınırlı değil, örnekseme niteliğindedir⁴⁹⁷. Eylemin bir haksız fiil oluşturması nedeniyle çalıştırıcı veya tüzel kişi ile birlikte ihlali gerçekleştiren de müteselsilen sorumlu olabilir. Bu durumda hakkı ihlal edilen kişi mütecavizle birlikte bu kimselere veya herhangi birine başvurabilir⁴⁹⁸.

c. Yayımcılar

Yayımcı, FSEK m. 18/f. son hükmünde sözü edilen TBK m. 487 vd. hükümlerinde düzenlenen yayım sözleşmesi uyarınca eserleri yayımlayan kişidir.

⁴⁹⁵ BOZBEL, a.g.e., s. 575, dpn. 1371, 1372.

⁴⁹⁶ A.e., s. 576.

⁴⁹⁷ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2012.

⁴⁹⁸ AKIN, a.g.m., s. 139, 140.

Yayım sözleşmesi TBK m. 487 gereğince bir eser sahibinin⁴⁹⁹ veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği bir sözleşmedir. Yayım sözleşmesi TBK m. 488 gereği yazılı yapılmak zorundadır. Sözleşme iki taraflı, rızai, tasarrufi bir sözleşmedir⁵⁰⁰.

TBK’da yayım sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasına ilişkin düzenleme ile de madde FSEK 52 hükmüne uyumlu hale getirilmiştir⁵⁰¹.TBK m. 489 hükmünce yapılan sözleşme ile eser sahibinin hakları sözleşmenin ifasının gerektirdiği ölçüde ve süreyle yayımcıya geçer⁵⁰². Kanun koyucu eser sahibinin tespit edilememesi veya ödeme güçlüğü ihtimaline karşı ihlal durumunda alıntıyı yapan eser sahibi ile birlikte yayın sahibine karşı da maddî ve manevî tazminat davalarının açılabileceğini düzenlemiştir. Süreli yayınlarda yayın sahibi, yayınlayan gerçek ya da tüzel kişidir. İhlal süresiz yayına ilişkin ise haksız alıntı yapan eser sahibi ile yayımcı, yayımcının belli olmaması halinde basımcı eser sahibi ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğundan haklarında tazminat davası açılabilir.

5187 sayılı Basın Kanunu m. 13/f. 2 hükmü süreli veya süreli olmayan yayınlarda yayın sahibi, marka veya lisans sahibi, kiralayan, işleten veya herhangi bir sıfatla

⁴⁹⁹ 818 sayılı BK 372nci maddesinde yer alan “edebi ve sınai eser” ibaresi 5846 sayılı Kanun’un 487nci maddesinde isabetli olarak “fikir ve sanat eseri” olarak değiştirilmiş olduğundan FSEK m. 2 ve devamı maddelerde düzenlenen tüm eser türleri yayım sözleşmesine konu olabilir. Azra ARKAN SERİM **Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri**, I. Baskı, Legal Yayıncılık, Şubat 2017 İstanbul, s. 3.

⁵⁰⁰ AYİTER, a.g.e., s. 233; TEKİNALP, a.g.e., s. 253.

⁵⁰¹ TBK m. 487’de düzenlenen Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir. TBK m. 488 hükmü yayım sözleşmesinin geçerliliğinin, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlamıştır.

⁵⁰² Yayımlananın eserin bir nüshasını yayımcıya bırakma yükümlülüğü vardır. Eser yayımcıya verildikten sonra zıya ve hasara uğrarsa yayımlayıcı ücret ödemek zorundadır. Yayımcının yapmaya hakkı bulunan basılar ve bir basıdaki nüshalar tükenmedikçe eserin tümünde ya da bir bölümünde yayımlayıcının zararına tasarrufta bulunamaz. Yayımlananın sözleşme zamanında o eser üzerinde eserin çoğaltılması ve yayımı konusunda yetkisi bulunmalıdır. Yayımlananın yok olan nüshanın yenisini verme yükümlülüğü vardır. Yayımlayanın da düzeltme ve iyileştirme yapma hakkı, ayrı ayrı veya toplu yayın yapılmasını isteme hakkı vardır. Yayımlayan da çoğaltma ve yayma yükümlülüğüne sahiptir. TEKİNALP, a.g.e., s. 255-260; EREL, a.g.e., s. 195; KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 171, 172.

yayımlayan, yayımcı gibi hareket eden gerçek veya tüzel kişiler hakkında da uygulanır⁵⁰³.

Basın Kanunu m. 13 uyarınca⁵⁰⁴, bir intihal halinde intihali yapan, yayıncı, matbaacı ve satıcı da sorumlu olacaktır. TBK m. 66 gereği adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir. Basın Kanunu'nun 13 üncü maddesi basın yoluyla işlenen haksız fiillerden, eser sahipliğinden doğan hakların haksız olarak yayımlanması halinde eser sahibinin rızası alınmamışsa doğan zarardan, m. 13 gereğince sorumlu müdür, muhabir, gazetenin sahibi ve gazete bir şirkete ait ise yönetim kurulu başkanı sorumlu olacaktır. Burada gazetenin sahibi ile yönetim kurulu başkanının sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk halidir⁵⁰⁵. Basın kanunu ile gazete ve dergilerin diğer yönetici veya yayınından sorumlu kişilerin

⁵⁰³ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1907; Bas.K m. 13/f. 2 TMK m. 50 tüzel kişilerin organlarının kusurlarından dolayı, ayrıca kişisel olarak sorumlu olacaklarına dair ilkeden ayrılarak tespit edilen gerçek kişi yayımcı veya yayıncı tüzel kişi bir şirket ise, AŞ.'de yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde en üst yönetici, şirket ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğunu düzenler. Kanun'un 13/son fıkrası, tazminatı gerektiren bir ihlal eylemi sonrası yayının devredilmesi veya birleşme suretiyle sorumluluktan kurtulma girişimlerine karşı önlem olarak yayın sahibi gibi hareket eden gerçek ve tüzel kişiler ve anonim şirketlerde üst yöneticinin bu fiil nedeniyle hükmedilecek tazminattan birinci ve ikinci fıkrada sayılanlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğunu düzenlemektedir. Maddedeki işletme TTK ve T.S.Tüz. m. 14 anlamındaki "ticarî işletme"den daha kapsamlıdır. Konusu ticari olmayan, kâr amacı gütmeyen teşebbüsleri, tüzel kişilikleri kapsar. Tüzel kişilerde TMK m. 50 gereği organlar, ticarî işletmelerde TBK 547 (Mülga BK 499 vd.)' deki ticarî temsilci ve vekillerdir. Çalışan TBK m. 61, 62 hükmüne göre belirlenir. Tüzel kişiler organlarının fiillerinden dolayı borç altına girdiklerinden FSEK m. 66/f. 2 uyarınca kusurun bulunmasına gerek yoktur. Organlar kusurlarından dolayı ayrıca sorumlu olduklarından sorumluluk müteselsil değildir. TEKİNALP, a.g.e., s. 325.

⁵⁰⁴ Basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden doğan maddî ve manevî zararlardan dolayı süreli yayınlarda, eser sahibi ile yayın sahibi ve varsa temsilcisi, süresiz yayınlarda ise eser sahibi ile yayımcı, yayıncının belli olmaması halinde ise basımcı müştereken ve müteselsilen sorumludur. Bu hüküm, süreli veya süreli olmayan yayınlarda yayın sahibi, marka veya lisans sahibi, kiralayan, işleten veya herhangi bir sıfatla yayımlayan, yayımcı gibi hareket eden gerçek veya tüzel kişiler hakkında da uygulanır. Tüzel kişi şirkette, anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde en üst yönetici, şirket ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Zararı doğuran fiilin işlenmesinden sonra yayının her ne surette olursa olsun devredilmesi, başka bir yayınlara birleştirilmesi veya sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin herhangi bir surette değişmesi halinde, yayını devir alan, birleşen ve her ne surette olursa olsun yayın sahibi gibi hareket eden gerçek ve tüzel kişiler ve anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde üst yönetici, bu fiil nedeniyle hükmedilecek tazminattan birinci ve ikinci fıkrada sayılanlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

⁵⁰⁵ KILIÇOĞLU, a.g.m., s. 94.

gazete yoluyla işlenen fiillerden dolayı sorumlu tutulmasının nedeni bu yolla gerçekleşen ihlallerin sıkça söz konusu olması ve bu fiillere doğrudan katılmayan gazete yöneticilerinin fiillerin ağır ekonomik sonuçlarından korunması içindir. Çünkü yöneticiler, gazetenin mali haklarından yararlanan gazete sahibi gerçek veya tüzel kişinin çalışanı durumunda olup gazetenin gelirleri gazete sahibine aittir. Gazetenin gelirleri gazete sahibine ait olduğundan hukuki sorumluluğun çalışanlara da sirayet ettirilmesinin adalet ve hakkaniyete uygun olmadığı düşünülmüştür⁵⁰⁶.

Eser sahibi zararın meydana gelmesinde kusurlu olmadığını, zararlar kendi eylemi arasında illiyet bağı bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Eser sahibinin bilgi ve isteği dışında yayınlanmışsa veya esere isteği dışında ekleme yapılmışsa illiyet bağı yoksa eser sahibi bu yayından sorumlu tutulmaz.

Alman-İsviçre yargı içtihatlarında da intihal durumunda intihalde bulunanın yanında yayımcı, matbaacı ve satıcının, müzik eserinin izinsiz icrası halinde salon sahibi⁵⁰⁷ veya kiralayanın; korsan yayını sipariş edenin; müşterisinin izinsiz fotokopi

⁵⁰⁶ Yayımcı eser sahibi ile arasında istihdam ilişkisi yoktur. Eser sahibine emir ve talimat veremez. aralarında anlaşma bulunduğundan sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Yayımcının belli olmaması halinde basımcı ihlali gerçekleştiren eser sahibi ile müteselsilen sorumludur.

⁵⁰⁷ ABAD ‘ın “*Del Corso*” kararında; Eğer takside veya dış hekim muayenehanesinde müzik dinleniyorsa o müziğin işyerinin faaliyetine, müşteri artışına bir katkısı olup olmadığına bakılarak hak sahibine uygun bir bedel ödenmesi gerektiğinden bahsedilir. İtalya Fonogram Yapımcıları Birliği (Societa Consortile Fonografici); İtalyan dış hekim DEL CORSO’ya karşı açtığı davada, muayenehanesinde müşterilerine kendilerinin yapımı olan müzik parçalarını dinlettiğini ileri sürerek, tarife bedeli ücreti ödemesi istemiyle tazminat davası açmıştı. DEL CORSO savunmasında; kendisinin işyerinde sadece radyo dinlettiğini, kendisinin işyerinde fonogram kullanmadığını, birliğin radyo kanalına sahip medya organlarına karşı talepte bulunması gerektiğini, çünkü radyolarda çalınan parçalardan doğan telif haklarının dinleyicilerden değil, program yayıncılarından alınması gerektiğini savunmuş, ayrıca kendi işyerinin tarifeyle bağlanan kamuya açık alan olmadığı sağlık hizmeti sunulan tasnif dışı bir yer olduğunu savunmuştur. Turin Bölge Mahkemesinin, muayenehanede müzik dinletisinin, dış hekimine muayeneye gelen müşterilerin tercihlerini etkilemediği, muayenehanenin kamuya açık bir alan olmadığı gerekçesiyle reddettiği davanın temyizi üzerine Torino İstinaf Mahkemesi konuyu ABAD’a taşımıştır. Divan, 1994 tarihli TRIPs ve 1996 tarihli WIPO Fonogram ve Performans Haklarının Korunmasına Dair Roma Sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanabilir bir AB mevzuatı olmasa da, halka açık yerler kavramının yorumlanmasında, mahkemelerin adı geçen sözleşmelerden yorum yoluyla yararlanabileceğini ifade etmiş ve 92/100 sayılı Kiralama Yönergesinin 8/2 maddesinden hareketle, ancak bir fonogramın ticarî amaçlarla yayımlanması veya bu programın yayın yoluyla halkın kullanımına sunulması halinde uygun bir ücret ödenmesi gerektiği; ancak bir dış hekiminin muayenehanesinin, sadece orada muayene olmaya gelen sınırlı sayıda kişilerin dinlemesi nedeniyle umuma açık alan sayılamayacağı, ayrıca buraya gelenlerin, tesadüfen ve sınırlı sayıda parça dinleyebileceklerini, bu parçayı dinlemelerinin o işyerinin müşteri sayısını veya muayene ücretini arttırmayacağı, daha doğrusu gelir artışına sebep olmayacağı gerekçesiyle

ile çoğaltma eylemini engellemek için hiçbir tedbir almayan fotokopi dükkanı sahibinin sorumluluğuna hükmedilmektedir⁵⁰⁸.

c. Kablolu ve Uydu Yayın Yapan Kuruluşlar

Kablolu ve uydu ile yayın yapan kuruluşlara ilişkin kanundaki boşluk, yayın kuruluşlarının izinsiz yayın ve yeniden iletiminden sorumlu olacakları şeklinde kabul edilir. Radyo ile yayın hakkı kavramı, eserin radyo dalgaları ile yapılan her türlü yayını ve ayrıca kamuya yönelik kapalı devre kablolu radyo- TV yayınlarını da kapsar⁵⁰⁹.

AB 93/83 sayılı Uydu ve Kablolu İletim Direktifine göre kablo ile yeniden iletim, televizyon ya da radyo yayınlarının değişiklik ya da kesintiye uğratılmaksızın kablo ile yeniden iletimdir. Direktifin 8inci maddesi gereğince de yeniden iletim nedeniyle kablo operatörleri ve eser sahipleri arasındaki sözleşme ile telif bedeli ödenmesi gerekmektedir. FSEK m. 25’de düzenlenen “*yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi*” hakkı Bern Sözleşmesi mük. m. 11/f. 1, b. 2’de yer alır⁵¹⁰. FSEK m. 25’de de umuma iletim hakkında belirtilen “*umum*” kavramının kimleri kapsadığı kanunda açıklanmamıştır⁵¹¹.

umuma iletim bedeli ödemesi gerekmediğine karar vermiştir. Çevrimiçi <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-135/10>, Erişim T. 11.10.2013.

⁵⁰⁸ ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 626, 627; İngilterede de 1988 tarihli Birleşik Krallık Telif, Tasarım ve Patent Yasası (Copyright, Designs, Patents Act 1988)e göre ikincil ihlal olarak kabul edilen eylemlerden dolayı davalıların kapsamı geniş tutulmaktadır. İhlali bildiği veya bildiğini kabul için makul nedenler bulunduğu halde ihlali oluşturan nüshaları ticarî amaçla elde bulunduran, kopyaların yapılmasına özgülenen materyalleri üreten, ticarî amaçla bulunduran, satan, izinsiz çoğaltım amacıyla kullanılacağını bildiği halde iletişim araçları ile bir eseri ileten, ihlal oluşturan temsiller için kamuya açık eğlence yerlerinin kullanılmasına izin veren kişilerin eylemleri de tevavüz oluşturur. BENTLY, SHERMAN, a.g.e., s. 185-188, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, 1901, 1902; CORNISH, a.g.e., s. 429, 430.

⁵⁰⁹ EREL, a.g.e., s.157; TEKİNALP, a.g.e., s.193, 194; Radyo ile yayım hakkı olan bu hakka ait madde başlığı, 21.2.2001 tarihinde 4630 sayılı Kanun’la “*İşaret, Ses ve / veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı*” olarak değiştirilmiştir.

⁵¹⁰ FSEK Tasarısında mezkur madde metninde yer alan yeniden yayın kavramı yerine AB müktesebatı terminolojisinde kullanılan “*yeniden iletim*” ifadesi tercih edilmiştir. Tasarıda madde metni “*Bir eserin herhangi bir suretle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Umuma iletim hakkı özellikle; a) Eserin veya temsiliinin radyo, televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz vasıtalarla yayınlanmasını, b) Yayınlanan eserin yeniden*

İnternet kullanıcıları tarafından “video on demand” denilen sistem ile filmin ücret karşılığı bilgisayara aktarılabilir ya da aktarılmadan izlenmesi mümkündür⁵¹². Eserler çoğunlukla haksız bir şekilde internet yoluyla kişilerce kullanılır ve bu tür paylaşımlardan eser sahipleri ve hak sahipleri maalesef faydalanamamaktadır⁵¹³. Bu kullanımlar izleyici ve reklam geliri kaybına yol açmaktadır. İnternet ortamındaki bu kullanımlarda sorumluların tespiti zor olduğundan ve kanun yetersiz kaldığından buna yönelik FSEK’de düzenleme yapılması gerekir. Kanaatimizce geçmişte yapılan sözleşmeler internet kullanımlarını içermediğinden bu sözleşmelerin yeniden ele alınarak düzenlenmeleri ve hak sahiplerinden bu kullanımlar için izin alınması gerekir. AB ülkelerinde de sözleşme sırasında bilinmeyen kullanım modelleri olarak bilinen bu kullanımların dışındaki sözleşmelerde, kullanımlar elde edilen kazançta belli bir oranda katılma zorunluluğuna ilişkin düzenleme yapılmıştır⁵¹⁴.

iletilmesini, c) Eserin bir tespit, yayın veya yeniden iletim yahut dijital ağlar vasıtasıyla umumi mahallerde iletilmesini, d) Bir eserin, telli veya telsiz araçlarla kişilerin bireysel olarak seçtikleri yer ve zamanda erişimine sunulmasını kapsar. Sinema eseri sahibi ve film yapımcısı arasında akdedilen yapım sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe eser sahibi; yayın, yeniden iletim ve erişime sunma haklarını yapımcıya devretmiş sayılır. Bu halde yahut anılan hakların yapımcı veya bir başkasına sözleşmeyle devri ya da kullanım salahiyetinin verilmesi durumunda dahi eser sahibi, sinema eserinin hukuka uygun bir şekilde ilk gösteriminden itibaren üç yıl geçtikten sonra bu eseri yayınlayan, yeniden ileten ve erişime sunanlardan uygun bedel talep hakkına sahiptir. Bu hak devir ve feragat konu edilemez ve sadece meslek birlikleri aracılığıyla takip edilebilir. Herhangi bir umuma iletim eylemi, bu maddede tanınan hakların tükenmesi sonucunu doğurmaz.” şeklinde düzenlenmektedir. Tasarı Genel Gereke s. 5. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

⁵¹¹ Abuzer KENDİGELEN, Savaş BOZBEL, “**Telif Hukuku Açısından İnternette Veri Paylaşımı (Peer to Peer File Sharing)**”, **İnternet ve Hukuk**, Derleyen Yeşim M. Atamer, İstanbul 2004, s. 493; Umuma açık mahallerde gerçekleştirilen kullanımlar bakımından temsil hakkı ile umuma iletim hakkı arasındaki kavram karmaşasının giderilmesi amacıyla FSEK Tasarısında temsil hakkı sadece doğrudan temsille sınırlandırılmış, umuma iletim hakkı yayın, yeniden iletim, umuma açık mahallerde iletim (radyo TV ve dijital ağlar vasıtasıyla yapılan iletimler dahil), kişilerin seçtikleri yer ve zamanda erişime sunma (dijital iletim, internet vb.) haklarını içerecek şekilde yeniden düzenlenmiş, yayın kuruluşu niteliğini haiz olmayan kuruluşlar tarafından yapılan yeniden iletimler de hakkın kapsamına dahil edilmiştir. Eser iletimlerinin sunulan hizmete hiçbir katkısı bulunmayan mahaller ile kullanımdan doğrudan fayda sağlamayan ve belirli bir tutarın altında gelir elde eden mahallerde gerçekleştirilen iletimin ihlal sayılmayacağı düzenlenmektedir.

⁵¹² KENDİGELEN, BOZBEL, a.g.m., s. 506.

⁵¹³ KÜÇÜKKAYA, a.g.e., s. 120. TV dizilerinin yayınlanır yayınlanmaz bilgisayara indirilmeden internet sitelerinde yayınlanması (streaming) umuma iletimdir.

⁵¹⁴ Fransız Telif Kanunu m. 131-6 oransal katılımı düzenlemektedir. İspanyol Telif Kanunu m. 43/5 devrin devir tarihinde bilinmeyen kullanım biçimlerini kapsamadığını, Belçika ve Alman Telif hukuku bu kullanım modellerine ilişkin hak devrinin yasak ve devre ilişkin borcun

İlk yayının başka bir yayın kuruluşunca yeniden yayınlanabilmesi için eser ya da hak sahiplerini temsil eden meslek birlikleri ile yapılan sözleşmelerde ilk yayını gerçekleştiren yayın kuruluşlarına bu konuda açık izin verilmesi gerekir. FSEK m. 25, 80/A, B, C birlikte yorumlandığında yayın hakkı yanında yeniden yayın hakkını alan yayın kuruluşu almış olduğu bu hak ile ikinci yayım için hak sahibinden izin almak zorunda değildir⁵¹⁵. Bunun ikinci yayın kuruluşu açısından telif ücreti doğurmaması için, eser sahibinin yeniden yayın için ilk yayın kuruluşuna izin vermesi, ikinci yayın kuruluşunun yayının eş zamanlı, gecikmeli ya da yeniden iletimini ilk yayını değiştirmeden bütünüyle vermesi ve ilk yayına nazaran eserden faydalananların çevresinin bu yayın ile genişlememesi gereklidir⁵¹⁶.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun yapılan değişiklik öncesi, "*Radıyo ile yayın hakkı*" başlığı altında düzenlenen umuma iletim hakkı esasen bir tür dolaylı temsildir ve yayın yoluyla bir eserin temsili söz konusudur⁵¹⁷.

Umuma iletim hakkı ile hak sahibi, eserin radyo-TV vb. telli-telsiz veya dijital aletlerden yararlanılarak umuma yayınına izin verme veya yasaklama yetkisine sahiptir⁵¹⁸. Yayınlanan eserin, icranın tespiti için telli veya telsiz araçlarla ilk yayın

geçersiz olduğunu düzenlemiştir. İstanbul 1. FSHHM T. 25.05.2010, E. 2006/521, K. 2010/100, (Yayınlanmamış Kararı)

⁵¹⁵ BOZBEL, a.g.e., s. 131.

⁵¹⁶ A.e., s. 135.

⁵¹⁷ Yayın; Eserin, icranın, tespiti elektromanyetik dalgalarla yapılan her türlü yayın yoluyla umuma iletilmesidir. Bunun içerisine radyo, televizyon, kablo, telsiz ve uydu yayınları da girmektedir. EREL, a.g.e., s. 184; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 250; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 410; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 389; ŞAHİN, a.g.e., s. 142; TEKİNALP, a.g.e., s. 193, 194.

⁵¹⁸ AB Adalet Divanı 3üncü Dairesinin İrlanda Yüksek Mahkemesince yapılan başvurusunda Phonographic Performance Limited ile İrlanda Savcılığı arasındaki uyuşmazlıkta 2006/115/AT sayılı Fikri Mülkiyet Alanında Kiralama Hakkı ve Ödünç Verme Hakkı ve Eser Sahibinin Haklarıyla İlişkili Bazı Haklara Dair Direktifin 8inci ve 10uncu maddelerinin yorumlanmasına ilişkin kararında Divan, fonogram yapımcılarının İrlanda'da ses kayıtları ve fonogramlar üzerinde sahip olduğu hakları temsil eden meslek birliği olan PPL'nin İrlanda'ya karşı Kanun'un 97. maddesinin yürürlükte tutulmasının AB Sözleşmesinin 4üncü maddesine aykırılık teşkil ettiğini, otel ve pansiyonlarda umuma iletilen fonogramların kullanımı için hakkaniyetli bir ücret ödenmesi gerektiğini belirtmiştir. Divan "otel işletmecisinin umuma ileten bir kullanıcı olduğunu, fonogramın yayımı için yayımcının ödediğine ek olarak hakkaniyetli ücret ödemek zorunda olduğunu belirtmiştir. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-306/05>; Diğer bir karar ise, Çek Cumhuriyeti mahkemesinin başvurusunda Divan Müzik Eserleri Meslek Birliği OSA ile SPA hizmetleri veren özel bir tesisin işletmesinde eserlerin yatak odalarında radyoTV aracılığıyla erişime sunulmasından doğan telif hakkı lisans bedellerinin ödenmesi ile ilgili olarak eser sahiplerinin eserlerin, işletme niteliğindeki bir SPA tesisi tarafından tesisteki hastaların yatak odalarında bulunan televizyon veya radyo setleri ile sinyallerin bilerek yayılması aracılığıyla iletilmesine

kuruluşundan naklen alan bir kuruluşun, bunu telli ya da telsiz araçlarla tekrar yayınlamasına izin verme veya yasaklama ve yayınların akışının bulunduğu yerden başka bir yere hoparlör, monitör, kablolu TV vb. gibi araçlarla nakledilmesine izin verme ve yasaklama yetkilerine sahiptir. Kablolu yayın yapan kuruluşlar mahalli yayın kuruluşlarının abonelerine yararlanabilecekleri şekilde yayında bulunsa bile yeni bir yayma fiili söz konusudur⁵¹⁹. Kablolu yayın ile yeni bir izleyici kitlesi oluşturulduğundan, normal TV yayını için başlangıçta alınan izin haricinde hak sahiplerinden yeniden izin alınması gerekir. FSEK m. 43'de uydu ve kablolu yayın kuruluşları ile yayın ve iletim yapacak kuruluşların yayın ve iletimlere ilişkin ödemeleri meslek birliklerine yapmaları amirdir. Kablo ve uydu platform sağlayıcıları ise bu kapsama girmeseler de benzeri bir davada Türk Telekomun bir yayın kuruluşu olmadığını ve izin alması gerektiğini belirten yerel mahkeme kararını bozan Yargıtay, uygulamada bu tür kuruluşlar için de izin alınması gerektiğini belirtir⁵²⁰.

Yargıtay 2012 tarihli bir kararında da yayınların kablo alt yapısı ile yeniden iletimi sağlayan platformu sorumlu tutarak tazminata hükmetmiştir. Yargıtay platformun sorumlu tutulabilmesi için bu kuruluşa öncelikle bir ihtarname gönderilmesi gerektiğini belirtir⁵²¹.

izin vermek veya yasaklanma hakkına muafiyet getirilmesine engel teşkil edeceği; ancak yüksek bedel talep edilmesinin hakim konumun kötüye kullanılma emaresi olduğu şeklinde yorum yapılmıştır.<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-351/12>.

⁵¹⁹ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 388; TEKİNALP, a.g.e., s. 197; EREL, a.g.e., s. 184.

⁵²⁰ 11. HD. T. 18.03.2002, E. 2001/10181, K. 2002/2396, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11.09.2013.

⁵²¹ “..yayın ve yeniden yayın” faaliyetinin ;ancak bir yayın kuruluşu tarafından gerçekleştirilecek olması nedeniyle, esasen bir yayın kuruluşu olmayan davalı kablo TV işletmecisi bakımından somut uyuşmazlıkta anılan 25/1. madde hükmünün uygulama yeri bulunmamasına;ancak davalının anlaşmalı olduğu TV yayın kuruluşları tarafından gerçekleştirilen yayınların davalıya ait kablo alt yapısı aracılığı ile yine davalının aboneleri olan TV izleyicilerine yeniden iletilmesi eyleminin aynı maddenin ikinci fıkrasında hüküm altına alınan "eser sahibinin eserin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının diğer biçimlerde umuma iletimine" ilişkin malî hak kapsamında bulunmasından dolayı; 5846 sayılı FSEKnın 40 ve 52. maddeleri uyarınca yazılı bir sözleşme olmaksızın dava konusu musiki eserlerinin umuma iletildiği TV yayınlarının davalıya ait olan kablo alt yapısı kullanılmak suretiyle ve yine davalı işletmecinin aboneleri olan izleyicilere yeniden iletimi eyleminin davacı meslek birliğinin hak takibine yetkili olduğu malî haklara tecavüz oluşturduğunun tespitine dair mahkeme kararının yukarıda açıklanan gerekçe itibariyle yerinde bulunmasına; ancak, yukarıda izah edildiği üzere esasen yayıncı olmayan ve kablo TV işletmecisi olarak umuma iletim yapan davalı aleyhine 5846 sayılı FSEK nın 68.

Yargıtay 2015 tarihli başka bir kararında da davalının sorumlu tutulabilmesi için bu ihtarnamenin davalıya tebliğ edilmesi ve makul bir süre geçmesine rağmen ihlale devam edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵²². Son tarihli yeni bir kararında ise davalı uydu platformu hakkında açılan davada, davacı meslek birlikleri tarafından davalı kuruluşa gönderilen ihtarnamede, belirli üye ya da üyelere ilişkin eser ve eser adları açıklanmaksızın, genel olarak meslek birliği ile 5846 sayılı FSEK hükümleri uyarınca sözleşme yapılması gerektiğinin belirtilerek bunun hukuki ve cezai sonuçlarının ihtar edildiğini, oysa FSEK Ek 4/son maddesinde “*Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanun’da tanınmış haklarının ihlali halinde hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlale konu eserler içerikten çıkarılır*” hükmü gereği keşide edilecek olan ihtarnamede “*içerikten çıkarılacak olan ihlale konu eserler veya bağlantılı hak konularının neler olduğunun belirtilmesi*”nin gerektiği, ayrıca ihtarnamede bu şirket ile anlaşma yapan TV yayın kuruluşları tarafından gerçekleştirilecek yayınlar içerisinde mevcut ve hak ihlali oluşturduğu ileri sürülen sinema eserlerinin hangileri olduğunun belirtilmesi gerektiği, aksi takdirde, davalı yayın kuruluşunun yukarıda ifade edilen hukuki statüsü itibarıyla hangi eserlerinin ihlal oluşturduğunu bilmesi, bilebilmesi ve içerikten çıkartılmasını sağlamasının mümkün bulunmadığı, bu nedenle usulüne uygun ihtarname keşide edilmediğinden dava açma koşullarının gerçekleşmediğini belirtmiştir⁵²³. Yargıtay’ın bu son kararı kanaatimizce yerinde değildir. FSEK 76 ncı maddesindeki açık karine varken gönderilen ihtarnameye rağmen davalının sorumlu tutulmaması adil değildir. Yüzlerce hatta binlerce müzik eserinin veya sinema eserinin izinsiz kullanılması halinde izinsiz kullanılan eserler

maddesine göre telif tazminatının belirlenmesinde aynı Kanun’a dayalı olarak yayınlanan "Eser, İcra Yayınları ve Yayınların Kullanılması ve/veya İletilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmelik" hükümleri ve davalının bu Yönetmelikte EK-C bölümünde belirtilen kuruluşlardan olup olmadığı hususlarının tartışılarak değerlendirme yapılması gerekirken, davalının Kablo TV vasıtasıyla kendi yayınlarını abonelerine doğrudan ulaştıran yayıncı kuruluşlar grubuna dahil edilerek ve Kablo TV abone sayısına göre belirlenen ortak tarife dikkate alınarak yapılan hesaplama dayalı malî hak tazminatına hükmedilmesi doğru görülmemiştir." 11.HD. T. 27.9.2012, E. 2010/10171, K. 2012/14474.(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 02.08.2013

⁵²² 11.HD.T. 24. 02. 2015, E. 2014/4540, K. 2015/2465, www.uyap.gov.tr. Erişim T. 28. 07. 2015.

⁵²³ 11. HD. T. 17.03.2016, E. 2015/5698, K. 2016/2986, www.uyap.gov.tr. Erişim T. 28. 04. 2016.

için ayrıntılı liste düzenlenmesi ve eserlerin tek tek bildirilerek ayrıntılı ihtarname keşide edilmesi mümkün değildir. Burada davacının TV yayın kuruluşlarından eserleri alırken tüm sözleşme zincirlerini kontrol ederek usulüne uygun izinleri alınmış eserleri kullanması gerekir. Kanaatimizce gönderilecek genel bir ihtarname ile davalının uyarılması sonucu sorumlu tutulabilmesi mümkündür.

FSEK Tasarısındaki yeni düzenlemeye göre, FSEK 25/f. 2’ de hakların iradi olarak veya Kanun’dan kaynaklanan devir karinesi gereğince devredilmiş olması halinde dahi eser sahiplerinin, mali haklara ilişkin koruma süreleri devam ettiği sürece, uygun bedel talep etme hakkı olacağı düzenlenmektedir. Değişiklik gerekçesinde uygun bedel talep etme hakkının, ilk gösterimden üç yıl sonraki kullanımlar bakımından uygulama alanı bulacağı, bu sınırlamanın amacının ise işin riskini de üstelenerek ekonomik ve teknik imkânları bir araya getiren yapımcının, sinema eserinden ticari olarak faydalanmasının sağlanması olduğu, uygun bedel talep hakkından feragat edilemeyeceği düzenlenmekle eser sahiplerinin haktan faydalanmasının garanti altına alınması, hakkın meslek birliklerince takibinin zorunlu kılınmasıyla ise sistemin işleyişinin sağlanmasının amaçlandığı belirtilmektedir⁵²⁴. Mezkur maddenin son fıkrasında yer alan hüküm, 2001/29/AT sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Bazı Yanlarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin 3 üncü maddesinin ikinci paragrafına uyumlu olacak şekilde yeniden kaleme alınmıştır denilmektedir. Kanun Tasarısının 80/A maddesindeki İcracı sanatçıların hakları başlıklı maddesinde de uygun bedel talebi hakkına ilişkin meslek birlikleri aracılığıyla hak takibi zorunluluğu getirilmektedir. Ancak daha önce Anayasa mahkemesinin iptal kararı ile bu zorunluluğun ortadan kaldırılmasına rağmen yeniden Kanun’a konulması kanaatimizce Anayasa mahkemesinin daha önceki gerekçesi ışığında hatalıdır. Maddenin bu hali yeniden iptal edilmeye müsaittir.

⁵²⁴ <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

e. Film Yapımcılarının 1995 Yılı Öncesi ve Sonrası Yapımlara İlişkin Hak Sahipliği Sorunu

Sinema eserleri üzerinde yönetmen, senarist, özgün müzik bestecisi, diyalog yazarı ve animatör elbirliği halinde eser sahibi olup bu kimseler yazılı sözleşmeler ile yapımcıya haklarını devrederler. FSEK m. 80 gereği *"filmlerin ilk tesbitini gerçekleştiren film yapımcısı icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra mali hakları kullanabilir"* . Rejisör, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve animatör arasında bu konularda çıkabilecek ihtilaflar FSEK m. 18/f. 3 ve 10/f. 2 gereğince çözülür⁵²⁵.

Sinema eserlerinde yapımcının hak sahibi olduğuna ilişkin düzenlemede 4630 sayılı Kanun ile değişik FSEK m. 8 hükmü ile bağlantılı hak sahiplerinin mirasçılarının da telif bedeli almasına ilişkin yerel mahkeme kararı 2012 yılında Yargıtay’ca onanmış ve mirasçılara telif bedeli ödenmesinin yolu açılmıştır⁵²⁶. Ancak Yargıtay bu görüşünü maalesef son kararlarında değiştirmiştir. Yargıtay 2016 yılında görüş değiştirerek icracı sanatçı mirasçılarının yapımcıdan icracı sanatçı olarak komşu hak sahipliğinden doğan bir hak talebinde bulunamayacağına karar vermiştir⁵²⁷.

⁵²⁵ ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 328.

⁵²⁶ Yargıtay 11. HD, “*davalının tek başına telif almasının hakkaniyete aykırı olduğu* ” yönünde kararı ile Kemal Sunal’ın varislerinin yayınlanan her film için davacı mirasçıların, geriye dönük 5 yıl öncesine kadar telif ücreti talep edebileceğine ilişkin hükmü onamıştır. Dava konusu filmlerin 1985 ve 1988 yıllarında çekilmesi ve o tarihte yürürlükteki FSEK m. 8 uyarınca bütün hakların yapımcıya ait olduğunu, o tarihte murisin oyunculuğundan dolayı mirasçıların korunan haklarının bulunmadığını, tüm hakların yapımcıya ait olduğunu, fakat 4630 sayılı Kanun ile yapımcının bir film üzerindeki hakları kullanmasının icracı sanatçının iznine bağlı kılındığını, filmin yapım yılından sonra yürürlüğe giren FSEK m. 80 hükümleri ile filmde rol alan icracı sanatçılara, eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar tanındığını, ayrıca gerek ek madde ve gerekse geçici maddelerde sinema eserlerinin hak sahipliği dışındaki hükümlerin zaman sınırlaması olmaksızın Türkiye’de üretilmiş bütün eser ve icralara uygulanacağının öngörüldüğünü, davaya konu eserlerin yalnızca sinemada gösterim hakkının devredildiğinin uyuşmazlık konusu olmadığını, taraflar arasındaki devir sözleşmesine aykırı olarak eserlerin TV ve diğer alanlarda kullanımı nedeniyle tazminat talep edebileceğine karar verilmiştir. 11. H.D. T. 29.05.2012, E. 2010/16404, K. 2012/9213.(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 11.09.2013.

⁵²⁷ “..5846 Sayılı FSEK 80/1-A maddesi 1. Bendine göre icracı sanatçının ancak eser sahibinin izniyle gerçekleştirdiği icrası üzerinde komşu hak sahipliği vardır. Yine aynı maddenin 5. bendi uyarınca da icracı sanatçılar haklarını uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile

Yerel mahkemenin kararında icracı sanatçının rol aldığı filmlere yönelik açılan davada TMK m. 2'deki dürüstlük kuralı dava konusu olaya uygulanmak suretiyle sinema filminin üretiminde öncelikli rolü olan senaryo yazarı ve diyalog yazarı ve diğer eser sahiplerinin 1995 yılı öncesi filmler bakımından hak talep edebileceğine ilişkin karar⁵²⁸, isabetlidir. Bu kimselerin hiç bir hak talep edememesi adil olmayıp TMK m. 2' de düzenlenen dürüstlük kuralına ve emeğin korunması ilkesine aykırı olduğu, bu nedenle bu kişilerin de hak talebinde bulunabilmelerinin yolunu açan mezkur karar kanaatimizce yerindedir. 12.06.1995 öncesi ve sonrası ayırımı kanun eliyle yapılan haksız bir düzenlemedir.

BOZBEL, bu kararın emsal olamayacağını, söz konusu filmlerle ilgili sinemada gösterim haklarının yapımcıya devredildiğini, televizyonda gösterim hakkının devredilmediğini, yapımcıya yayın hakkının devredildiği hallerde kararın emsal olamayacağını belirtir⁵²⁹.

Sözleşme ile devredilen icranın sürekli kullanımı nedeniyle sonraki teknik gelişmelere bağlı olarak icradan dolayı devir alan yapımcının sağladığı yeni ekonomik değeri tek başına sahiplenmesi haksız bir kazanç olup, onun sebepsiz zenginleşmesine neden olacaktır. Yeni TV kanallarının açılması ve filmlerin kullanım alanının ve ekonomik değerinin artması, CD, DVD, internet, uydu, kablolu yayın, cep telefonu gibi yeni teknolojilere bağlı olarak yeni kullanım alanları, filmlerin dış pazara açılması nedeniyle eserin sağladığı öngörülemeyen sonraki

yapımcıya devredebilirler. Dava konusu sinema eserlerinin meydana getirilmesi esnasında taraflar arasında yazılı bir sözleşme olmamakla birlikte, davalı şirket/film yapımcıları ile davacıların murisi ...'ın başrol oyunculuğuna dair şifahi sözleşme taraflarca ifa edilip söz konusu sinema filmleri meydana getirildiğine göre, artık murisin FSEK m. 80 ile sahip olduğu mali hakları davalı yapımcıya/devralana uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile devrettiği ve davalı yapımcının/devralanın aynı zamanda eser sahibi olduğu, FSEK 27/ son maddesi uyarınca eser üzerindeki hakkının da 70 yıl süre ile koruma altında bulunduğu kabulü gerekir. Bu durumda, eser sahibi olan davalının 5846 Sayılı FSEK uyarınca sahip olduğu eserlerin çoğaltılması, dağıtılması, temsil ve umuma iletimden oluşan mali haklarına dayalı olarak davaya konu eserler üzerindeki mutlak hak sahipliği kapsamında tasarruf yetkisi bulunduğundan muris ... mirasçısı olan davacıların eser sahibine karşı bu filmlerin sinema salonu dışındaki gösterimleri sebebiyle FSEK 80/1 uyarınca mali hak ihlali ya da elde edilen kazançtan sözleşmeye dayalı olarak uygun bir bedel talep hakkı bulunmamaktadır.” 11. HD. T. 05.04.2016, E. 2015/6545, K. 2016/3675, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 10. 02. 2017.

⁵²⁸ İstanbul 1. FSHHM nin 25.05.2010 Tarihli Kararı, BOZBEL, a.g.e., s. 86.

⁵²⁹ BOZBEL, a.g.e., s. 86.

ekonomik değerinden davalının tek başına yararlanması hakkaniyete ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine aykırı olduğundan, TBK m. 138 düzenlemesi uyarınca, işlem temelinin çökmesine bağlı olarak davacıların eser sahibi olarak değil de genel hükümlere göre ekonomik değerden pay alma hakkı vardır⁵³⁰.

FSEK’de 1995 yılı öncesi yapımcının koruma süresi aleniyetten itibaren 20 yıl iken 1995 yılında 1995 ile 2001 yılları arasındaki dönem için yapımcı yönünden düzenleme yapılmamıştır. 1995 yılı öncesi eser sahibi yapımcıların koruma süresinin 70 yıla çıkıp çıkmadığına yönelik de tereddüt bulunmaktadır⁵³¹. ATEŞ 12.06.1995 tarihinden sonra tamamlanmış olsa bile yapımına bu tarihten önce başlanan sinema eserlerinin de tek sahibinin yapımcı olduğunu, değişikliğin bu tarihten sonraki yapımlara uygulanacağını belirtmektedir⁵³². TOSUN, koruma süresi 1995’den önce dolan eserlerde kanun hükmünün geçmişe etkili olarak uygulanmaması nedeniyle sürenin uzamayacağını, koruma süresi 1995 değişikliği sırasında devam eden eserler yönünden doğan boşluğun yapımcının eser sahibi sayılmaması gerektiği, yeni düzenlemedeki eser sahiplerinin ve yeni sürenin dikkate alınması gerektiğini belirtir⁵³³. BOZBEL de, katıldığımız görüşünde 1995 değişikliği sırasında koruma süresi dolan eserlerin koruma süresinin uzamayacağını, değişiklik sırasında yapımı veya koruma süresi devam eden eserler yönünden 20 yıllık koruma süresince eser sahibi sıfatıyla haklarının korunacağı, kalan sürede yeni eser sahiplerinin korunması gerektiğini belirtir⁵³⁴.

FSEK m. 8 hükmünde önceleri sinema eser sahibi onu imal ettiren yapımcı iken eser sahipleri ile bağlantılı haklar henüz koruma altında olmadığından, bütün haklar yapımcıya aitti. Oyuncu, FSEK kapsamında değil oyuncu ile yapımcı arasındaki eser

⁵³⁰ Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu m. 131-6 ile sözleşme sırasında öngörülmeven kullanımlardan sağlanan kazanca hakkı devredenin oransal katılımı öngörülmüştür. İspanyol Fikri Mülkiyet Kanununun 43/5. maddesine göre, kullanım haklarının devri, devir tarihinde bilinmeyen veya mevcut olmayan yayın ve kullanım biçimlerini kapsamaz. Belçika Fikri Mülkiyet kanununun 3. ve 1. madde 6. fıkrasına göre "henüz bilinmeyen kullanım modellerine ilişkin hakların devri yasaktır. Alman Telif Kanunu m. 31/f 4’e göre "*henüz bilinmeyen kullanım modeline*" ilişkin hakların devri veya bunlara ilişkin borçlar geçersizdir.

⁵³¹ BOZBEL, a.g.e., s. 88.

⁵³² ATEŞ (**Eser Sahipliği**) a.g.e s. 277, 278.

⁵³³ TOSUN, a.g.e., s. 258, 259.

⁵³⁴ BOZBEL, a.g.e., s. 89.

sözleşmesi ile ücret karşılığı yapımcı nam ve hesabına rolü üstleniyordu. 4110 ve 4630 sayılı yasa ile eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar kapsamında eser sahibinin izniyle bir eseri yorumlayan, tanıtan, çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların hakları da koruma kapsamına alınarak filmlerin ilk tesbitini gerçekleştiren film yapımcısının eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra mali haklara sahip olacağı öngörülmüştür⁵³⁵.

D. TAZMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİ

1. Genel Olarak

Zarar göreni masrafları zarar verene ait olmak üzere zarar verici eylemden önceki duruma kavuşturmak ve bozulan dengeyi tekrar kurmak sorumluluk hukukunda temel gayedir. Bu nedenle verilecek tazminat zararı aşmamalıdır⁵³⁶.

Haksız fiillere dayalı tazminat taleplerinde zarar görenin zararının hakkaniyete uygun olarak doğru bir şekilde tespit edilmesi gerekir.

Maddî tazminat isteminin FSEK m. 68 veya 70/f. 2'den hangisine dayalı olarak talep edildiği hususu açılan davada davacıya açıklattırılmalı, Kanun'un 68 inci maddesine dayalı bir talep ileri sürüldüğü hususu dava dilekçesindeki beyanlardan

⁵³⁵ Müvekkillerinin murisinin rol aldığı 36 adet sinema filminin, sinema gösterimleri dışında davalı tarafından çeşitli televizyon kanallarına satıldığını, bu filmlerin çok defa televizyonda yayınlandığını, ayrıca filmlerin CD, DVD gibi ortamlarda satıldığı gibi internet üzerinden de ücret karşılığı izletildiği, filmlerin sinema gösterimi dışında satışını yapması ve haklarını ödemediğini ileri sürerek, FSEK'in 68. maddesi uyarınca açılan davada, Yargıtay, “..O halde, davalının, gerek yapımcısı olduğu gerekse de mali haklarını eser sahibi olan diğer film yapımcılarından usulüne uygun biçimde devraldığı filmler yönünden hukuka aykırı bir kullanımından söz edilemeyeceği gibi, muris ... mirasçılarının davaya konu sinema eserlerini eser sahipliğinin kendisine tanıdığı mutlak ve yasal haklar kapsamında kullanan davalıdan icracı sanatçı olarak komşu hak sahipliğinden doğan bir hak talebinde bulunamayacağı gözetilmeksizin davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olması doğru bulunmamış.” gerekçesi ile kararı bozmuştur. 11. HD. T. 05. 04. 2016, E. 2015/6545, K. 2016/3675, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 20. 10. 2016.

⁵³⁶ LE ROY, JOET, CAROLE, Levamuation Du Prejudice Corporel, s. 7, (KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 54'den naklen).

anlaşılamazsa tazminat talebinin, aynı Kanun'un m. 70/f. 2'de yapılan atıf nedeniyle, haksız fiil hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmelidir⁵³⁷.

Hak sahibinin mal varlığında meydana getirilen zararlar yahut manevî haklarının ihlali halinde açılacak tazminat davası ayrı bir dava olarak veya diğer davalarla birlikte de açılabilir. Eser sahipliği birlikte eser sahipliği şeklinde ise hükmedilecek tazminat miktarı davacı eser sahibinin payı ile sınırlı olacaktır⁵³⁸. Kişilik haklarının ihlal edilmesinde açılan manevi tazminat davasında kişinin uğradığı manevî zararın, duyduğu elem ve ızdırabın derecesi manevî tazminatın belirlenmesinde temel kıstastır. Somut olaydaki değil, aynı şartlarda makul bir insanın duyacağı elem ve üzüntü esas alınmalıdır⁵³⁹. Manevi hak ihlaline dayalı açılan manevi tazminat talepli davada ise ihlal edilen manevi haktan dolayı görülen manevi zarara dayalı olarak somut olaya göre manevi tazminat belirlenir. Tazminat miktarının belirlenmesinde, kişinin ihlal edilen menfaatinin büyüklüğü, ihlalin şiddeti, kullanılan araçların niteliği ve ihlalin süresi tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınmalıdır. İhlal edilen menfaatin büyüklüğü, hangi manevî hakkın ne derece ihlal edildiği ile tespit olunur. Hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. İhlalde bulunanın kusuru tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşır⁵⁴⁰. Eser bir müzik eseri ise, bu müzik eserinin kısmi kullanımı halinde, çoğaltılan nüsha sayısı, meydana getirilen eserin toplamı içinde davacı eserinin kullanım miktarı oranı, bu kullanımın eserin okunma veya izlenme oranı üzerindeki etkisi ile meydana getirilen esere kattığı değer, eserin

⁵³⁷ “...Mahkemece, içlerinde Güzel Sanatlar Fakültesi Sinema TV bölümünden uzman bir öğretim üyesinin de bulunduğu yeni bir bilirkişi heyetinden, 5846 Sayılı FSEK'nun 70/2. maddesine dayalı olarak, haksız fiil hükümleri kapsamında talep edilebilecek malî haklar tazminatı konusunda görüş istenmesi gereklidir.” 11. HD. T. 20.06.2013 E. 2011/10670, K. 2013/12925, Erişim T. 30.03.2015.(Çevrimiçi) www.kazanci.com.

⁵³⁸ Eser sahipleri, aralarında yaptıkları bir sözleşme ile aksini kararlaştırmadıkları sürece, birliğe katılmaları, kar ve zarardaki payları, TBK'nun 623 ve 624 maddelerine kıyasen birbirine eşittir. Telif ücretlerinin nasıl bölüşüleceği ve eser üzerindeki hakların kullanılması ve gerekli karar nisabı konularında da aksi kararlaştırılmadıkça TBK m. 623 ve 624'deki adi ortaklığa ilişkin hükümler uygulanacaktır. 11.HD. T. 24.06.2002, E. 2002/2751, K. 2002/6456, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2132, dpn. 92'den naklen).

⁵³⁹ BREHM, Art. 49, N. 22; Murat İNCEOĞLU, “Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevî Tazminat Talepleri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 2008, C. XXIV, S. 4, s. 106; İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m., s. 99.

⁵⁴⁰ İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m., s. 100.

tek başına satımının söz konusu olup olmadığı hususlarının araştırılarak maddî zararın tespiti gerekir. Zararın, FSEK m. 70/f. 2 delaletiyle Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri uyarınca tayin ve takdir edilmesi gerekir⁵⁴¹.

Hâkim, FSEK m. 66/f. 4 hükmündeki kriterleri değerlendirecek ve tecavüzün kapsamı, ağırlığı, coğrafi alanı, ulaştığı kitleyi, vereceği zararın büyüklüğünü dikkate alacaktır. Tecavüz, basılı nüshalar aracılığıyla yapılıyorsa somut olayın bütün özellikleri, ihlalin boyutları, basılı nüshaların sayısı, internet aracılığı ile yapılıyorsa ulaşacağı kitle, adın belirtilmesi, eserin bütünlüğünün korunması gibi herhangi bir manevî hak ihlali ile birleşip birleşmediği hususları, davalının uğraması muhtemel zarar, tarafların muhtemel kusur ve zararları önem taşır⁵⁴².

Hakim zarar ve miktarını belirlerken genel hayat tecrübelerini, olayların olağan akışını ve zarar görenin almış olduğu önlemi göz önünde tutar. Zarar görenin aldığı önlemlerden amaç, zararın artmasını önleyecek önlemler, olup kendi kusuru ile zararın artmasına neden olmuş, gerekli önlemi almamışsa, bilhassa onun ileride kazanç elde etmek amacıyla yapmış olduğu faaliyet ve teşebbüsler önlem alınmaması nedeniyle etkilenmişse bu durum tazminatın belirlenmesinde etkili olur⁵⁴³.

Kitapların aranan kitaplar olup olmadığı, çoğaltma fotokopi yoluyla yapılmışsa fotokopi yapılan makinelerin çalışma potansiyelleri, işyeri konumu gereği talep edilebilecek kitap miktarı değerlendirilerek çoğaltma sayısı üzerinden ortalama zarar hesaplaması yapılır. Fotokopi ile çoğaltımda lisans bedeli kitabın normal baskısının normal bedeli gibi hesaplanamayacağından bu husus dikkate alınmalı, yazar ve

⁵⁴¹ 11. HD. T. 18.04.2013, E. 2011/5819, K. 2013/7610; “..hukukumuzda zarar konusunda fark teorisi benimsenmiştir. Bu teori gereğince zarar, mal varlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile zarar verici olay meydana gelme idi bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir. Bu olgu dikkate alındığında, hükmedilecek zararın hesaplanmasında zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkileri yanında olumlu etkilerinin de d.eğerlendirilmesi ve yararlarla zarar denkleştirilmek suretiyle gerçek zararını belirlenmesi gerekir. 7. HD E. 2008/1366, K. 2008/2014 T: 06.05.2008, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 11. 08. 2015.

⁵⁴² YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2102.

⁵⁴³ VON TUHR, PETER, s. 100, (EREN, a.g.e., s. 748'den naklen); OĞUZMAN, ÖZ, C. 2, s. 85; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 579 vd.

yayınevinin birlikte malî hakları ihlal edildiğinden yazar ve yayınevi için ortak telif bedeli hesaplanmalıdır⁵⁴⁴.

İzinsiz çoğaltma ve yayma fiillerinde tazminat hesaplanmasında, eğer eser müzik eseri ise, çoğaltılan CD adedi, içeriğin toplam süresi ile ihlale konu müzik eserinin CD’de kullanım süresi, CD’nin toplam süresi içinde bu eserin kullanıldığı kısmın eserin ne kadarlık bölümüne isabet ettiği ve ihlale konu eserin kullanımının CD’nin izlenme oranı üzerindeki etkisi ve eserin CD’ye kattığı değer, önemlidir.⁵⁴⁵

Eser ilim ve edebiyat eseri türünde ise, eserin derginin ücretsiz eki olarak dağıtılması, izinsiz kullanılan sayfa adedi gibi eserin değerini etkileyen bütün faktörler ve çoğaltılan nüsha sayısı ve telif ücret oranı nazara alınmak suretiyle normal şartlarda oluşturulacak bir sözleşme uyarınca eserin yayınlanacak olan bölümü için hak sahibine ödenmesi gereken rayiç bedelin belirlenmesi gerekir⁵⁴⁶.

Eserin izinsiz işlenerek yayınlanmasından kaynaklanan maddî tazminat davasında yayın başına rayiç değer tespit edilerek tazminat belirlenir⁵⁴⁷.

FSEK m. 13 ve 81 hükmünde öngörülen tescil, kayıt ve bandrol alınması gibi işlemler, bu hakların takip ve ispatını sağlayarak ihlallerin önlenmesini amaçlar. Musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile kitap gibi süreli olmayan eserler bakımından FSEK m. 81’de bandrol mecburiyeti getirilmiştir. Açılan davalarda Kültür Bakanlığında getirtilen bandrol sayısı göz önüne alınarak telif

⁵⁴⁴ Taraflar arasında yayım sözleşmesi var ve sözleşmede baskı adedi belirtilmemiş ise yayımcının eserin basımını bir kez yapabileceği, bundan sonrakilerin ihlal oluşturacağı varsayılır. BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 118; ERDİL, a.g.e., s. 191.

⁵⁴⁵ Konuya ilişkin Yargıtay, CD’nin sadece satılan dergi eki olarak okuyuculara verilen promosyon hediye olarak mı piyasaya sunulduğu, yoksa dergi satışları dışında tek başına bir satımının mı söz konusu olup olmadığı hususlarının da açıklığa kavuşturulması ve uğranılan maddî zararın dayanan FSEK m. 70/f. 2 delaletiyle TBK m. 51 vd. uyarınca belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. 11. HD. T. 18.04.2013, E. 2011/5819, 2013/7610, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 26.08.2014.

⁵⁴⁶ 11. HD., T. 17.11.2011, E. 2010/3879 K. 2011/15356, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr.

⁵⁴⁷ Davalının bölgesel bazda yayın yapması, açılan ve sonuçlanan ilk davada yayın başına açık bir belirleme ve bu yönde bir kabulün bulunmaması da nazara alınarak yayın başına -TL-cinsinden rayiç değerinin denetime elverişli bir şekilde tespitiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken tarifelerden hareket eden kişinin yazısı ve sadece bu yazıdaki bedeli uygun gördüğü anlaşılan o dosyadaki bilirkişi kurulu raporuyla yetinilmek suretiyle bu yönden eksik inceleme yapılması nedeniyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur. 11. HD. T. 20. 09. 2011 E. 2009/11339, K. 2011/10555. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 20. 11. 2014.

bedeli ve rayiç bedel hesaplaması yapılır. Bu eserlerin kullanıcılara iletilmesi amacını taşımayan sayısal kayıt imkanı veren cihaz ve materyaller için bandrol gerekmez⁵⁴⁸. Eğer meydana gelen zarar, yabancı para cinsinden para ile karşılanmışsa, tazminat yabancı para alacağı olarak talep edilebilir⁵⁴⁹.

İlim ve edebiyat eserlerinde, Milli Eğitim Bakanlığınca İlim-Fikir ve Sanat Eserleri ile Ders Kitapları ve Malzemeleri için Ödenecek Telif Hakları Yönetmeliği'nden yararlanıldığı gibi, Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelikten de⁵⁵⁰ bedel değerlendirmesinde yararlanılabilir.

Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayın Yönetmeliği⁵⁵¹ 16 vd. maddeleri telif haklarına ilişkin düzenlemeler içerir. Fikrî haklara ilişkin olarak da tazminatın hesaplanmasında davalı kârının hesaplanmasında gereken verilere ilişkin; Fikir ve Sanat Eserlerinin İşaretlenmesine İlişkin Yönetmelik⁵⁵², Sinema ve Müzik Sanatı Destekleme Fonu Hakkında Yönetmelik⁵⁵³, Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik⁵⁵⁴, Fikir ve Sanat Eserlerini İçeren Taşıyıcı Materyaller ile Bu Eserlerin Çoğaltılmasına Yarayan Teknik Cihazların Bedellerinden Yapılan Kesintilerin Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında

⁵⁴⁸ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II. s. 2751, 2752.

⁵⁴⁹ Hakan PEKCANITEZ, **Yabancı Para Alacaklarının Tahsili**, 3. Bası, s. 46 vd. ;“*Yaşanın amacı, zararın tamamen giderilmesine yöneliktir. Sözleşme dışı tazminat taleplerinde doğru ve hakkaniyete uygun bir sonuca varılabilmesi gerekir. Böylece ileride munzam zarar ve kur farkı davalarına (BK md 105) meydan verilmemesi ve zararın tam olarak karşılanması için, bu zararın zarar gören açısından tespiti gerekir. Zarar gören açısından zarar, hangi para birimine göre doğmuşsa, o para biriminin tazminat olarak talep edilmesi amaca uygunluk yönünden en uygun olanıdır (Bkz. BGE 48 II 79:BGE 47 II 194)*” HGK, T. 11.11.2009, E. 2009/4-238, K. 2009/493. (Çevrimiçi)www.kazanci.com. Erişim T. 24.05.2014

⁵⁵⁰ RG: 23.01.2007, S. 26412, [http://teftis.kulturturizmdgov.tr/TR, 14407/yonetmelikler.html](http://teftis.kulturturizmdgov.tr/TR,14407/yonetmelikler.html), Erişim T. 19.10.2012.

⁵⁵¹ RG: 19.12.1981, S: 17549, [http://teftis.kulturturizmdgov.tr/TR, 14407/yonetmelikler.html](http://teftis.kulturturizmdgov.tr/TR,14407/yonetmelikler.html), Erişim T. 19.10.2012.

⁵⁵² RG: 16.11.1997, S: 23172, [http://teftis.kulturturizmdgov.tr/TR, 14407/yonetmelikler.html](http://teftis.kulturturizmdgov.tr/TR,14407/yonetmelikler.html), Erişim T. 19.10.2012.

⁵⁵³ R.G: 4.9.1986, S: 19211, <http://www.bilgi-rehberi.com/kanunlar/kanun38610898bes.html>, Erişim T. 19.10.2012.

⁵⁵⁴ R.G: 04.09.1986, S: 19211, [http://teftis.kulturturizmdgov.tr/TR, 14407/yonetmelikler.html](http://teftis.kulturturizmdgov.tr/TR,14407/yonetmelikler.html), Erişim T. 19.10. 2012.

Yönetmelik⁵⁵⁵ ile Fikrî Haklar Ortak Veri Tabanı Yönetmeliği⁵⁵⁶ gibi düzenlemeler, yargılama yapılırken ihtilafların çözümüne yardımcı olacak düzenlemelerdir.

FSEK m. 70/f. 2 hükmüne dayalı olarak, haksız fiil hükümleri kapsamında talep edilen malî haklar tazminatı, davacının hak sahibi olduğu tarihten itibaren hesaplanmalı, davalı bu tarihten öncesinden sorumlu tutulmamalıdır⁵⁵⁷.

Türk hukukunda zararın hesaplanacağı zaman olarak zarar verici olayın gerçekleştiği tarih göz önünde tutulmaktadır. Bu kapsamda Yargıtay da haksız fiilin işlendiği andaki durumun göz önünde tutulması gerektiğini belirtir⁵⁵⁸.

Bilirkişi marifeti ile haksız eylemden kaynaklanan tazminat miktarının somut olay şartları irdelenerek belirlenmesi gerekir⁵⁵⁹.

Haksız fiilden dolayı meydana gelen zarar, TBK m. 50, 51 gereği tespit edilir. TBK m. 51 hükmü “*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*” şeklindedir. Uğranılan zarar miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hakim TBK m. 50 hükmünden yararlanarak olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önüne alarak hakkaniyete uygun olarak zarar miktarını belirler⁵⁶⁰. Maddeye göre zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat etmek zorundadır. Açılan davada,

⁵⁵⁵ R.G:13.04. 2006, S. 26138, <http://teftis.kulturturizmdgov.tr/TR, 14407/yonetmelikler.html>, Erişim T. 19.10.2012.

⁵⁵⁶ RG: 06.11. 2010, S. 27751, <http://teftis.kulturturizmdgov.tr/TR, 14407/yonetmelikler.html>, Erişim T. 19.10.2012.

⁵⁵⁷ “*..Davaya konu yayının yapıldığı televizyon kanalını devraldığı tarihten önceki yayınlardan sorumlu olmayacağının dikkate alınması gereklidir.*” 11. HD. T. 20.06.2013, E. 2011/10670, K. 2013/12925, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 27. 08. 2014.

⁵⁵⁸ 4 HD. T. 02.12.1972, E. 7606, K. 10156, (EREN, a.g.e., s. 748’den naklen).

⁵⁵⁹ 11. HD. T. 21.10.1996, E. 1996/6613, K. 1996/7140; T. 15.05.1997, E. 1997/1503, K. 1997/356; Yargıtay kararında, 57 adet fotoğraftan oluşan dava konusu bu eser bir arada bulunmakla, sanatsal bir bütünlük ve değer arz ettiğinden ve bu bütünün içinden iki resmin alınarak yayımlanması ile bütünlük taşıyan sanat değerinde meydana gelecek eksilme ve aradaki farkın tespiti ve resimlerin iki ayrı sayıda yayınlanmasının ne miktar zarara neden olduğu belirlenerek hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir. 4. HD. 09. 04. 2002, E. 2002/3991, K. 2002/4437, ERDİL, a.g.e., s. 176.

⁵⁶⁰ Davacı, zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.(TBK. m. 52/1) Hatta zarara hafif kusuruyla sebep olan müteceviz, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hakim, tazminatı indirebilir. YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2141.

tazminatın belirlenmesi için müteselsil sorumluluğa ait şartları varsa TBK m. 61, 62 hükümleri uygulanır⁵⁶¹.

2. Manevi Hakların İhlali Halinde Açılacak Manevi Tazminat Davası

Manevî hakların ihlaline ilişkin FSEK m. 67’de sınırlı olarak sayılan haklardan biri yahut birkaçının ihlal edilmesi halinde eser sahibi tecavüzün durdurulması ve önlenmesi davalarının yanında ayrıca tazminat talebinde de bulunabilir⁵⁶².

Bağlantılı hak sahiplerinden icracı sanatçıların da icralarının sahibi olarak tanıtılma, icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasını önleme hakları mevcuttur⁵⁶³. Kanun, eser sahibinin zedelenen duyguları yönünden cezaî ve hukukî yaptırımın yanı sıra tazminat yöntemlerini de düzenlemiştir⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ ARSLANLI, a.g.e., s. 220; TEKİNALP, a.g.e., s. 328; EREL, a.g.e., s. 349; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 675, 676; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 2140.

⁵⁶² “..eserlerden dolayı davalı şirketin 18/2 md kapsamında eser sahipliğinin söz konusu olamayacağı, sözlü anlaşma yapıldığı savunmasına itibar edilemeyeceği, 5846 Sayılı Kanun’un 48 ve 52. madde kapsamı göz önünde bulundurulduğunda yayınlama ve çoğaltma hakkının devredildiğine dair savunmaya itibar edilmediği, davacı vekilinin Farmakoloji adlı eser yönünden iştirak halinde eser olmadığı, eserin davacının tek başına yarattığı eser olduğu yönündeki itirazlarının mevcut kitap kapaklarında belirtilen yazar isimleri de göz önünde bulundurulduğunda 5846 Sayılı Kanun’un 11/1. maddesi gereğince yerinde görülmediği, tıpta uzmanlık sınavları ile ilgili hazırlanan eser içinde telif oranının %10 oranında olmasının makul olduğu, davacının eser sahibi olduğu Farmakoloji .. adlı eserin 2011 yılında izinsiz basılması çoğaltılıp yayınlanması sebebiyle çoğaltma-yayma gibi mail haklarının ihlal edildiği, yazar adı belirtilmeden baskısının gerçekleştirilmesi yönünde manevi haklarının ihlal edildiği,..... Farmakoloji adlı eser yönünden de eser sahibinin davacı olduğu, izinsiz olarak çoğaltılıp yayınlandığı, mali haklarının ihlal edildiği umuma arz sebebiyle de FSEK.nun 14. maddesi gereğince manevi haklarının ihlal edildiği, eylemin haksız fiil niteliğinde olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne..” dair verilen karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T. 12.05. 2016, E. 2015/11146, K. 2016/5454, www.kazanci.com. Erişim T. 21.10.2016.

⁵⁶³ TEKİNALP, a.g.e., s. 151; AYİTER, a.g.e., s. 113, 114; EREL, a.g.e., s. 112; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s.285, 725, ERDİL, a.g.e., s. 1557.

⁵⁶⁴ BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 853; Manevi hakların eser sahibi ile eser arasındaki kişisel ve manevi ilişkiyi düzenleyen haklar olmaları nedeniyle film yapımcısı şirketin manevi tazminat talep etmesi mümkün değildir “..Mali hakkı devir alınan dava konusu filmin tahrif edilip, ismi değiştirilip aralara pornografik sahneler eklenmesi nedeniyle meydana gelen manevi zararın mali hak sahibi yapımcı davacı tarafından değil, dava dışı eser sahibi tarafından talep edilebileceği dikkate alınmadan yazılı şekilde davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesi

Manevî haklar, 1814 yılında ilk defa kıta Avrupasında Fransa’da verilen bir mahkeme kararı ile gündeme gelmiştir⁵⁶⁵. Fransa, İtalya İspanya gibi ülkeler fikri mülkiyet kanunlarında manevî hak ifadesine yer verirken İsviçre, Almanya ise manevi hakları eser sahibinin kişilik hakları olarak kanunlarında düzenlemektedir⁵⁶⁶. Doktrinde eser sahibinin eseri dolayısıyla doğrudan kişiliğine bağlı olarak tanınan bu haklar için eserden ziyade eser sahibinin kişiliği ile daha yakından ilgili haklar, eser yaratıcısı kişilik hakkı ya da Alman hukukundan esinlenilerek eser sahibi olmaktan kaynaklanan şahsiyet hakkı gibi nitelendirmeler yapılmaktadır⁵⁶⁷.

Manevî tazminat ile malî veya manevî bir hak ihlalinden kaynaklanan üzüntü ve manevî zararın giderilmesi amaçlanır.

Eser sahibinin adının belirtilmesi yetkisi, eser sahibine eserinin adı ile adsız yahut takma ad ile tanıtılması hakkını verir. En yaygın manevî hak ihlali de eserde değişiklik yapılması şeklinde gerçekleşir. Eserde değişiklik yapma hakkı bu eserin niteliklerini bozma ve eser sahibinin şeref ve haysiyetini ihlal etme hakkı vermez. Aksine yapılan sözleşmeler FSEK m. 16/f. 3 gereği hükümsüz sayılır⁵⁶⁸.

Eserden kısmen alıntı yapılmış ve yapılan incelemede alıntıda esasa yönelik şartlara uyulmuş, amaca uygun oranda alıntı yapılmış fakat şekli şartlara uyulmamış, atıf yapılmamış veya yanlış atıf yapılmışsa davacı ref talebi dışında ayrıca manevî

doğru görülmemiştir.” 11. HD. T. 28. 01. 2016, E. 2015/3049, K. 2016/933, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 11.03.2016.

⁵⁶⁵ Mahkeme, yazarın kitabının yayınlanması öncesinde yayınevinin kitapta değişiklik yapmasını engellenmesine ilişkin açılan davada eser sahibi lehine karar vermiştir. Tribunal Civil de Seine, 17. Ağustos 1814. (Sterling J. A. L., World Copyright Law, Londra 2003, s. 38; Kamina P. Film Copyright in the European Union Cambridge 2002, s. 284 vd, (İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m. 78’den naklen).

⁵⁶⁶ Alex Metzger, **Rechtsgeschäfte über das Droit Moral im deutschen und französischen Urheberrecht**, München 2002, (TEKİNALP, a.g.e., s. 161’den naklen); ATEŞ, a.g.e., s. 126; Vivant M. **Les Créations Immaterielles et Le Droit** 1997, s. 41, (İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.e, s. 41’den naklen).

⁵⁶⁷ Mustafa AKSU, “Eser Yaratıcısının Eseri Üzerinde Manevî Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı Üzerine Bir Deneme” Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan İstanbul 2010, s. 121.

⁵⁶⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 173.

hak ihlali nedeniyle FSEK 70/ f. 1 gereği şartları varsa manevî tazminat talep edilebilir. Çoğaltılmış nüshaların yayınlanması halinde de bu dava açılabilir⁵⁶⁹.

Bern sözleşmesi'nde bir sanat eserinin hususiyetini bozan ve her türlü değiştiren davranışı manevî tazminat için yeterli görmüştür⁵⁷⁰. Manevî tazminat ne bir ceza, ne de gerçek anlamda bir tazminattır. 22. 06. 1966 tarihli ve 7/7 Sayılı İBK'da belirtildiği gibi, davacının yararı düşünülmeden, sorumlu olana, hakkın ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük olmadığı için ceza değildir. Mamelek hukukuna dair bir zararın karşılanması yönelik olmadığından da gerçek anlamda bir tazminat sayılmaz. Manevî tazminatta temel ana düşünce mağdurda veya zarara uğrayan kimsede bir huzur hissi, bir tatmin duygusu doğurmaktır.

Kanun'un 17 nci maddesi hükmünce eser sahibi zilyet ve malike karşı güzel sanat eserlerinde eserini görüp inceleme, eseri ile manevî bağıını devam ettirme hakkına sahiptir. Zilyet eser sahibine bu hakkı kullandırmazsa manevî hak ihlali olur⁵⁷¹. Eserin kötü bir biçimde çoğaltılması, yayılması, eser sahibinin şöhretine uymayan yerlerde dağıtılması ya da işlenmesi hak sahibinin rızası dışında uygun olmayan ve iyi şöhret olarak bilinmeyen bir ortamda umuma sunulması da üzüntü ve ızdıraba yol açacağından bu kimselerin manevî zararının tazmini gerekir⁵⁷². Eserin icrası ve başka yolla yayınlanması eser sahibinin manevî hakları yanında onun kişilik haklarını da ihlal etmiş olabilir⁵⁷³. Bu durumda manevî hakları ihlal edilen hak sahibi uğradığı manevî zararın tazminini TBK m. 58 hükmündeki şartlar bulunduğu takdirde isteyebilir⁵⁷⁴. Bu durumda bu iki hakka dayalı talepler toplanır. Şartları bulunduğu

⁵⁶⁹ EREL, a.g.e., s.296; TEKİNALP, a.g.e., s. 313; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 305-308; DEMİR, a.g.t., s. 110; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 337.

⁵⁷⁰ ARSLANLI, a.g.e., s. 87-94; AYİTER, a.g.e., s. 197-205; HİRSCH, Das Neue Urheberrechtsgesetz der Türkei, Schirftenreihe der Ufita, s. 51, A.e, s. 190 Dipnot, 6-8'den naklen).ÇEVİK, a.g.e., s. 44; Sözleşmenin 6ncı mükerrer maddesi ilk fıkrasında, "*Eser sahibinin mali haklarından bağımsız olarak ve bu hakların devrinden sonra dahi, eser sahibi, eseri üzerindeki sahipliğini ileri sürmek ve eserinin her türlü tahrifine, bozulmasına veya diğer değişikliklerine veya şeref veya itibarına zarar verebilecek her türlü küçük düşürücü fiillere itiraz etme hakkına sahip olacaktır.*" der.

⁵⁷¹ TOSUN, s. 25; TEKİNALP, a.g.e., s. 174.

⁵⁷² TEKİNALP, a.g.e., s. 176.

⁵⁷³ BEŞİROĞLU, s.1265-1268; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 805.

⁵⁷⁴ HGK. T. 13. 06. 2012, E. 2012/11-171, K. 2012/380, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 21.12.2015.

takdirde hem manevi hak ihlalinin dolayısı FSEK m. 70/f. 1 uyarınca manevi tazminat hem de kişilik haklarının ihlaline dayalı borçlar hukukundan kaynaklanan manevi tazminat istenebilir⁵⁷⁵.

FSEK m. 70/f. 1’de düzenlenen bu tazminat TBK m. 58 hükmünün özel bir uygulamasıdır.

BEŞİROĞLU, FSEK m. 70/f. 1 hükmünü diğer yaptırımlar konusunda hakime geniş ve ucu açık bir takdir yetkisi verdiği yolunda eleştirmekte ise de TBK m. 58’de de aynı hükümler bulunmakta ve genel olarak maddenin tüm manevî tazminat talepleri için uygulandığı göz önüne alındığında FSEK 70 hükmündeki bu düzenleme bir sakınca yaratmamaktadır⁵⁷⁶.

3. Manevi Hak Manevi Zarar ve Manevi Tazminat Kavramları

Manevî hak ile manevî zarar ve tazminat talep hakkı aynı kavramlar değildir. Manevi hak, bir hak çeşidi iken; manevi tazminat uğranılan zarara ilişkindir⁵⁷⁷. FSEK m. 14-16 arasında eser sahibinin kişiliği ile ilgili bu manevî haklar ölümle sona ermeyen ve ölümünden sonra mirasçılar tarafından kullanılabilen haklardır. Manevi hakların sahipleri FSEK m. 14-16 arasında düzenlenen tüm manevi haklara ilişkin dava açabilmekte iken; Kanun’da sayılan mirasçılar yalnızca eser sahibinin eserine gelen bir saldırı nedeniyle dava açabilmektedirler⁵⁷⁸. Eserden doğan hakların kullanılması, haklar üzerindeki tasarruf yetkisidir. Bu nedenle manevî tazminat davası açılması ile manevî hakların kullanılması farklı kavramlardır. Manevî tazminat davası açanların her zaman için manevî haklarını kullandıkları

⁵⁷⁵ Bir eserin sahibinin izni olmaksızın veya verilen izin kapsamına aykırı bir şekilde umuma arzı, haksız eylemin gerçekleşme biçimine göre, eser sahibinin malî haklarının yanında, ayrıca manevî hakkının da ihlalidir. Eser sahibinin malî ve manevî hakları birbirine bağlı olup, malî haklarda daima manevî bir yön mevcuttur. Her iki grup birbirini tamamlar. 11.HD., T.19.06.2008, E. 2007/740, K. 2008/8212, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1988, 1962.

⁵⁷⁶ BEŞİROĞLU, 783; İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m., s. 101.

⁵⁷⁷ KILIÇOĞLU, “**Manevi Haklar**”, s. 24.

⁵⁷⁸ TEKİNALP, a.g.e., s. 176; ÖZTRAK, a.g.e., s. 2.

söylenemez⁵⁷⁹. Eserden doğan bir hakkı kullanmak, hakkın kullanılmasını devretmek veya o hakkın üzerinde tasarruf etmek, o hakkın kullanılması niteliğindedir. Bu hak, miras yoluyla intikal eden bir telif hakkı ise bu hak üzerinde tasarruf için tüm mirasçıların ortak kararı gerekir⁵⁸⁰.

Kural olan kusur sorumluluğu ise de TBK’da düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinde de manevi hak sahibi, manevî tazminat talebinde bulunabilecektir⁵⁸¹.

4. Tüzel Kişilerin Manevi Tazminat Davası Açabilmeleri

Tüzel kişiler manevi hak sahibi olmadığından FSEK kapsamında manevi hak ihlaline dayalı manevi tazminat talep edemezler. Hukuk düzeni tüzel kişileri hukuk sujesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref, onur ve itibar gibi kişisel varlıklar bahşettiğinden kişilik haklarının ihlalinde tüzel kişilerin de manevî tazminat talep edebileceklerini kabul edilir⁵⁸². Zaten manevî zarar, salt üzüntünün varlığı halinde değil, kişinin kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda da gerçekleşen bir zarardır. Yargıtay da tüzel kişilerin manevi tazminat davası açabilmesini kabul

⁵⁷⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 163; PİROĞLU, “Analiz”, s. 153, 154.

⁵⁸⁰ PİROĞLU, “Analiz”, s. 154.

⁵⁸¹ Mülga Kanun tazminatın hesaplanmasında tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almak zorunda idi. 6098 sayılı TBK m. 58 “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.*” şeklinde düzenlemesi ile 818 sayılı BK’nın doktrinde çok sık eleştirilen 49/2 fıkrasına yer vermemiştir.

⁵⁸² Bu husus doktrinde tartışmalıdır. Doruk GÖNEN, **Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması**, İstanbul 2011, s. 182; TERCİER, N. 2041; Tüzel kişilerin kişiliği koruyan dava açabileceği yönünde: GÖNEN, a.g.e., s. 197; Abdülkadir ARPACI, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)** 2. Bası, İstanbul 2000, s. 163; Jale G. AKİPEK, Turgut AKINTÜRK, Derya ATEŞ, KARAMAN, **Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, C. I, 8. Bası, İstanbul, 2011, s. 418; Tufan ÖĞÜZ, **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, İstanbul 2007, s. 67, OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, **(Kişiler)**, s. 232

etmektedir⁵⁸³. Buradaki manevî tazminat ise manevî hak ihlaline dayalı tazminat olmayıp borçlar hukukundan kaynaklanan manevî tazminattır.

Manevî tazminat kural olarak bölünemez. Buna ilişkin kısmi dava açılamaz. FSEK m. 70 gereği açılan davada ise kısmi dava açılabilir⁵⁸⁴.

Manevî tazminatın miktarı somut olayın şartları dikkate alınarak mahkemece belirlenir. Yargıtay'ın kararlarında hükmolunan manevî tazminat miktarına müdahale ettiği görülmektedir⁵⁸⁵.

Ortak eser sahiplerinden birinin, diğer eser sahibinin adını çıkartarak eseri yayımlaması hali de eserde adın belirtilmesi manevî hakkının ihlali olup bu eylem manevî tazminatı gerektirir. Kişi eser sahipliğine dayanmaktadır. Buradaki tazminat eserde adın belirtilmesi manevî hakkının ihlaline dayalı bir manevî tazminattır.⁵⁸⁶

⁵⁸³ “...Tüzel kişinin çevresinde kazandığı itibarı aşağılayan yazılı, sözlü veya görüntülü beyanlar, şu veya bu vasıflara sahip olmadığına dair yayınlar, kişilik haklarından şeref ve haysiyete yönelik tecavüz olarak kabul edilmelidir. Tüzel kişinin şeref ve haysiyeti yanında onun toplumsal itibarı, ticarî itibarı da TMK'nun 24. maddesindeki korumadan yararlanır. TMK'nun 25/son maddesinin, hem kişilik haklarının korunması hem de maddî ve manevî tazminat davalarını kapsadığının kabulüyle tüzel kişilerin kişilik haklarına saldırı sebebiyle manevî tazminat davaları davacı şirketin ikametgahı mahkemesinde de açılabilir. ”. HGK, E. 2011/4-687, K. 2012/26, T. 1.2.2012; 4. HD. T. 17.03.2008, E. 2007/8212, K. 2008/3486, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 12.10.2013.

⁵⁸⁴ “...talep edilen manevî tazminat, BK. 49. maddesi hükmüne göre değil, FSEK'nun 70. maddesi hükmüne göre talep edilmiş olup, manevî tazminatın “bölünemeyeceği” ilkesinin uygulanmasının mümkün bulunmamasına...” 11 HD. T. 14.12.2004, E. 2004/1286, K. 2004/12389; E. 2004/2077, K. 2005/2404. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11.02.2013.

⁵⁸⁵ Eser niteliğindeki fotoğrafın kitaplar üstüne basılması ve başkasına ait fotoğrafın davacıya aitmiş gibi bir kitabın önyüzüne basılması nedeniyle, davacının FSEK m. 14 ve 16 daki manevî haklarının ihlal edildiği, davacıya ait olmayan bir fotoğraf eserinin de davacının ad ve soyadının kullanılmak suretiyle davacıya ait esermiş şeklinde gösterilmesinin de davacının eser üzerindeki isim hakkının ihlali olduğu, ayrıca fotoğrafın estetik değer taşımadığı gerekçeleri ile mahkemece verilen manevî tazminatı Yargıtay Dairesi yeterli görmemiş, davacı yararına daha makul ve manevî huzurunu gerçekleştirmeyi sağlayacak miktarda bir manevî tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir. 11. HD. T. 06.02.2014, E. 2012/9732, K. 2014/1996, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 01.05.2014.11.HD. T. 01.02.2010, E. 2008/10147, K. 2010/1043, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2128, dpn. 77; “ manevî tazminatın amacı, bir tarafı zenginleştirme, diğer tarafı ise cezalandırma olmadığı kuşkusuz olup, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, davacı ile davalılardan Avni Ö.'in eserlerinin ve ihlalin kapsamı, tecavüzün biçimi dikkate alındığında FSEK'nun 70. maddesi uyarınca mahkemece, , daha ılımlı bir manevî tazminata hükmedilmesi gerekirken, somut olaya uygun düşmeyecek şekilde manevî tazminatın takdiri isabetli görülmemiş...” 11. HD. T.25.01.2010, E. 2008/9569, K. 2010/712.(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11.05.2013.

⁵⁸⁶ 11. HD. T. 31.03.1986 E. 1676, K. 1986/ 2869, ERDİL s.183, 184

Mahkeme yargılama esnasında dava konusu eserin önem ve değerini, kopyalama şeklini, tecavüzün boyut ve şeklini dikkate almaktadır⁵⁸⁷. Doktrinde sıkça eleştirilen⁵⁸⁸, tazminat miktarının tayininde hakim, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almasına ilişkin kanun hükmü 6098 sayılı Kanun ile yerinde bir değişiklik ile kaldırılmıştır. TBK m. 58 kişilik haklarının zedelenmesinde manevî tazminat isteminde hakim, manevî değeri zedelenen kimsenin manevî kişilik değerinde sebep olunan eksilmeyi göz önüne alır. Bu eksilmenin, sıfatı ve makamı daha yüksek ve ekonomik durumu daha iyi olana çok diğer tarafa az olduğuna ilişkin kurala bağlanmasının yanlış olması nedeniyle, TBK’ya alınmamış, eşitlik ve hakkaniyete uygun daha adil bir uygulama imkanı getirilmiştir⁵⁸⁹.

Malî hakları sözleşme ile devralan kişiye karşı, maddî tazminat davası açılmaz ise de devralan kimse manevî hakları ihlal etmişse, ona karşı manevî tazminat davası açılabilir.

FSEK m. 70, manevi tazminatın hak sahibine para ödenmesi şeklinde karara bağlanacağını öngörmüştür. Ancak “*Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir*” hükmü Mülga 818 sayılı BK 49. maddesinin değiştirilmeden önceki halidir. Maddenin ikinci fıkrası 1988 yılında 3444 sayılı yasa ile değiştirilmiş ve “*Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ilanına da hükmedebilir*” hükmü getirilmiştir. Yine de para yerine tazminat türü olarak “eylemi kınama ve bu kararın

⁵⁸⁷ 11.HD. T. 19.03.2002, E. 2001/10702, K. 2002/2515, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2127, dpn. 74’den naklen).

⁵⁸⁸ Eleştiriler için bkz. TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 694; SEROZAN, **Manevî Tazminat**, s. 94, 95; Aksi görüşte ise FRANKO, a.g.e., s. 144, 145; OĞUZMAN, a.g.e., s. 50, 51.

⁵⁸⁹ OĞUZMAN, ÖZ, (**Borçlar Hukuku**), C. 2, s. 277, 279, ÖZ, kişilik haklarına ilişkin olarak her ne kadar Kanun’da yer almasa da hakimin manevî tazminatı belirlerken gene de bu unsurları dikkate alması gerektiğini, hitap edilen sözlerin normal karşılandığı toplumda manevî zararın oluşmayabileceğini belirtir. A.e., s. 277; OĞUZMAN, Tandoğana Armağan, s. 48, Buna karşın tarafların sosyal durumunun gözönüne alınması hükmünün antisosyal ve sakıncalı olduğuna dair SEROZAN, Tandoğan’a Armağan, s. 98, 99.

ilanına” dair hüküm, 4110 sayılı yasa ile yapılan değişikliğe alınmamıştır⁵⁹⁰. Kanaatimizce kanun tasarısında hükmün Borçlar Kanunu ile uyumu sağlaması yerinde olacaktır.

Hakimin somut olayın özelliğini gözönüne alarak manevî zarar adı ile hak sahibine vereceği para tutarı da adalete uygun olmalıdır. Tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. TBK m. 51 hükmüne göre takdir edilecek miktar, kişinin tatmin duygusuna ulaşması için gerektiği kadar olmalıdır. İsviçre Türk hukukunda hakim, manevî tazminatın belirlenmesinde takdir hakkına sahiptir. Hâkim TMK m. 4’deki takdir hakkını hak ve nefaset ilkelerini göz önünde tutarak duyulacak acı ve elemin şiddetini, özel durum ve şartları inceleyerek tespit edecektir⁵⁹¹. Olayın özellik ve meydana geliş şekli ile toplum üzerindeki etkileri ve benzeri faktörler gözetilerek, fiil ile orantılı takdir edilen manevî tazminat miktarının adil olması ve vicdanları rahatsız etmemesi gerekir⁵⁹².

Manevî tazminat talebine dair açılan davanın sonunda hakim uğranılan manevî hakkı ve manevî zarara ilişkin gerekçeleri kararda göstermek durumundadır⁵⁹³. Yargıtay kararlarında; plakların üstüne eser sahibinin adının yazılmamasını, bir şarkının aslına ve usulüne uygun olarak okunmamasını, bir müzik eserinin başkasına aitmiş gibi gösterilip plağa alınmasını, yazar ismi belirtilmeden eserden aktarma yapılmasını manevî hak ihlali olarak görmüş ve manevî zararın gerekçelerinin kararda tartışılmasını istemiştir⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ KILIÇOĞLU, **Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)**, TBB Dergisi, Sayı 54, 2004, s. 85, 86, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-61>.

⁵⁹¹ Von Tuhr, Peter, prg. 16, I, s. 125 vd; Oftinger, I, s. 286 vd., (OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 272’den naklen); OLGAC, (**Borçlar**), s. 818, 819; TANDOĞAN, (**Mes’uliyet Hukuku**), s. 330; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 655.

⁵⁹² KARAHASAN, (**Manevi**), s. 1213, REİSOĞLU, a.g.e., s. 217; 11. HD. T. 09.09.2013, E. 2013/11184, K. 2013/15282, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 23. 04. 2014.

⁵⁹³ Yargıtay, manevî tazminatın tespitinde hakimin hak ve adalete uygun davranması, hukuk biliminden yararlanması, toplumun sosyal ekonomik ve moral yapısını ve özellikle de somut olayın koşullarını gözetmesi gerektiğini belirtir. 11. HD. T. 26. 05. 2005, E. 2005/308, K. 2005/5521, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr Erişim T. 23. 07. 2014.

⁵⁹⁴ YHGK, T. 11.02.1983, E. 1981/4-70, K. 1983/123; 11.HD., T. 23.03.1978, E. 1978/687, K. 1978/1437, TEKİNALP, a.g.e., s. 328.

Manevî tazminat ile kişiyi tatmin etmek, bu acıyı unutturmak, kişinin toplum içinde sarsılan itibarını düzeltmek için bir miktar para ödemesi ile telafi yoluna gidilir⁵⁹⁵. Burada kişi, toplum içinde kırılan itibarının bir dereceye kadar düzeltilmiş olduğunu hisseder⁵⁹⁶.

FSEK kapsamındaki eser üzerinde adın belirtilmesi hakkı ile TMK'daki adın korunması hükümleri birbirinden farklıdır. TMK hükümleri ile doğrudan doğruya kişinin adı korunurken; FSEK'te eser ile sahibi arasındaki bağ korunmaktadır. Müstear ad kullanılan bir eserde FSEK kapsamında eser sahibinin gerçek ismi değil, kullandığı müstear isim korunur.

Manevî zarar, hak sahibinin manevî haklarına tecavüz dolayısıyla meydana gelmiş olmalıdır. İlliyyet bağı, davalının gerçekleştirdiği fiil ile manevî zarar arasındaki uygun sebep sonuç ilişkisidir⁵⁹⁷.

Eser sahibinin manevî hakları ile korunan değerlerinin para ile ölçülmesi mümkün olmadığından hakimin geniş bir takdir hakkı vardır. Mahkeme FSEK m. 70/f. 1 son cümlesi gereğince, tazminata hükmetmek yerine özür dilemek gibi paraya ek başka yazılı yaptırımlara da hükmedilebilir⁵⁹⁸. Hakim, kümülatif veya seçimlik tazmin şekli belirleyebilir. Tazminat para veya para yerine veya birlikte hükmün ilanı gibi tecavüzün sonuçlarını gidermeye yönelik tedbirler de olabilir⁵⁹⁹.

İlke olarak aynı eylem sonucu bir kişinin birden fazla fikrî ve sınaî mülkiyet haklarına tecavüz edilmesi halinde, söz konusu tecavüzler TBK'nın haksız fiillere ilişkin hükümlerindeki “*özel yasalardaki haller*”den olduğu için ihlal edilen her hak için ayrı ayrı talepte bulunulabilir. Fakat aynı eylemden dolayı her hak için ayrı ayrı tazminata hükmedilemez. İhlal olunan haklar yarışır fakat talepler yığılmaz⁶⁰⁰.

⁵⁹⁵ EREN, (**Genel Hükümler**), s. 808.

⁵⁹⁶ KILIÇOĞLU, (**Tazminat**), s. 1984.

⁵⁹⁷ Hukukumuzda geçerli olan uygun illiyet teorisine göre, hayatın olağan akışı ve genel hayat tecrübelerine göre sorumluluğu gerektiren sonuç ile sonucu doğurmaya elverişli sebep ya da olay arasındaki bağ uygun illiyet bağıdır. EREN, (**İlliyyet**), s. 492.

⁵⁹⁸ EREL, a.g.e., s. 305; ERDİL, a.g.e., s. 578.

⁵⁹⁹ EREN, (**Genel Hükümler**), s. 819.

⁶⁰⁰ 11.HD.T. 14.07.2006, E. 2005/5095, K. 2006/8411, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 23. 04. 2013.

FSEK’de eser ile ilgili olarak sahibinin şeref ve haysiyetini zedeleyebilecek fiilere karşı Türk Medeni Kanunu’nun 24 ve 25 inci madde hükümlerine göre daha etkili bir koruma getirilmiştir. FSEK m. 14/f. 3 ve 16/f. 3 hükümleri kapsamında tek bir fiilin bir ihlale sebebiyet vermesi halinde, birden çok sebebe dayanılabilse de maddi ve manevi zararlarına karşılık eser sahibi FSEK hükümlerine dayalı olarak tek bir tazminat isteyebilir⁶⁰¹.

Bern Sözleşmesi 6 ncı mükerrer maddesinin tekrarı olan, FSEK m.16/ f. 1 ve 3 gereği, eser sahibinin izni olmadıkça eserde, eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz. Eser sahibinin izni olsa bile, onun şeref veya itibarını yahut eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmelere karşı gelme hakkı saklıdır. Bu sayede, eser sahibine eseri ile bağlantılı kişilik hakkını koruması amacı ile tanınmış olan manevî hakkı güvence altına alınmış olacaktır⁶⁰². FSEK m. 16/f. 2 gereği işlenme, çoğaltma, temsil veya yayın tekniği icabı gerekli görülen haklı sebeplerle zorunlu değişiklikler ise eser sahibinin izni olmadan da yapılabilir⁶⁰³.

İşveren, izinsiz olarak çalışanının eserini kendi adına yayımlayamaz veya değişiklik yapamaz. Esinlemede de yazarına atıf yapılarak kaynak gösterilmesi, eser sahibinin adının belirtilmesi gerekir. Eserde değişiklik yapılması, eserde yazar adının

⁶⁰¹ 11. HD. T. 14.07.2006, E. 2005/5095, K. 2006/8411, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, s. 144-147; MERDİVAN, a.g.m., s. 103.

⁶⁰² TEKİNALP, korumanın “*eser bağlamında kişilik hakkı*” için olduğunu ifade ederken, AYİTER, korunmak istenenin eser sahibinin şahsiyet hakkı değil, onunla eseri arasındaki kişisel ve manevî ilişki olduğunu ifade etmiştir. TEKİNALP, a.g.e., s. 155; AYİTER, a.g.e., s.121.

⁶⁰³ Yargıtay, mimari eserde eski halin iadesi mümkünse, değişikliğin giderilmesi kamunun ve malikin menfaatlerini ihlal etmediği takdirde eski hale getirmenin mümkün olacağını, aksi halde eser sahibinin özgün eserdeki değişikliğin kendisi tarafından tanıtılmasını veya eserden kaldırılmasını isteyebileceğini, değişikliklerin tam olarak kaldırılmasını şartlara bağladığını, eski hale iadesinin mümkün olmasının eşyanın tabiatından doğduğunu, kanunun veya malikin menfaatleri gereği eski hale getirilme halinde eser esaslı surette zarara uğrayacaksa, değişikliğin kaldırılmasının haklı görülmeceğini belirtir. 11. HD. 06.07.1998, E. 1998/3202, K. 1998/5147, TEKİNALP, a.g.e., s.171; EREL, a.g.e., s. 125 vd.;Mezun olurken diploma projesi olarak duvara yaptığı rölyefin ve bahçeye yaptığı metal heykelin davalının fakülte dekanlığı döneminde rölyefin kırılarak üzerine suntalem panellerle kapatılması, heykelin sarmaşıklarla tamamen kapatılmasında eski hale iade talebinde davacının eser sahibi olarak men yetkisinin bulunduğu, 1 yıllık saklama süresi sonucunda davacının eserlerini teslim alması için bir bildirimde bulunulmadığından bahisle davanın kısmen kabulü, manevi hak ihlalinin tespiti, rölyefin onarılarak eski hale getirilmesine dair verilen karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T. 28. 11.2013, E. 2013/6897, K. 2013/21602, www.uyap.gov.tr, Erişim T. 12. 02. 2017.

belirtilmemesi manevî hak ihlalidir⁶⁰⁴. Eser sahibi, adının belirtilmesi hakkından sözleşme ile vazgeçemez⁶⁰⁵.

a.Manevi haklarda koruma süresinin bulunup bulunmadığı hususu

Kanunda sayılan manevî hakları kullanma ve tasarrufta bulunma yetkisi sadece eser sahibine aittir. FSEK m. 27 hükmünce eser sahibine tanınan malî hakların korunma süresi eser sahibi yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren de 70 yıl devam eder. Manevî haklara ilişkin koruma süresi doktrinde tartışılmaktadır. TEKİNALP, mali haklara ait 70 yıllık sürenin manevi haklara kıyasen uygulanamayacağını savunur⁶⁰⁶. BOZBEL ise monist teorisinin etkisi ve AB düzenlemeleri ışığında 70 yıllık koruma süresinin burada da geçerli olduğunu, bazı AB ülkelerinde de bu şekilde uygulandığını, FSEK m. 19/f. 2 ve f. 4 ile kişilik haklarının korunmasına ilişkin genel hükümler kapsamında korumanın sağlanabileceğini savunur⁶⁰⁷. ÖZTAN da bu görüşü paylaşarak eser sahibinin ölümünden sonra ise FSEK m. 19 f. 1’de düzenlenen kimselerin süreli olarak manevî haklardan yararlanacağını belirtir⁶⁰⁸.

Kanaatimizce monist teori yaklaşımına göre mali ve manevi hakların bir bütün olması aslında tek bir hak olduğu ve devredilememesi de dikkate alındığında mali haklardaki 70 yıllık sürenin burada da uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmasını haklı ve gerekli kılar. Bu sürenin sınırsız olduğuna dair kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Kaldı ki FSEK m. 19/f. 2’de 4630 sayılı Kanunla değişik “Eser

⁶⁰⁴ “... davalı bankanın çalışmasında davacı tezinden esinlenildiği ve bu durumun FSEK’e aykırı olmadığı, aksinin kabulü halinde dahi taraflar arasında iş sözleşmesi bulunması ve davacının, davalı tarafından görevlendirilmesi karşısında, tazminat talebinde bulunulamayacağına dair...”. 11. HD. T. 17. 04. 2003, E. 2002/11286, K. 2003/3882, SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 233

⁶⁰⁵ DREIER, SCHULZE, prg 13 Rn. 25, karşı. LG München I ZUM 2003, 64, 66; Alman hukukunda daimi ilişki içeren bir sözleşmede adın belirtilmesinden feragat hükmünün en fazla 5 yıl geçerli olduğu belirtilir. BÜSCHER, DITTMER, SCHIWEY, Haberstumpf, prg 14 Rn. 8, (BOZBEL, a.g.e., s. 160’dan naklen); TEKİNALP, a.g.e., s. 170.

⁶⁰⁶ TEKİNALP, a.g.e., s. 168; Aynı görüşte KILIÇOĞLU, a.g.e. s. 357; ARSLANLI, a.g.e., s. 168; EREL, a.g.e., s. 288; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 418; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1894.

⁶⁰⁷ BOZBEL, a.g.e., s. 226; Aynı görüşte BELLİCAN, a.g.t., s. 301.

⁶⁰⁸ ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 619.

sahibinin ölümünden sonra yukarıdaki fıkra da sayılan kimseler eser sahibine 14, 15 ve 16 ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl kendi namlarına kullanabilirler.” hükmü de bu yaklaşımı destekler niteliktedir.

b.Manevi hak ihlali ile kişilik haklarının ihlali arasındaki ilişki

Manevî hak ihlallerinde açılan davada tazminata hükmedilirken hakim hangi manevî hakkın ihlal edildiğini kararında belirtmelidir. Manevî haklara tecavüz, aynı zamanda eser sahibinin kişilik haklarını da ihlal ediyorsa, manevî tazminat talep edenin bunu açıklayarak ispatlaması veya TBK m. 58 hükmüne dayanarak, ayrı bir dava açması gerekir⁶⁰⁹. Manevî haklara tecavüz aynı zamanda kişilik hakkına tecavüz de oluşturuyorsa TBK m. 58 hükmü uygulanır⁶¹⁰.

Kişilik haklarının ihlali halinde de zarar görene tazminat talep hakkı tanınmaktadır⁶¹¹. Hukuka aykırı hareket esere değil de sahibinin kişiliğine yönelik ise

⁶⁰⁹ EREL, a.g.e., s. 304, 305.

⁶¹⁰ Manevî tazminat davası ile tecavüz dolayısı ile duyulan üzüntünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır. Yargıtay 11. HD. manevî tazminatın zarar görene tanınmış olan bir tazmin şekli olduğunu, kişinin; sosyal, fiziksel ve duygusal kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda öngörülen ve amacının kişinin hukuka aykırı olan eylemden dolayı bozulan manevî dengesinin eski haline dönüşmesini, duygusal olarak tatmin edilmesi, zarar vereni bir daha böyle bir eylemde bulunmaktan alıkoyması gibi olguları karşıladığını, kişinin çekmiş olduğu fiziksel ve manevî acıları dindirmeyi, hafifletmeyi amaçladığını, bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığı olduğunu belirtir¹¹.HD. T. 18.09.2008, E. 2007/7817, K. 2008/10176, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2110’dan naklen); TEKİNALP, a.g.e., s. 327-329; ARIDEMİR, a.g.e., s. 203.

⁶¹¹ EREL, a.g.e., s. 306; ARIDEMİR, a.g.e., s. 201; Yargıtay, manevî tazminatın, zarar görene tanınan, kişinin sosyal, fiziksel ve duygusal kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda öngörülen bir tazminat türü olduğunu, amacının kişinin, hukuka aykırı olan eylemden dolayı bozulan manevî dengesinin eski haline dönüşmesi, kişinin duygusal olarak tatmin edilmesi, zarar vereni bir daha böyle bir eylemde bulunmaktan alıkoyması gibi olguları karşıladığını ve kişinin çekmiş olduğu fiziksel ve manevî acıları dindirmeyi, hafifletmeyi amaçladığını ve bu tazminatın bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığı olduğunu belirtmektedir. 11.HD. T. 18.09.2008, E. 2007/7817, K. 2008/10176;4. HD, T. 03.11. 2008, E. 2008/3002, K. 2008/13331, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 02.05.2013.

FSEK hükümleri değil, borçlar hukukunun genel hükümleri uygulanır⁶¹². Yargıtay, FSEK m. 70/f. 1'e dayanan manevî tazminat davalarını TBK m. 58 hükmüne dayanan tazminat davasındaki taleplerden farklı görmemektedir⁶¹³. Manevî hakların içeriğinde eser sahibinin kişiliğini ilgilendiren kısımlar da olmakla birlikte iki hükmün yaptırıma bağladığı menfaatler birbirinden farklıdır. Bu nedenle TBK 58 hükmü, FSEK m. 70/f. 1'in yerini dolduracak nitelikte değildir. FSEK m. 70/f. 1 hükmüne göre eser sahibinin manevî tazminat davası açabilmesi için manevî hakların ihlal edilmesi yeterlidir. Kişinin, ayrıca kişilik haklarının da tecavüze uğramış olması gerekmez⁶¹⁴.

FSEK de gösterilen haller dışında iktibas yapılmış ve kullanılan eser ve sahibinin adı belirtilse bile eser sahibi, Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak TBK'nun 58inci maddesindeki şartların gerçekleşmesi halinde manevî tazminat isteyebilir⁶¹⁵. Yargıtay, eski bir kararında adın belirtilmemesi durumunda manevî tazminat istenebileceğine karar vermiş ise de daha sonraki bir kararında bu hak ihlalini manevî tazminata hükmetmek için yeterli görmemiş, TBK 58'deki şartların

⁶¹² “...Eserleri yapan oluşturan sanatçı olan davacının, eserlerine yöneltilen sert eleştirilere katlanması gerektiği kabul edilse bile, somut olayda söylenen sözlerin sert eleştiri sınırlarının aştığı kabul edilmelidir...”. HGK. T. 18.01.2012, E. 2011/4-601, K. 2012/2; “... manevî hakların ihlali sebebiyle manevî tazminat davası açabilmek için eser sahibinin kişilik haklarının da tecavüze uğramış olması koşul değildir. FSEK'nın 70. maddesi, manevî tazminat istemini kişilik haklarının ihlalden bağımsız olarak hükme bağlamıştır. Bu bakımdan BK'nın 49. madde hükmünü, FSEK 70. maddesinin tamamlayıcısı veya onun yerine ikame edilecek bir hüküm olarak görmemek gerekir. Zira, bu iki hükmün yaptırıma bağladığı menfaatler birbirinden farklıdır. Zarar miktarının tayini hususunda hakim, BK'nın 42/2. maddesi hükmüne göre takdir yetkisine sahiptir..”. 11.HD.T. 06.03.2000, E. 2000/863, K. 2000/1762; Aynı Daire T. 25. 02.2003, E. 2002/10070, K. 2003/1592; Aynı yönde, YHGK T. 18.12.1981, E. 1980/1, K. 1981/2, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 11.03.2013.

⁶¹³ 1981 tarihli YİBK. “Fikrî hukuk kapsamında manevî haklara vaki tecavüzlerin de “kişilik hakları” gibi Anayasanın teminatı altında olduğu ve Medenî Kanun veya Borçlar Kanunundaki kuralların “manevî haklara” da uygulanacağını belirtmiştir.”. YİBK, T. 27.03.1981, E. 1980/1, 1981/2, (ERDİL, a.g.e., s. 578'den naklen).

⁶¹⁴ DEMİR, a.g.t., s. 96; 11. HD. 25.02.2003 T, ve E. 2002/1070, K. 2003/1592 sayılı kararında “manevî hakların ihlali nedeniyle manevî tazminat isteyebilmek için eser sahibinin kişilik haklarının da tecavüze uğramış olması aranmaz. FSEK m. 70 manevî tazminat istemini kişilik haklarının ihlalden bağımsız olarak hükme bağlamıştır. Bu bakımdan BK m. 49 u FSEK m. 70 hükmünün tamamlayıcısı veya onun yerine ikame edilecek bir hüküm olarak görmemek gerekir. Çünkü bu iki hükmün yaptırıma bağladığı menfaatler birbirinden farklıdır.” şeklinde görüş belirtmektedir. SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 811-813.

⁶¹⁵ YİBK, T. 18.02.1981, E. 1980/1, K. 1981/2, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 22.05.2013.

oluşmasını aramıştır⁶¹⁶. Oysa adın belirtilmemesi durumu FSEK m. 15 gereği bir manevî hak ihlali olup ayrıca kişilik haklarının ihlali gerekmemektedir.

AYİTER, FSEK m. 70/f. 1 hükmünün TBK m. 58'in bir tekrarı olduğunu, tek farkın Mülga Kanun m. 49'da yer alan “*şahsi menfaat*” deyiminin yerine “*manevî haklar*” konulmuş olmasından ibaret bulunduğu görüşündedir⁶¹⁷.

AKIN, FSEK m. 70' de özgün bir manevî tazminat davası düzenlendiğini, dava konusu ihlâlî kişilik haklarını zedelese de tazminatın gerekçesinin fikrî hukuktaki manevî haklara tecavüz olduğunu belirtir⁶¹⁸.

EREL, FSEK m. 70/f. 1 kapsamı, bir haksız fiil olduğu için TBK m. 49 vd maddelerindeki haksız fiillere ilişkin unsurların burada da aranacağını, manevî haklarda eser sahibinin kişiliğini ilgilendiren yönleri olmakla birlikte, FSEK. m.70'de yer alan manevî tazminat talebinin kişilik haklarının ihlâlinden bağımsız olarak hükme bağlandığını, TBK m. 58 hükmünün FSEK'in tazminat hükmünü tamamlayan veya onun yerine geçen bir hüküm olmadığını⁶¹⁹, hukuka aykırı haksız bir fiil, kusur, illiyet bağı ve zarar unsurlarının bulunması gerekeceğini savunur.

Bizim de kanaatimizce FSEK m. 70'de düzenlenen manevî tazminat kişilik haklarının ihlalden kaynaklanan tazminat taleplerinden farklı olup, birisi eser sahibinin manevî haklarının ihlaline dayalı iken diğeri eser sahibinin kişilik hakkının ihlalden kaynaklanmaktadır. Umuma arzedilmemiş bir eserin izinsiz çoğaltılıp piyasaya sürülmesi halinde eser sahibinin çoğaltma ve yayma haklarının ihlalinin yanı sıra eserin umuma arzına ilişkin manevî hakkının ihlal edilmesi ve duyduğu elem ve ızdırap nedeniyle manevî tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır.

Bir manevî hakkın ihlali, hem FSEK m. 70 hem de TBK m. 58 hükmünü ihlal ettiğinde doktrindeki hakim görüşe göre, manevî haklara tecavüz, kişilik hakkı ihlaline de sebep olmuşsa TBK m. 58 gereği ayrıca tazminat talep edilebileceği

⁶¹⁶ 11.HD.23.03.1978, E. 1978/687, K.1978/1437, YKD, C. V, S. 7/1979, s.1012-1013; 11.HD. T. 06.12.1999, E.1999/8619, K. 1999/9931, SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 810.

⁶¹⁷ AYİTER, a.g.e., s. 262; 6098 sayılı Kanun m. 58 ile bu hüküm “*kişilik hakkının zedelenmesi*” şeklinde değiştirilmiştir.

⁶¹⁸ AKIN, a.g.e., s.141.

⁶¹⁹ EREL, a.g.e., s. 305, 345; YASAMAN, (Fikir ve Sanat II), s. 20.

yönündedir⁶²⁰. Bir kısım yazar ise FSEK m. 70 ile TBK m. 58'in koruduğu hukukî kurumlar birbirinden farklı olsa da aynı zararın birden fazla kez tazmin edilemeyeceğini savunmaktadır⁶²¹. Kanaatimizce kişilik haklarının korunmasına ilişkin kişinin korunan hukuki menfaati ile manevî hakkının ihlaline dayalı Kanun ile özel olarak düzenlenmiş menfaatleri farklıdır. Ortada iki ayrı hukuka aykırılık mevcuttur. Şartları bulunduğu takdirde ikisinin de istenebilmesi gerekir. Bu nedenle bu son görüşe katılmak mümkün değildir.

Manevî hak ihlali kişilik hakkı ihlaline sebep olmadığı takdirde FSEK m. 70 hükmü uygulanır.⁶²² Kişinin davranışı hem borca aykırılık hem de haksız fiil oluşturuyorsa kişinin zararı sadece birinden dolayı tazmin edilecektir. Herhangi bir manevî hak ihlali bulunmadığı ve TBK 58 şartları bulunduğu takdirde kişi bu hükme göre manevî tazminat talep edilebilir⁶²³. FSEK m. 70 hükmündeki dava sonucu mahkeme, manevî hak sahibini haklı bulursa kural olarak bir miktar paraya hükmeder. Bunun yerine para dışında veya ek olarak başka bir tazminata da hükmedebilir.

⁶²⁰ TEKİNALP, a.g.e., s. 332; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 671; ERDİL, (**İşlenme**), s. 163; “...Eser sahibinin manevî haklarının ihlali yanında, eserin icrası ve başka yolla yayınlanması eser sahibinin manevî hakları yanında onun kişilik haklarını da ihlal etmiş olabilir. Bu hususlar Yargıtay Hukuk Bölümü İçtihadı Birleştirme Kurulunun 18/12/1981 gün ve 1980/1 Esas, 1981/2 Karar sayılı kararında geniş şekilde vurgulanmıştır. Eser sahibinin eseri üzerindeki manevî haklarının ihlali halinde istenebilecek manevî tazminata ilişkin düzenlemeler Fikir ve Sanat Eserleri Kanunda yer alırken, şahsi menfaatlerinin ihlali halinde istenebilecek manevî tazminat B.K. 49. maddesine bırakılmıştır ...“..Somut olayda davacı, şiirin okunma tarzı ve şiiri canlandıran Sibel Can'ın davranışlarının eser sahibinin kişilik haklarına tecavüz ettiğini ileri sürerek manevî tazminat talep etmiştir. Dosyada mevcut kaset çözümü ve bilirkişinin 26/3/1999 tarihli raporunda şairin adından programda övgüyle bahsedilip, eser sahibi ve esere yönelik küçük düşürücü söz, şöhret ve itibarını zedeleyici tavrın bulunmadığı anlaşıldığından yukarıda anılan Yargıtay İçtihadı Birleştirme ve B.K.49 maddesinde yazılı eser sahibinin kişilik haklarına saldırı söz konusu olmadığından direnme kararının, bu gerekçelerle bozulması gerekir.” HGK, T. 01.05.2002 E. 2002/11-283, , K. 2002/340.

⁶²¹ SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 799; İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m., s. 97.

⁶²² ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 670.

⁶²³ ÖNGÖREN, a.g.e., s. 407; İNCEOĞLU, TOSUN, a.g.m., s. 98.

c.Manevi hak ihlalinde maddi tazminat davasının açılıp açılmayacağı hususu

4110 sayılı Kanun’la Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yapılan değişiklik ile eser üzerindeki manevî hakların ihlâl edilmesi durumunda, sadece manevî tazminat davası açılabileceği düzenlenmiştir. Değişiklik öncesi, manevî hakkı ihlâl edilen hak sahibi, gerek maddî, gerekse manevî tazminat davası açabilmekte idi. Yapılan bu değişiklikte, kanun koyucunun manevî - malî hak ayrımıyla, manevî - maddî zarar veya manevî - maddî tazminat kavramları birbirine karıştırılmıştır. Kanun’daki bu hata doktrinde de eleştirilmektedir⁶²⁴.

KILIÇOĞLU, FSEK m. 70 hükmündeki maddî ve manevî tazminatın ayrı fıkralarda düzenlenmesinin, manevî haklara tecavüzde sadece manevî tazminat, malî haklara tecavüz halinde sadece maddî tazminat istenilebileceği şeklinde yorumlanabileceğini belirtir. Yazar, manevî hakkın eser sahibi ile eseri arasındaki ekonomik ve malî nitelik taşımayan bağılılığı ifade eden haklar olduğunu ve Alman FSEK m. 12 hükmündeki bu hakka eser sahibinin kişilik hakkı denildiğini, eser sahibinin manevî hakkının ihlalinin maddî zararına da yol açabileceğini belirterek eleştirmektedir⁶²⁵. Fikir ve sanat eserleri hukukuna özgü olan manevî ve malî hak ayrımının, borçlar hukukundaki maddî ve manevî tazminat ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır⁶²⁶. KILIÇOĞLU eserde eser sahibinden izinsiz olarak yapılan değişikliğin çok kötü olması nedeniyle, esere olan ilginin azalacağı ve buna bağlı olarak eserin yayımının da düşeceği durumunu maddi tazminat istenilebilmesine örnek olarak verir⁶²⁷. GÖKYAYLA ise böyle bir durumda TBK hükümlerine gidilebilmesinin mümkün olacağını belirtmişse de FSEK’in değişiklik yapılmamış

⁶²⁴ TEKİNALP, s. 333;BOZBEL, a.g.e., s. 625, 626;GÖKYAYLA, (Değerlendirme), s. 24.

⁶²⁵ KILIÇOĞLU, (Hukuksal Koruma), s. 57.

⁶²⁶ A.e, s. 82, 83; TEKİNALP, prg. 20, N. 97.

⁶²⁷ KILIÇOĞLU, (Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak), s. 83; KILIÇOĞLU, “Manevî Haklar”, s. 97.

halinin daha yerinde olduğunun, değişiklik sonrası madde metninin yanlış anlaşıldığı görüşündedir⁶²⁸.

Kanunda 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, 818 sayılı BK m. 49'daki değişikliğe uyum sağlama amacıyla yapılmasına rağmen maddî tazminatın kaldırılması gibi bir sonuç doğmuştur. Maddî tazminatın kaldırılması kanunun amaç edinmediği bir değişikliktir. FSEK m. 70 hükmü değişiklik öncesinde “*manevî hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa zarar ve ziyan; kusur ve tecavüzün ağırlığı icap ettiği takdirde, ayrıca manevî zarar adı ile bir paranın verilmesini dava edebilir.*” şeklinde iken, maddedeki zarar ve ziyan ifadesi çıkarılmış, madde metninin BK m. 49 hükmü ile aynı doğrultuda düzenlendiği belirtilmiştir. TBK ile FSEK kapsamındaki maddî ve manevî tazminat davalarının birbirine karıştırıldığı konusunda maddenin yazılışının hatalı olduğu, düzenlemenin amacı aştığı, maddî bir zararın söz konusu olduğu hallerde eser sahibinin TBK'nın genel hükümlerine veya sözleşmenin ihlali söz konusu olduğu hallerde yine TBK'da yer alan sözleşmelerin ihlaline ilişkin hükümlerine dayanarak tazminat talebinde bulunulabileceği konusunda doktrinde görüş birliği mevcuttur⁶²⁹. Malî hak ihlalinde manevî zarar oluşabileceği için kişi manevî tazminat isteyebileceği gibi manevî hakkı ihlal edilen kimse de maddî zararından dolayı maddî tazminat isteyebilir⁶³⁰. Umuma arz hakkının ihlali halinde, manevî tazminat yanında maddî bir zarar doğmuşsa eser sahibi maddî zararını da isteyebilir⁶³¹. Eser sahibinin manevî hakkının ihlalinde maddî zarar oluşabilir. Eser sahibinin eserinde rızası dışında yapılan değişiklik ile eserin ana temasının bozulması, eserin kötü şöhret yapması, bilim ve sanat camiasında eleştirilmesi ve bu nedenle eserin sürümünün azalması, çoğaltılan nüshaların elde kalması gibi maddî zararlar oluşabilir. Örneğin bilimsel bir eserin

⁶²⁸ GÖKYAYLA, (Değerlendirme), s. 25.

⁶²⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 333; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 408, 409; KILIÇOĞLU, “**Manevi Haklar**”, s. 26, 27; DURGUT, a.g.m, s. 1082; EREL, a.g.e., 347; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 800; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 673; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, a.g.e., C. III, s. 298, 299; OĞUZ, ÖZDEN, a.g.m. s. 961; YAVUZ, a.g.e., s. 552

⁶³⁰ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 139; “.. Yayın hakkını devralan naşir bunu sözleşmede kararlaştırılan süre ve tarzda kullanmazsa eseri kamuya sunma yahut eserin bütünlük ve özelliğini koruma hususundaki manevî haklar da ihlal edilmiş olabilir. Bu takdirde FSEK m. 70/f. 1'e göre manevî tazminat talebinde bulunmak mümkündür.” EREL, a.g.e., s. 348; ARSLANLI, a.g.e., s. 260.

⁶³¹ TEKİNALP, a.g.e., s. 297; ARSLANLI, a.g.e., s. 212; EREL, a.g.e., s. 347.

izinsiz olarak değiştirilip magazin ağırlıklı olarak piyasaya sürülmesi yazarın kariyerini etkilediği gibi satışları da düşürebilir. Bu durumda hak sahibi maddî tazminat talepli dava açabilir.

Mülga BK m. 49'da 3444 sayılı kanunla değiştirilmesi sonrası FSEK m. 70'den kusur ifadeleri ile birlikte zarar ve ziyan ifadeleri de kaldırılmış ve maddî zararın tazmini imkanı madde metninden çıkarılarak sanki manevî hakların ihlâlinde sadece manevî zarar talebine imkan veren bir düzenleme haline getirildiği görüntüsü oluşmuştur⁶³². Uyumlaştırma için yapılan maddî tazminat talep imkanını kaldıran bu durumda manevî hakların ihlâlî halinde maddî zarar da doğmuş ise, genel hükümlere başvurulup boşluk doldurulmaya çalışılarak TBK'nın haksız fiillere ilişkin hükümlerine dayanılarak maddî tazminat davası açılabilecektir⁶³³. Bunun için haksız fiil sorumluluğu şartlarının gerçekleşmesi ve hukuka uygunluk sebeplerinden birinin de bulunmaması gerekir⁶³⁴. Bu duruma rağmen yapılacak kanun değişikliğinde manevi hak ihlallerinde, gerektiğinde maddi tazminat talep edilebilmesine ilişkin açık düzenleme yapılması uygun olacaktır.

5846 sayılı FSEK'in mehzı UrhG § 97/f. 2 hem maddî hem de manevî tazminat taleplerini bir arada düzenlemektedir. UrhG § 97/f. 2'ye göre; *“kasıt veya ihmal ile bir fiil işleyen kişi, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür. Zararın hesaplanmasında, ihlalde ihlal edenin elde ettiği kazanç da dikkate alınır. Tazminat talebi, ihlal eden ihlal edilen hakkın kullanılmasını devir alsaydı ödemek zorunda olacağı makul bedel esas alınarak da hesaplanabilir. Eser sahibi, bilimsel eserlerin yazarları, fotoğrafçılar ve icracılar bir malvarlığı zararı dışındaki zararlarının giderimini, hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, para olarak talep edebilir”*⁶³⁵. Madde hükmünde manevî tazminat davası açma hakkı olan kişiler eser sahipleri, bilimsel eserlerin yazarları, fotoğrafçılar ve icracılarla sınırlanmıştır. Hükümde mirasçılardan söz edilmemekle birlikte manevî tazminat davası açma haklarının bulunduğu kabul edilmektedir. Madde, lisans alanların manevî tazminat açma hakkından da

⁶³² KILIÇOĞLU, “Manevî Haklar” s. 26-27

⁶³³ TEKİNALP, a.g.e., s. 333.

⁶³⁴ EREN, (Genel Hükümler), s. 784 vd; KILIÇOĞLU, (Borçlar Hukuku) s. 194 vd.

⁶³⁵ OĞUZ, ÖZDEN, a.g.m., s. 957.

bahsetmemiştir. Ancak hakkın ihlalinde tazminat talebinin eser sahipliğinden doğan kişilik haklarının ihlaline dayandırılmış olması ve manevî hakların kişilik haklarının bir türü olarak görülmesi nedeniyle lisans alanın manevî tazminat talep hakkı bulunmadığı savunulur⁶³⁶.

5. Malî Hakların İhlali Halinde Açılacak Maddi Tazminat Davası

Haksız fiilden doğan alacağın konusu, zararın tazminidir. Kişinin ekonomik varlığından ayrı bir de kişi varlığı bulunduğundan zarar kişinin isteği dışında gerek malvarlığı gerekse kişi varlığında meydana getirilen eksilmedir⁶³⁷. Kişinin fiil gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı durum ile fiil nedeniyle içinde bulunduğu durumun arasındaki fark zarar olarak değerlendirilir. Fark teorisi olarak adlandırılan bu hesaplamanın olumlu yanı ihlalle uygun illiyet bağı olan tüm kayıpların dikkate alınması; olumsuz yanı ise ihlal olmasaydı kaybedilmeyecek menfaatlerin tespit edilmesinin zorluğudur. Gayrimaddi malların ihlalinde ispat edilecek olumlu zarar çoğunlukla bulunamadığından kaybedilen kazanç hesaplaması ile zarar tespit edilmektedir⁶³⁸.

Alman hukukunda aynen tazmin kural iken nakten tazmin istisna oluşturur. BGB prg. 293/1’de bu hükme bağlanmıştır. Türk hukukunda ise aynen tazmin ile nakten tazmin ilkeleri eşit ağırlıkta olup hakime tazminat şekillerinden birine karar verme konusunda geniş takdir hakkı tanınmıştır⁶³⁹.

FSEK m. 21-25 ve 80 hükmünde eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerine tanınan malî hakların tecavüze uğraması halinde hak sahibi, maddî zarara ilişkin maddî tazminat davası açabilir⁶⁴⁰.

⁶³⁶ BGH 05.03.1971 I ZR 94/69 “Petite Jacqueline”; (GRUR 1971, s. 525-527); Jan Bernd NORDEMANN, Urheberrecht Kommentar zum Urheberrechtsgesetz (Nordemann/Nordemann/Nordemann), Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kohlhammer, Stuttgart 2008, UrhG § 97, N. 117-118, (OĞUZ, ÖZDEN, a.g.m., s. 958’den naklen).

⁶³⁷ Von TUHR, **Borçlar Hukuku C. I**, s. 80; OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 266.

⁶³⁸ MATSUKAWA, s. 35, (BELLİCAN, a.g.t., s. 549’dan naklen).

⁶³⁹ Von TUHR, PETER, s. 114, (EREN, **(Genel Hükümler)**, a.g.e., s. 797, 798’den naklen).

⁶⁴⁰ TEKİNALP, a.g.e., s. 335.

Zarar failin genel davranış kurallarına aykırı bir fiilinden doğmuş ise tazminat talebi haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümlere göre, failin bir borca aykırı davranışı yüzünden doğmuş ise borca aykırı davranıştan sorumluluk hükümlerine göre şekillenir. Fiil hem borca aykırılık hem de haksız fiil oluşturuyorsa, bu durumda hangi esasa dayanılacağı tartışmalıdır⁶⁴¹.

Eser sahibi maddî bir zarara uğramış ve malî hakkı ihlal edilmiş ise bu ihlal ile doğan zarar arasında uygun illiyet bağı da bulunuyorsa maddî tazminat talebinde bulunabilir. TBK m. 52/f. 1 gereği zarar görenin zararın doğmasında veya artmasında etkili olması halinde veya tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması halinde hakimin tazminatı indirebileceği veya tamamen kaldırabileceğini öngörür⁶⁴². Tüzel kişilerin organları, yardımcı kişi sayılmaz. TMK m. 50/f. 2'ye göre organın fiil ve davranışı tüzel kişinin fiil ve davranışı olup bu davranış kusurlu olduğu takdirde tüzel kişi kusur sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olur. Zarar gören tüzel kişinin organının ortak kusuru da tazminattan indirim sebebi olarak göz önünde tutulur⁶⁴³.

⁶⁴¹ VON TUHR, borca aykırılığa dayanma imkanı varken haksız fiil sorumluluğuna dayanılamayacağını savunur. TUHR prg. 46, I, 2. s. 407, dpn. 5, TUHR, ESCHER, prg. 68, s. 108, dpn. 90 vd.; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 902, 903; EREN, (**Genel Hükümler**), 1092, 1093; OĞUZMAN, BARLAS, a.g.e., s. 347, 348; Bazı yazarlar ise haksız fiil esaslarına üstünlük tanımaktadır. JAGGİ, Zum Begriff der vertraglichen Schadensersatzforderung Melanges W. Schönenberger, Fribourg 1968, s. 181 vd.;Hakim olan görüş şartları gerçekleşen iki sorumluluğa dayanan taleplerin yarışacağını ve mağdurun dilediği esasa dayanabileceğini kabul etmektedir. Jost, A., Zur Frage der Anspruchskonkurrenz, Schweizerische Juristenzeitung, 44(1948), s. 317 vd;Kemal Tahir GÜRSOY, “**Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)**”, AHFD 1974, C. XXXI, S. 1-4, s. 149 vd;TANDOĞAN, (**Mukayeseli Hukuk**), s. 537; Hüseyin HATEMİ, (**Sorumluluk**), prg. 14. N. 1 vd., N. 6; BGE 77 II 151, 64 II 254; JdT 1964 II 561; JdT 1974 I 462; JdT 1988 I3, (OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 292'den naklen).

⁶⁴² GÜMÜŞ, a.g.e., s. 789; “..Zarar gören tarafın zararın meydana gelmesine razı olması yahut kendi fiili ile zararın meydana gelmesine veya zararın artmasına yardım etmesi veya zararı meydana getiren kişinin durumunu ağırlaştırması durumunda, hakime hükmedilecek tazminatta indirim yapma veya tazminata hükmetmekten tümüyle kaçınma yetkisi tanımak suretiyle ortak(müterafik) kusurlu davranışın tazminata etkisini kabul etmiş bulunmaktadır. Zararla sonuçlanan hukuka aykırı bir davranışta bu maddenin uygulanabilmesi için, öncelikle ortak kusurun belirlenmesi gerekir. Bunun için de zarar görenin zarardan kaçınma görevini yerine getirmemesi ile ortaya çıkan davranışının objektif ölçülerle bir kusur sayılıp sayılamayacağı ve bu kusurun zararın meydana gelip gelmemesinde bir payı (illiyet bağı) olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. “YHGK. T. 21. 01. 2015, E. 2013/2074, K. 2015/550, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 21. 04. 2016.

⁶⁴³ GÜMÜŞ, a.g.e., s. 790.

FSEK m. 70/f. 2 uyarınca açılan dava ile haksız fiil oluşturan malî hak ihlali nedeniyle meydana gelen zararın tazmini istenir. Davanın şartları, zarar ve kusurun ispatı, tazminatın belirlenmesi ve indirilmesi, m. 61, 62 hükmündeki müteselsil sorumluluk, adam çalıştırmanın sorumluluğu, zamanaşımı gibi hususlarda haksız fiillere ilişkin TBK m 49 vd. hükümleri uygulanır⁶⁴⁴. Maddede sadece kusur şartından söz edilmekteyse de TBK m. 49 hükmündeki haksız fiillere ilişkin ihlalden doğan zarar, hukuka aykırılık, hak ihlali ile doğan zarar arasındaki illiyet bağı unsurlarının da aranması gerekir. Buna dair hükümler kıyasen uygulanır⁶⁴⁵. Ayrıca kusursuz sorumluluğun olduğu hallerde de özellikle TBK m. 66 hükmündeki adam çalıştırın hakkında dava açılabilir⁶⁴⁶.

Çoğaltma ve yayma hakkının ihlali nedeniyle ref davası açılmasında davacı, eserin çoğaltılmış nüshaları ile çoğaltmaya yarayan kalıpların imhasını ya da uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini talep etmişse geriye kalan zararı, ancak dava masrafları olacaktır⁶⁴⁷.

Eser sahibinin izni olmaksızın işleme eser meydana getiren kimse, eser sahibine karşı hak ileri süremese de üçüncü kişilere karşı eser üzerindeki hakkını ileri sürebilir⁶⁴⁸. Üçüncü kişiler, işlemenin izinsiz yapıldığı savunmasına dayanamazlar.

İşleme eser sahibinin hakkı devredilen hak ile sınırlıdır⁶⁴⁹. Sinema eseri, müzik, güzel sanat ilim ve edebiyat eserinin işlenmesi suretiyle meydana getirilmiş ise eser sahibinin adının jeneriğe konulması gerekir. Afiş ve fragmanlarda da eser sahibinin

⁶⁴⁴ TEKİNALP, a.g.e., s. 304; ARSLANLI, a.g.e., s. 220; EREL, a.g.e., s. 349; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 675, 676; Amerikan hukukunda da telif hakkı ihlallerinin haksız fiilden kaynaklandığına ilişkin karar için bkz. Fonovisa, Inc. V. Cherry Auction, Inc, 76 F.3d. 259, (Çevrimiçi) www.westlaw.com (ŞAHİN a.g.e., s. 183'den naklen); DURGUT, agm, s. 1086; İsviçre Borçlar Kanunu düzenlemesinde de aynı şekilde haksız fiile dayalı tazminat taleplerinde haksız fiilin gerektirdiği unsurları aranmaktadır. Art 62 Abs 2 URG, (DEMİRBAŞ, a.g.e., s. 164, 165'den naklen).

⁶⁴⁵ ARSLANLI, a.g.e., s. 220; ÖZTRAK, (**Fikir ve Sanat**), s. 82; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 668.

⁶⁴⁶ Madde “*mali hakları haleldar edilen kimse, tecaviüz edenin kusuru varsa haksız fiillere müteallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir.*” düzenlemesi ile haksız fiillere ilişkin hükümlere atıf yapmıştır. EREL, a.g.e., s. 305.

⁶⁴⁷ ÖZTRAK, a.g.e. s. 82; EREL, a.g.e., s. 349; BOZBEL, a.g.e, s. 580-581.

⁶⁴⁸ HIRSCH, a.g.e., C.II, s.71, 196; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 234.

⁶⁴⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 171. ; EREL, a.g.e., s. 136 vd.

adının yer alması gerekir. Filme ait ilan ve reklamlarda ise eser sahibinin adının bulunması zorunlu tutulamaz⁶⁵⁰.

Eser sahibinin izni ile eserin ekonomik amaçla işlenmesinden sonra eserin çoğaltma, yayma gibi işlemleri için yeniden izin gerekmez⁶⁵¹. FSEK'e 4630 sayılı Kanun'la eklenen m. 6/f. 2 b.11 ek ibaresindeki “*özgün eser sahibinin haklarına zarar getirmemek*” unsuru işlenmenin bir şartı olmayıp hukukî ve cezai müeyyidelere ilişkindir⁶⁵².

Kanun'da 22 nci maddenin önceki halinde eser sahibinin, işleme eserler üzerinde çoğaltma hakkına sahip olmasının eleştirilmesi sonucu, 4630 sayılı Kanun ile FSEK m. 22/f. 1'de yapılan değişiklikle, “*eserin aslı veya işlemelerin çoğaltılması*” ibaresi “*eserin aslı veya kopyalarının çoğaltılması*” olarak değiştirilmiş, fıkrada “*sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basma*” şeklindeki ifade yanıltıcı olduğundan çoğaltma olarak değiştirilmiştir⁶⁵³. ARSLANLI'ya göre eser üzerindeki işleme hakkının devrinden sonra işleyen kimse işlenmeden çoğaltma ile yararlandığında, izin almasına gerek olmadan çoğaltma hakkına sahip olması gerektiğinden bu düzenlemenin yerinin FSEK m. 21 olması gerekir⁶⁵⁴. FSEK m. 20/f. son hükmü gereği işleme eser sahibi kendisine tanınan malî hakları işleme hususunun serbest olduğu haller dışında, eser sahibinin izin verdiği nispette kullanır. Eser sahibinden izin alınmak suretiyle işlenen ve işleyenin hususiyetini taşıyan eser üzerinde amaca uygun olması ve işin niteliğinden doğması şartıyla işleme sahibinin de çoğaltma hakkı vardır. Çoğaltılması için de işleme eser sahibinden izin alınması gerekir⁶⁵⁵. Bir eserin aslı veya işlenmeleri için tanınan koruma süreleri birbirinden bağımsızdır⁶⁵⁶.

⁶⁵⁰ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 311-314; TEKİNALP, a.g.e., s. 169.

⁶⁵¹ ÜSTÜN, (**Çevirmen Hakları**), s. 110.

⁶⁵² SULUK, ORHAN, a.g.e., 233; TEKİNALP, a.g.e., s. 133-136.

⁶⁵³ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 645, 646; Eserin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır.

⁶⁵⁴ ARSLANLI, a.g.e., s. 97; KAYA, “**Bilgisayar**”, s. 436, dpn. 35.

⁶⁵⁵ EREL, a.g.e., s. 135; TEKİNALP, a.g.e., s. 184.

⁶⁵⁶ YAVUZ, a.g.e., C. I, s. 173.

UrhG’de 1995 yılında yapılan değişiklikle yayma hakkı yeniden düzenlenmiş ve Kanunun m.17’e eklenen 3üncü bendinde kiralama için verilen tarifte kazanç elde etmek ibaresi geniş yorumlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında mimari eserlerin veya uygulamalı güzel sanat eserlerinin kapsam dışı olduğu belirtilir. Bunların orjinallerinin veya çoğaltılmış nüshalarının kullanımının bir kimseye bırakılması kiralama sayılmayacaktır. FSEK m. 23’ de yapılan değişiklik ile UrhG 17/III ikinci cümlesindeki gibi düzenleme olumlu olmuştur⁶⁵⁷.

Eser sahibi yayma hakkını süreli, süresiz, ivazlı veya ivazsız devredebilir veya ona sınırlama getirebilir. TBK m. 496 hükmü gereği sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça yayımlatan bedel ödenmesini isteyebilir.

Kiralama hakkına, bir filmin VCD’nin kiralınması, ödünç verme hakkına ise kütüphanelerin ödünç kitap vermesi örnek olarak gösterilebilir⁶⁵⁸. Ödünç verme de sınırlı süreli, doğrudan ya da dolaylı kazanç sağlama amacı olmadan kullanımın bir başkasına bırakılması söz konusudur⁶⁵⁹.

Uluslararası bir birlik sağlanması amacıyla FSEK, bilgisayar programlarını kapsayacak şekilde değiştirilmiş, uluslararası sözleşmelere uyularak FSEK kapsamında korunmada birlik sağlanmıştır. Bu bağlamda, hak ihlallerinde de program sahibinin mali veya manevî haklarına verilen zararların tazmini için tazminat davası açılabilir⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 373.

⁶⁵⁸ BOZBEL Alman FSEK prg. 17’de kiralamanın zaman bakımından sınırlı, doğrudan ya da dolaylı olarak kazanç elde etmeye yönelik eserin kullanımının başkasına bırakılması olarak tanımlandığını, dolaylı olarak kazanç elde etme deyimini ile daha geniş bir kapsam getirdiğini belirtir. Büscher, Dittmer, Schiwy, Haberstumpf, prg. 17 UrhG, Rn. 19, (BOZBEL, a.g.e., s. 115’den naklen);TEKİNALP, a.g.e., s. 186; Mustafa ATEŞ, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Ankara 2003, s. 172.

⁶⁵⁹ BOZBEL, a.g.e., s. 116, 117.

⁶⁶⁰ Telif haklarına ilişkin düzenlemeler Bern Sözleşmesi ve Dünya Ticaret örgütünü kuran anlaşmanın TRIPs eki, Bilgisayar Programlarının Hukukî Korunmasına İlişkin AT Direktifidir. Council Directive (91/250EEC) of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs (1991) ATRG, L 122/42.

a.Taleple bağılılık

Yargılama esnasında, HMK m. 26 gereğince hâkim tarafların talepleri ile bağılıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez⁶⁶¹. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir. Hâkimin, tarafların talebiyle bağılı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır⁶⁶².

b.Geçici ödeme

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK m. 76 hükmüne göre zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı deliller sunması, ekonomik durumunun da gerektirmesi ve talep etmesi halinde, hâkim davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilecektir. Hakkı ihlal edilen kimse bu talebinin, tek seferde yahut bölümler halinde ödenmesini isteyebilir⁶⁶³. Yeni Borçlar Kanunu ile getirilen bu hüküm fikri haklara ilişkin ihtisas mahkemelerinde pek sık uygulama alanı

⁶⁶¹ “..Dava dilekçesinde davaya konu E... B... adlı kitap sebebiyle telif hakkı devri bulunmaksızın gerçekleştirilen toplam dokuz adet baskı için FSEK’nun 68 ve 70. maddeleri uyarınca tazminat isteminde bulunulmuştur. Mahkemece yapılan yargılama neticesinde ilk altı baskının davacının bilgi ve rızası dahilinde gerçekleştirildiği, sonrasına yapılan 7, 8, 9 ve 10. baskılar yönünden davacının rızasının ve yasal hakların devrine dair sözleşmenin bulunmadığı kabul edilerek yazılı şekilde karar verilmiştir. Mahkemenin davaya konu E... B... adlı kitabın ilk altı baskısı dışındaki baskıların rıza dışında gerçekleştirildiğine dair kabulü yerinde ise de, davaya konu kitabın 10. baskısı yönünden açılmış bir dava bulunmamaktadır. Bu husus gözetilmeyip talep aşularak 10. baskı sebebiyle de ödenmesi gereken tazminatın maddi tazminat hesabına dahil edilmesi ve buna bağılı olarak manevi tazminat miktarının tayini de isabetsiz olup kararın bu sebeple temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir.” 11 HD. T. 07. 12. 2015, E. 2015/5785, K. 2015/13029 , www.kazanci.com.tr, Erişim T. 09. 05. 2016.

⁶⁶² YHGK nun 2003 tarihli kararında; “.. Kısmi ve ek davanın tamamen kabulüne ilişkin mahkeme kararı alacağın dava edilen ve dolayısıyla hükmedilen kesime ilişkindir. Davacıların açıklanan istekleri ek davadaki dava değeri olarak yaptıkları belirleme ve buna yönelik işlemler birlikte değerlendirildiğinde birlikte davacıların açtıkları ikinci davanın ek dava olduğu bu ikinci davada 68/1 maddesinde yazılı “rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç katını” talep etmedikleri sonucuna varılmıştır. Davacının saklı tuttuğu bu kesim hakkında usulüne uygun açılmış bir dava bulunmadığından mahkemenin dava yoluyla önüne getirilmemiş bir konuda karar vermesi usulen mümkün değildir.” YHGK. 02.04.2003 T, E. 2003/4-2003/260, K. 2003/721. KAÇAK, a.g.e., s. 321.

⁶⁶³ ERDİL, a.g.e., s. 156; EREL, a.g.e., s. 340; ŞAHİN, a.g.e., s. 170; 11.HD.T. 28.04.2005, E.2004/6148, K. 2005/4334.(Çevrimiçi) www.kazanci.com; EREN, (Genel Hükümler), s. 802.

bulmamaktadır. Çünkü açılan davalarda zararın tazmininin yanı sıra çoğunlukla eser sahipliğinin tespiti, tecavüzün ref'i, men'i ve ihtiyati tedbir kararları birlikte talep edilmekte davanın başında zararın artmasını önleyici birtakım tedbir kararları alınarak uygulanmaya başlamaktadır. Haksız fiillere dayalı ihlallerden dolayı açılan tazminat yahut üç katı bedel talepli davalar, çoğunlukla belirsiz alacak davası şeklinde küçük miktarlar için açılmakta yargılama sırasındaki bilirkişi incelemeleri sonucu hüküm altına alınacak miktar belirlenebilmektedir. Bu nedenlerle kanaatimizce maddi tazminat, elde edilen kazanç veya üç katı bedel talepli davalarda geçici ödeme talepleri yapılabilirse de uygulamada pek rastlanılmamaktadır.

Geçici ödemeye hükmedilebilmesi için zarar gören davacı davasını açarken veya sonrasında mahkemeye haklılığını gösteren inandırıcı deliller sunmalı, zarar görenin ekonomik durumunun geçici ödemeyi gerektirmesi, hakimden talepte bulunması, geçici ödemeye hükmolunurken davalının durumunun da gözönünde tutulması gerekir⁶⁶⁴. Dava sonunda yapılan geçici ödeme hükmedilen tazminata mahsup edilir. Davalıya iade gerekirse hükümde hakimce aynı hükümde belirtilir. Geçici ödeme haksız fiillerden dolayı açılan davalarda olduğu gibi sözleşmeye dayanan tazminat davalarında da talep edilebilir⁶⁶⁵.

6.Tazminatın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu

6100 sayılı HMK'da da kısmi dava açma imkanı bulunmaktadır. Maddi tazminat davasında fazlaya ilişkin hak saklı tutulmuşsa, oluşan zarar ile talep arasındaki fark daha sonra talep edilebilir. HMK m. 109 hükmü; "*Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir. Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz. Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Bir alacağın tümü için tam dava açma imkanı varken bir kısmı için açılan dava kısmi davadır. Dava dilekçesindeki açıklamalardan davacının alacağının daha fazla

⁶⁶⁴ OĞUZMAN, ÖZ, (Borçlar Hukuku), C. 2, s. 134, 135.

⁶⁶⁵ A.e., s. 135.

olduğu anlaşılıyorsa “fazlaya ilişkin haklarını saklı tutması” ya da “alacağın şimdilik şu kadarını dava ediyorum” şeklinde talepte bulunması yeterlidir⁶⁶⁶.

HMK m. 107/f. 1 hükmü gereği, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı hukukî ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir. Davacı, araştırma sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir. Fikrî haklara ilişkin taleplerde dava açılırken talep miktarının belirli olmaması, yargılama esnasında bilirkişilerce miktarın belirlenmesi nedeniyle 01. 10. 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK’nın getirdiği belirsiz alacak davası ile davacı gereksiz yere yüksek harçlar ödemesine gerek kalmadan davasını açabilecektir. Haksız rekabet nedeniyle tazminat davası, patent haklarının, markaların, endüstriyel tasarımların korunmasında yoksun kalınan kazanç, FSEK’e göre talep edilen tazminat, belirsiz alacak davası yoluyla talep edilebilir⁶⁶⁷. Tazminat davaları ve 68inci maddede düzenlenen davalarda hakkı ihlal edilen kimse, bu miktarı bir defada veya birden fazla dava ile isteyebilir⁶⁶⁸.

Haksız fiillerde, kişinin sorumluluğunun, birden çok sebebe dayanması halinde, TBK m. 60 hâkime zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya Kanun’da aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi tazmin imkanı sağlayan sorumluluk sebebine

⁶⁶⁶ YHGK. T. 02.04.2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 12. 06. 2013.

⁶⁶⁷ Belirsiz alacak davalarında, zamanaşımı süresi sadece dava konusu edilen alacak tutarı için değil, dava tarihi itibarı ile belirlenemeyen tüm alacak tutarı için kesilmiş olur, Yargılama sırasında oluşacak duruma göre talep sonucu, ıslaha ya da karşı tarafın muvafakatine gerek olmaksızın arttırılabilir. Hakan PEKCANITEZ, **Belirsiz Alacak Davası**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 84-87.

⁶⁶⁸ “...Maddede yer alan tazminatın türü bütünlük taşıyan, bölünemezliği içeren türden bir tazminat değildir. Bunun içindir ki zarar gören, bu zararını bir defada ve bir dava ile isteyebileceği gibi, usul ve maddî hukuk kurallarına uymak koşulu ile, birden fazla dava ile ve bölümler halinde de isteyebilir. Eldeki davada davacı, ilk davada geriye kalan zararını istemiştir. Şu durumda, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak dava açan davacının zararın üç kat fazlasını ilk davada istemediğinden bahisle üç kat fazla zarara hükmedilemeyeceğine ilişkin, yerel mahkemenin gerekçesi yerinde değildir...” 4. HD. T. 30. 09. 2002, E. 2002/5472, K. 2002/10458, KAÇAK, a.g.e., s. 308.

göre karar verme imkanı tanımıştır. 818 sayılı Kanun'da olduğu gibi ıslah yolu ile dava değerinin arttırılması, HMK m. 179 hükmünce de mümkündür⁶⁶⁹.

Davacı davayı kazanabileceğine emin değilse veya alacak miktarı likit değilse ve bir bilirkişi incelemesi ile hesaplanması gerekiyorsa alacağın bir kısmı için dava açarak daha az yargılama gideri ile haklı olup olmadığını ve hak ettiği miktarı öğrenir. Kısmi dava sonrasında ek dava açabilir. Davacının alacağı miktarı bölerek her parçası için ayrı bir kısmi dava açmasında korunmaya değer bir hukukî yararının olup olmadığı, bunun hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi gerekip gerekmediği, somut olayın özelliğine göre her davada ayrı ayrı değerlendirilir. Hukuk sistemimizde de, Alman İsviçre ve Avusturya hukuk sisteminde olduğu gibi kısmi dava açılması mümkündür⁶⁷⁰.

Manevî tazminat bir bütün olduğundan kısmi dava açılabilmesinin bir istisnasıdır. Duyulan acı ve üzüntünün karşılığı dava yoluyla belirlenip, karşı tarafa bildirildikten sonra miktarın arttırılması yeni bir dava ile dahi olsa mümkün değildir. Kısmi davanın tamamen kabulüne ilişkin karar sonradan açılan ek davada yanlar arasındaki hukukî ilişkinin mevcudiyeti açısından kesin delil oluşturur. Kısmi dava karara bağlanmadan önce ek dava açıldığında, mahkeme birleştirme kararı vermelidir. Farklı mahkemelerde dava açılmışsa muvafakat alınmak suretiyle birleştirme yahut ek davanın asıl dava açısından bekletici mesele yapması gerekir⁶⁷¹.

7. Tazminatın İndirilmesi

Mali hakları ihlal edilen eser sahibi FSEK m. 70/f. 2 gereğince tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere ilişkin hükümlere dayanarak zararının tazminini talep edebilir⁶⁷². Bu davalarda ise amaç, eser sahibi veya hak sahiplerinin malvarlığı veya şahıs varlıklarında meydana gelen zararların giderilmesidir.

⁶⁶⁹ Dava miktarının ıslahla arttırılamayacağına ilişkin HUMK'un 87/son fıkrası AYM nin 1999/1-33 sayılı ve 20.09.1999 günlü kararı ile iptal edilmiş, bu tarihten sonrası mümkün hale gelmiştir

⁶⁷⁰ Baki KURU, **Hukuk Muhakemeleri Usulü** Altıncı Baskı, C. 2, s. 1515.

⁶⁷¹ A.e., C. 2, s. 1515.

⁶⁷² TBK m. 530 "*işin işgörenin menfaatine yapılması halinde*" başlığı ile "*İş sahibi kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; Ancak*

Tazminatta indirim sebepleri TBK ve diğer bazı özel kanunlarla düzenlenmiştir. En önemli indirim sebepleri TBK m. 51/f. 1 ve 52’de düzenlenmiştir⁶⁷³.

Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise TBK m. 52 gereğince hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir⁶⁷⁴. TBK m. 52/f. 2 gereğince de zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir⁶⁷⁵. Davacının müterafik kusuru da tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olacaktır. Zarar gören kendi kusuru ile zararın doğumuna sebep olabileceği gibi haksız fiil sonrası zararın artmasını önleyecek veya sınırlayacak önlemler almayarak zararın artmasına da sebep olduğu takdirde ortak kusur mevcut sayılacaktır⁶⁷⁶.

Meydana gelen zarara neden olan olayın normal sonucu olarak zarar gören hak sahiplerine birtakım faydalar sağlanmışsa bu faydaların tazminat hesaplanmasında gözönüne alınarak indirilmesi gerekir. Aksi takdirde bu fiil sonucu zarar gören taraf zenginleşir. Faydaların indirimi, ancak zararı meydana getiren olaya bağlı faydalar için kabul edilir⁶⁷⁷.

zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür” hükmünü içerir.

⁶⁷³ EREN, a.g.e., s. 785.

⁶⁷⁴ OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 120 vd; EREN, (**Genel Hükümler**), s. 751 vd; GÜMÜŞ, a.g.e., s. 789.

⁶⁷⁵ OFTİNGER, I, s. 261 vd; MERZ OR, s. 216, (OĞUZMAN, ÖZ, C. II, s. 118’den naklen); TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 590 vd.; “*Somut olayda zararın miktarı belirlenemiyorsa haksız rekabetin varlığı halinde BK. 42 ve 43 maddesine göre ılımlı ve makul bir tazminata hükmedilmelidir.*” 11.HD. 27.01.2004, E. 2003/6600, K. 2004/758. SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 856; “*...mahkemece davalının basiretli tacir olarak davranıp posterin yayını için davacıdan izin almadığı, haber maksadının aşıldığı, izlenme oranı yüksek bir diziye ait karakterlerin posterlerinin dergi ekinde ücretsiz dağıtılmasının dergi trajını yükselteceği ve somut olayın diğer özellikleri dikkate alınarak BK’nun 42. maddesi uyarınca daha makul oranda bir tazminata karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde düşük miktarda tazminata karar verilmesi doğru görülmemiş, ...*”. 11. HD, T. 17.03.2011, E. 2009/4380 K. 2011/2851; “*...manevî tazminatın amacı bir tarafı zenginleştirme diğer tarafı ise cezalandırma olmadığı kuşkusuz olup, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, davacı ile davalıların eserlerinin ve ihlalin kapsamı, tecavüzün biçimi dikkate alındığında FSEK’nun 70. maddesi uyarınca mahkemece, daha ılımlı bir manevî tazminata hükmedilmesi gerekirken...*” 11. HD, T. 25. 01. 2010, E. 2008/9569, K. 2010/712. www.uyap.gov.tr. Erişim T. 25.10.2015.

⁶⁷⁶ EREN, (**Genel Hükümler**), s. 791.

⁶⁷⁷ DESCHENAUX, TERCIER, (Çev. Salim Özdemir) a.g.e., s. 180.

6100 sayılı TBK’nda zararın ve kusurun ispatı başlıklı m. 50 hükmünce, “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.” şeklinde düzenlemiştir⁶⁷⁸.

Yine TBK m. 51 “Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.” hükmü ile tazminatın ne şekilde belirleneceğini düzenlemiş ve tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedildiği takdirde, borçlunun güvence göstermekle yükümlü olduğunu düzenlemiştir⁶⁷⁹.

Somut olayın özelliğine göre hakim hafif veya çok hafif kusurda hakkaniyet düşüncesi ile tazminattan indirim yapabilir. Özellikle gerçekleşen zarara oranla kusurun çok hafif olması halinde bu yola başvurulabilir⁶⁸⁰.

Zarardan faydaların indiriminde uygun nedensellik bağı aranır. Bu hayatın olağan akışı ve yaşam tecrübelerine göre zarara sebep olan olaydan ötürü ortaya çıkan tüm faydalar için kabul edilir⁶⁸¹. Tarafların iradesi veya işin niteliği faydaların indirimine engel olamaz⁶⁸². Ortak kusur da tazminatta bir indirim sebebi olabilir. Burada bahsedilen kusur zarar görenin kusurudur. Zarar görenin yardımcılarının kusuru da bizzat zarar görenin kusuru gibi değerlendirilir. Ortak kusur makul bir kimsenin kendi yararına kaçınmak zorunda olduğu özensiz bir hareket tarzıdır. Zarar görenin ortak kusuru tespit edilirken aynen zarar verenin kusurunda olduğu gibi objektif kusur kriterine başvurulmalıdır⁶⁸³.

⁶⁷⁸ KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 414.

⁶⁷⁹ Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa, Adalet Bakanlığı 2011, s. 15; “.. hakimın özel durumları dikkate alarak hükmedeceği manevî tazminat miktarı, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen dahi olsa telafi etmeye elverişli, makul ve adalete uygun olmalıdır. Somut olayda ise mahkemece davacılar yararına takdir edilen manevî tazminat miktarı, olayın meydana geldiği tarih, olayın oluş şekli, davacıların Sebahattin'in kendisinin de kazada yaralanmış olması, tarafların ekonomik ve sosyal durumları dikkate alındığında, yukarıda açıklanan ilkelere uygun düşmemektedir.”. 11. HD. T. 11.1.2010, E. 2008/8804, K. 2010/100.(Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 11.03.2013.

⁶⁸⁰ MERZ, OR, s. 220 vd., (EREN, a.g.e., s. 786’dan naklen); DESCHENAUX, TERCİER, s. 244;TANDOĞAN, **Mesuliyet**, s. 316.

⁶⁸¹ DESCHENAUX, TERCİER, a.g.e., s. 180.

⁶⁸² TANDOĞAN, **Mukayeseli Hukuk**, s. 269.

⁶⁸³ EREN, a.g.e., s. 594, 788;GÜMÜŞ, a.g.e., s. 789.

Fikrî hak ihlallerindeki tazminat davalarında Uluslararası sözleşmeler ve AB uyum sürecine ilişkin diğer ülkelerle paralellik sağlama çabaları sonucu tazminat miktarlarına bakıldığında, ölüm ve cismanî zararlara ilişkin mahkemelerce takdir edilen tazminat miktarlarına nazaran daha tatmin edici olduğu görülür. Bu çabalar esnasında abartılı şekilde uygulamalar da yapıldığı, kanuni düzenlemelerin ötesinde yorum yoluyla FSEK 68. maddesinde olduğu gibi abartılı şekilde Kanun'un uygulandığı görülmektedir. Örnek olarak mali hak ihlallerinde yapılan yargılamalarda rayiç bedelin üç katı bedel muhakkak uygulanması gerekirmiş gibi kusur durumuna göre takdiren indirim yapılmaksızın üst sınırdan uygulama yapıldığı ve Yargıtay'ın da bu şekilde uygulama yaptığı görülmektedir.

E. FARKLI TALEPLERLE BİRLİKTE AÇILAN MADDİ TAZMİNAT DAVASI

1. Tazminat Davasının Ref veya Elde Edilen Kâra İlişkin Dava ile Birlikte Açılması Hali

Mali haklara tecavüz halinde doğacak tazminat, fiilî zarar ve yoksun kalınan kârdan oluşur. Fakat zarara sebep olan durum tecavüzün ref'i davası ile ortadan kaldırılmış ise örneğin, nüshalar toplatılmış, kalıplar imha edilmiş yahut uygun bir bedel ile hak sahibine devredilmiş ise zarar sadece mahkeme masrafı olacaktır⁶⁸⁴.

Eser sahibinin yurt dışında çoğaltılan eserinin izinsiz Türkiye'ye getirilip piyasaya sürülmesi, satışı, kitabın izinsiz basılması, kasede kaydedilmesi, bir ressamın çok değerli tablosunun afişlere basılarak dağıtılması, izin almaksızın kitabın gazete tarafından promosyon olarak dağıtımı hallerinde ref talebi ile birlikte tazminat davası açılabilirdiği gibi hukuka aykırı fiillerin sonuçları ortadan kalktığı takdirde yalnızca tazminat davası da açılabilir⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ ÖZTRAK, (Fikir ve Sanat) s. 82.

⁶⁸⁵ EREL, a.g.e., s. 292; AYİTER, a.g.e., s. 257; ARIDEMİR, a.g.e., s. 184. FSEK m. 68 hükmünde 5728 sayılı kanun ile bağlantılı haklardan kaynaklanan malî haklara saldırı da kapsama alınmıştır. TEKİNALP, a.g.e., s. 317.

FSEK m. 70/f. 3 gereğince temin edilen kârın devrinin istendiği halde m. 68 uyarınca talep edilen bedel indirilir⁶⁸⁶. Yargıtay'ın uygulamaları da bu bedelin 68. madde gereği hesaplanan bedel olacağı yolundadır⁶⁸⁷.

2. Bedel Davası ile Tazminat davasının Birlikte Açılması Hali

FSEK m. 68 gereği rayiç bedelin üç katının talep edilmesi sonrasında FSEK m. 70/f. 2 uyarınca tazminat istenilip istenemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. İhlal sonucu bir zarar meydana gelmişse FSEK 68 gereği halen karşılanmayan bir zarar var ise zarar ve kusur ispatlanarak ayrıca tazminat talep edilebileceği hususunda görüş birliği vardır⁶⁸⁸. TEKİNALP, FSEK m. 70/f. 2 hükmüne göre, tazminat istenemeyeceğini, hak sahibinin zararı FSEK m. 68 uyarınca belirlenen bu miktarı aşıyorsa ve müteceviz kusurlu ise tazminat talep edileceğini savunur⁶⁸⁹. ARIDEMİR, hem üç katı bedel hem de tazminatın birlikte talep edilemeyeceğini çünkü aynı sebepten iki tazminat talep edilemeyeceğini belirtir⁶⁹⁰. YASAMAN üç katı bedel talebi dışında zararın ispatlanması kaydıyla davacının tazminat isteyebileceğini savunur⁶⁹¹. FSEK m. 70 /f. 2'deki maddî tazminatın m. 68/f. 2 hükmündeki bedel ile

⁶⁸⁶ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 139; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), a.g.e., s. 676, 678; TEKİNALP, a.g.e., s. 334; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 801; ARIDEMİR, a.g.e., s. 207.

⁶⁸⁷ “..temin edilen kâr ile telif tazminatının birlikte istenmesi durumunda ise, bunlardan yalnızca birinin tahsiline karar verilebileceği, temin edilen kâr miktarının ise 185,00 TL olarak belirlendiği, şu hale göre temin edilen kâr miktarı, telif tazminatı miktarından fazla olduğundan, yalnızca temin edilen kârın hüküm altına alınmasının mümkün bulunduğu, davalının davacının umuma arz adın belirtilmesi, eserde değişiklik yapılmasını önleme manevî haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 185,00 TL maddî, 1.500,00 TL manevî tazminatın davalıdan tahsiline, davalıların tecavüzünün bu şekilde ref'ine, bandrolleri taşıyan nüshalar dışında kalan davalılar eylemlerinin men'ine ve kararın ilanına” ilişkin yerel mahkemenin kararı Yargıtay'ca onanmıştır. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 20.10.2012.

⁶⁸⁸ AYİTER, a.g.e., s. 261; ÖZTRAK, İlhan, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 1971, s. 87; TEKİNALP, a.g.e., s. 319; ŞAHİN, a.g.e., s. 175; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 649, 650; ARKAN, a.g.e., s. 278; YASAMAN, 68 talebi ile 70 deki talebin birbirinden bağımsız olduğunu, tazminattan 68 gereği belirlenen bedelin indirilmemesi gerektiğini belirtir. Bkz. YASAMAN, a.g.e., s. 818, 819.

⁶⁸⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 319; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 649, 650.

⁶⁹⁰ ARIDEMİR, a.g.e., s. 196.

⁶⁹¹ YASAMAN, (**Tazminat**), s. 818, 819.

birlikte istenebileceği konusunda Yargıtay da hem fikirdir⁶⁹². Yargıtay, tazminat talebini FSEK 68'e göre mi yoksa m. 70/f. 2 gereği mi talep ettiğinin davacıdan sorularak tazminatın hesaplanması gerektiğini belirtmektedir⁶⁹³. Kanaatimizce ceza mahiyetinde hükmedilen üç katı bedel davacının fiilî zararına ilişkin tazminat talebine engel olmamalıdır. Her iki davanın amacı farklı olup tazminat davası ile hak sahibi zararının karşılanması talep ederken üç katı bedel talebinde ise mütecevizi caydırmaya yönelik, zarar ve kusur unsurlarının aranmadığı medeni bir ceza sözkonusudur. Kusur ve zararın bulunması şartıyla karşılanmayan zarara yönelik maddî tazminata da hükmolunabilir. Ancak karşılanamayan zarar yoksa bu takdirde üç katı bedel dışında 70/f. 2 gereğince tazminat talep edilemez.

FSEK 68 gereği üç katı bedele hükmedilmesi manevî hak ihlaline dayalı manevî tazminat talebine de engel olamaz. Malî hak ihlallerine ilişkin FSEK m. 68 hükmünde düzenlenen ref davası da malî hakların ihlâlî halinde eser sahibinin taleplerini düzenler⁶⁹⁴.

Zarar fiilî zarar ve yoksun kalınan kârdan oluşuyorsa her ikisi de istenebilir. Temin edilen kâr manevî tazminatla birlikte de istenebilir. Davacının zararı, yoksun kalınan kâr ise sadece elde edilen kâr istenebilir⁶⁹⁵. Fiilî zarar olmadığından ayrıca

⁶⁹² 11. HD, T. 15.05.2000, E. 2000/3342, K. 2000/5524; (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 01.10.2013.

⁶⁹³ “.. Ancak, davacı tarafından anılan Kanun'un 68. maddesine dayalı bir talep ileri sürüldüğü hususu da dava dilekçesindeki beyanlardan veya daha sonra dosyaya sunulan açıklamalardan anlaşılamadığına göre, davacının işleme hakkının ihlaline dayalı tazminat talebinin, aynı Kanun'un 70/2 maddesinde yapılan atıf nedeniyle, haksız fiil hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmelidir. Oysa dosyada mevcut ve mahkemece benimsenen bilirkişi raporunda, senaryo yazarlığı ve sinema sektöründe teamül haline gelmiş yıllık yayınlama ölçülerine göre maddî tazminat miktarının 20.000-50.000 TL arasında çeşitlilik gösterdiği mütalaa edilmiştir. Bilirkişi raporu, bu haliyle maddî tazminata dair olarak hüküm vermeye elverişli olmadığından, mahkemece içlerinde Güzel Sanatlar Fakültesi Sinema TV bölümünden uzman bir öğretim üyesinin de bulunduğu yeni bir bilirkişi heyetinden, 5846 Sayılı FSEK.'nin 70/2. maddesine dayalı olarak, haksız fiil hükümleri kapsamında talep edilebilecek malî haklar tazminatı konusunda görüş istenmesi, bu inceleme yapılırken de, yayıncı olduğu anlaşılan davalı H... A.Ş.'nin davaya konu yayının yapıldığı Kanal 7 Televizyonu'nu devraldığı tarihten önceki yayınlardan sorumlu olmayacağını dikkate alınması gereklidir”. 11. HD. T. 20. 06. 2013, E. 2011/10670, K. 2013/12925, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 16. 05. 2014.

⁶⁹⁴ Bazı yazarlarca tecavüzün ref'i yerine saldırının durdurulması terimi tercih edilmektedir. Bkz.KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 382; AYİTER ise kanunî terim olması itibariyle tecavüzün refi terimini tercih etmiştir. AYİTER a.g.e., s. 253.

⁶⁹⁵ YASAMAN, (**Tazminat**), s. 816;EREL, a.g.e., s. 349;ŞAHİN, a.g.e., s. 191.

tazminat istenemez⁶⁹⁶. Yoksun kalınan kâr elde edilen kazançtan fazla ise Kanun'da buna ilişkin düzenleme bulunmadığından sadece elde edilen kazancı isteyebilir.

FSEK m. 70/f. 3 “*tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini isteyebilir.*” hükmü tazminatın yerine kârın devrinin istenebileceği anlamındadır. ALICA, davacının imha ve bedel karşılığı devir ve FSEK m. 68 gereği üç katı bedel dışında FSEK m. 70/f. 1, 2 ve 3 hükmüne göre de tazminat istenebileceğini savunur⁶⁹⁷. Kanaatimizce bedel davası ile birlikte davacı maddî zararını da talep edebilmeli ayrıca elde edilen kârı da istediği takdirde rayiç bedel indirilerek talep edilen tazminat miktarı bulunmalıdır.

Zarar yoksun kalınan kâr ise davacı ya maddî tazminat ya da kazanç devri talebinde bulunmalıdır. Zarar görenin yoksun kaldığı kâr, elde edilen kazançtan fazla ise tazminat talebi uygundur. Yoksun kalınan kâr elde edilen kazançtan az ise o zaman kazanç devri talebi daha uygundur. Yoksun kalınan kâr ile kazanç devri arasında yarışma olduğundan birlikte talep edilemezler. Zarar, fiilî zarar olarak ortaya çıktıysa bu iki talep yığıldığından tazminat ve kazanç devri birlikte istenir⁶⁹⁸.

3. Eser Sahipliğinin Tespiti ve Tazminat davasının Birlikte Açılması Hali

Tecavüzün ref'i, meni veya tazminat davasında eser sahipliğinin tespiti sonrası davadaki talepler değerlendirilir. Anonim eserlerde hak sahipliği tespiti ve buna bağlı olarak tazminat da talep edilemez⁶⁹⁹. Tecavüz nedeniyle açılan bir davada öncelikle resen fikri ürünün eser olup olmadığı, sonrasında eser sahipliğinin tespiti ve

⁶⁹⁶ TEKİNALP, a.g.e., s. 334

⁶⁹⁷ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C. II, s. 2041.

⁶⁹⁸ LISH, s. 188, 189; WIDMER, s. 98-103, (ARKAN (Vekaletsiz İş Görme), s. 63, dpn. 256'dan naklen).

⁶⁹⁹ FSEK m. 12, sahibinin adı belirtilmeyen eserlerde eser sahibine ilişkin hak ve yetkilerin kimler tarafından kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Müzik eseri olan türkülerde türkü yâkıcının ilk ağızda yaktığı ezgi günümüze ulaşmaya kadar toplumun çeşitli katmanlarının süzgecinden ilaveler yapılarak veya eksiltilecek geçmiş olduğundan ve ilk yâkanı da belli olmadığından zamanla derinleşerek ve mekânda yaygınlaşarak anonimleşir. Artık yâkıcısı zaman içerisinde yok olduğundan topluma mal olur. FSEK hükümlerine göre kaynak kişiler hak sahibi kabul edilmediğinden anonim nitelikteki eserler için kaynak kişi olan kimsenin FSEK hükümlerine göre maddî manevî tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır. 11.HD. T. 09.10.2013, E. 2013/1805, K. 2013/17933, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 03.01.2014.

nihayetinde tecavüzün bulunup bulunmadığı, eserler arasında karakter ithali ilişkisi bulunup bulunmadığı, her iki ürünün birbirinden tamamen bağımsız iki ayrı eser olup olmadığı, esinlenmenin bulunup bulunmadığı gibi hususlarının araştırılması gerekir⁷⁰⁰.

Farklı bir mahkemede açılan eser sahipliği ve buna ilişkin hakların tespiti davasının açılan tazminat ve diğer taleplere ilişkin davada bekletici mesele yapılması gerekir⁷⁰¹. Dosyaların birleştirilerek görülmesi de usul ekonomisi yönünden uygun olacaktır.

F.TAZMİNAT DAVASINDA ZAMANAŞIMI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

1. Zamanaşımı Süresi

Zamanaşımı, alacak hakkının, belirli bir süre içinde kullanılmaması nedeniyle dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder⁷⁰². FSEK’de tazminat davaları için ayrı bir zamanaşımı bulunmadığından, TBK’daki genel hükümlere göre değerlendirme yapılır⁷⁰³.

Borçlar Kanunu’nda kanun koyucu, iki yıllık sübjektif ve nispi nitelikte kısa zamanaşımı süresi, on yıllık objektif ve mutlak nitelikte uzun zamanaşımı süresi ve

⁷⁰⁰ 11.HD. 2013/8383, 2013/22785.(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr.Erişim T. 23.07.2014.

⁷⁰¹ “..Eser sahipliği sıfatı ve buna bağlı hakların saptanması amacı ile Muhsin ve Bahar vekilince eldeki dava davacısı malî hak sahibi ve yazar aleyhine açılan dava İstanbul Fikrî ve sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi’nin derdest 2003/664 Esas sayılı dosyasında görüldüğüne göre, anılan Yasa’nın 15/3. maddesince açılan bu dava sonucunun bekletici sorun olarak kabulü gereği gözetilmeden eksik incelemeyle karar verilmesi doğru görülmemiş“, şeklinde karar bozulmuştur. 11. HD. 2005/680 E., 2006/3049 K. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 23.05.2014.11.HD. T. 23.03.2006, E. 2005/680, K.2006/3049; Ayrıca Yargıtay’ın, ref davası sadece yayımcı aleyhine açılmış ise nüshalar üzerinde adı bulunan ve lehine eser sahipliği karinesi oluşturan kişi aleyhine de eser sahipliğinin tespiti davası açılarak davaların birleştirilmesi gerektiğine dair 02.03.2009 T. 2007/13053 E. 2009/2351 K. sayılı ilamı, (ALICA, a.g.e., C.II, s. 1966’dan naklen).

⁷⁰² OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e., C. 11, s. 72; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, a.g.e., s. 1030; EREN, (Borçlar Hukuku), s. 650.

⁷⁰³ 11. HD. T. 02.11.2009, E. 2009/5070, K. 2009/11205, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 02.10.2012; Sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların çözümünde TBK 146 hükmündeki on yıllık genel zamanaşımı uygulanacağından yayın sözleşmesi veya verilen bir lisans sözleşmesine aykırılık halinde davalar 10 yıllık zamanaşımına tabidir.

olağanüstü nitelikteki ceza zamanaşımı süresi olmak üzere üç tür zamanaşımı süresi düzenlemiştir⁷⁰⁴. Mali veya manevi hak ihlallerinde haksız fiil gerçekleştiğinden TBK m. 72 gereği tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır⁷⁰⁵. Haksız fiil Ceza Kanununda düzenlenen bir suçtan dolayı verilen cezaya ilişkin daha uzun bir zamanaşımı öngörülen bir fiilden doğmuşsa, daha uzun olan bu zamanaşımı uygulanır. Ceza hukukunda zamanaşımı süreleri ise fiil ve faili öğrenmeden değil, suçun işlendiği tarihten itibaren başlar. Altı aylık şikayet süresinin kaçırılması, sadece ceza davasının açılabilme şartı olduğundan, şikayetin bulunmaması ve ceza davasının açılmaması hukuk davasındaki suça ilişkin ceza zamanaşımının uygulanmasını engellemez⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ Serdar NART, “**Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi (TBK m. 72)**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, Prof Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 2011, s. 230; “..Dava dilekçesinde açıkça davalının elde ettiği kârın üç katından az olmamak üzere fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak tazminat istendiğinden bu talebin FSEK 70/son maddesine uygun olması ve FSEK 68/1 maddesinde belirtilen eser sahibinin sözleşme yapmış olması halinde isteyebileceği bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlası olarak nitelendirilmesinin mümkün olmamasına göre FSEK 70/2 yollaması ile BK 60 maddesindeki haksız fiillere ilişkin 1 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasında isabetsizlik yoktur.” 11.H.D. T. 16.01.2006, E. 2005/163, K 2006/83; “...dava dilekçesinde açıkça davalının elde ettiği kârın üç katından az olmamak üzere fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak tazminat istendiğinden, bu talebin FSEK. 70/son maddesine uygun olması ve FSEK 68/1. maddesinde belirtilen eser sahibinin sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlası olarak nitelendirilmesinin mümkün olmamasına göre, FSEK 70/2 maddesi yollamasıyla BK.nun 60. maddesindeki haksız fiillere ilişkin bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasında bir isabetsizlik bulunmadığından davacı vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.” 11. HD, 16.01.2006, E. 2005/163, K. 2006/83, www.uyap.gov.tr, Erişim T. 22.01.2015. TBK da yapılan düzenleme ile de Kanun Tasarısında üst sınırı 20 yıl olarak düzenlenmiş iken çalışmalardaki değişiklik sonrası 10 yıla indirilmiş ve haksız fiillerde zamanaşımı süresi 2 ve 10 yıl olarak düzenlenmiştir.

⁷⁰⁵ Aygaz’ın servis araçlarında kullandığı reklam cıngılı için açılan davada en son kullanımdan itibaren 10 yıllık sürenin geçmesi nedeniyle ref talebinin zamanaşımına uğradığı, manevi tazminat için de eylemin haksız fiil olması nedeniyle mülga BK m. 60 gereğince zamanaşımı süresinin dolduğuna ilişkin karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T. 05. 09. 2013, E. 2008/93, K. 2013/156.www.uyap.gov.tr, Erişim T. 23. 02. 2016.

⁷⁰⁶ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 141; EREL, a.g.e., s. 370; KILIÇOĞLU, (Fikrî Haklar) s. 45; ERDİL, (İşlenme), a.g.e., s. 170; ERDİL, a.g.e., s. 580; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II., s. 1856. “..davacı tarafın, davalıların kitabı haksız olarak basıp yayınlamaya devam ettikleri, davalılar eyleminin aynı zamanda suç olup (FSEK m. 73) ceza zamanaşımına tabi olduğu yönündeki iddiaları da değerlendirilmek suretiyle, somut olayın özelliğine göre zamanaşımı sürelerinin gerekçeli olarak irdelenip tartışması gerekir.” 11. HD, T. 07.12. 2000, E. 2000/7663, K. 2000/9770; “..bozma kapsamında yapılan inceleme

Mülga BK. m. 60/f. 1’de “zarar ve ziyan yahut manevî zarar namıyla nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava” şeklinde belirtilmekteydi. Tazminat talebinin dava dışı da ileri sürülebilmesi mümkün olduğundan TBK m. 72/ f. 1 hükmü “tazminat istemi” ibaresini kullanmış ve 1 yıl olan bu süre kısa görülerek zamanaşımı süresi 2 yıla çıkarılmıştır. 818 sayılı BK’nın 60 ıncı maddesindeki “zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren” şeklindeki ibaresi de haksız fiilin zarar unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, zamanaşımı işlemeyeceğinden, “zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiğinden başlayarak iki yıl ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar.” şeklinde değiştirilmiştir⁷⁰⁷.

Zararın öğrenilmesi için zarar verici fiil veya olayın sona ermiş olması gerekir⁷⁰⁸. Zamanaşımı süresinin başlaması için tazmin yükümlüsü kişinin de öğrenilmiş olması gerekir⁷⁰⁹. Fazlaya ilişkin hakları saklı tutarak açılan eser sahipliğinden doğan alacak ya da tazminat davasında saklı tutulan kısım hakkında da zamanaşımı işler. Açılan ek dava 10 yıllık sürenin sonunda açılmaz⁷¹⁰.

Mali haklara koruma süresi içinde gerçekleşen tecavüzden dolayı zarar oluşmuşsa zamanaşımı süresi içinde tazminat davası açılabilir. Zamanaşımı def’i ileri sürülürse, FSEK m. 70 gereği değerlendirme yapılacaktır⁷¹¹. Tecavüz sona ermiş ve devam eden bir sonucu bulunmuyorsa ref davası açılmayıp sadece şartları varsa maddî ve

ve değerlendirme sonucunda, davacının tazminat talebi yönünden zamanaşımı süresinin geçmiş olması sebebiyle sadece tazminat talebiyle sınırlı olarak davanın reddine, tecavüzün tespiti ve önlenmesine ilişkin önceki kararın kesinleşmesi sebebiyle bu hususta yeniden bir karar verilmesine yer olmadığına şeklinde karar verilmesi gerekirken, bozma kapsamı dışında kalan ve kesinleşen tecavüzün tespiti ve önlenmesine dair önceki kararda yer alan hükmü de kapsayacak ve infazda tereddüt yaratacak şekilde "davanın reddine" karar verilmesi doğru görülmediği...”11. HD, T.14.03.2011, E. 2009/10385, K. 2011/2883,(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 02.11.2012.

⁷⁰⁷ Nevzat KOÇ, Erol ULUSOY, Şebnem AKİPEK, **6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu**, s. 129, Eylül 2012 Ankara, Türkiye Adalet Akademisi;TBK m. 71 gerekçesinde Alman Medeni Kanununun 852nci maddesinde on ve otuz yıllık sürelerin öngörüldüğü bahsedilerek on yıllık sürenin yirmi yıla çıkartılması öngörülmüşse de kanun koyucu bu süreyi on yıl ile sınırlandırmıştır. Bkz. Adalet Bakanlığı; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2007, s. 144;BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 1197;TEKİNALP, a.g.e., s. 311; Çelik Ahmet ÇELİK, **Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı**, İstanbul 2004, s. 387.

⁷⁰⁸ BREHM, Art. 60, Nr. 29;UYGUR, s. 2710; (NART, a.g.m., s. 233’den naklen);EREN (**Borçlar Hukuku**), s. 795.

⁷⁰⁹ NART, a.g.m., s. 234.

⁷¹⁰ KILIÇOĞLU, (**Fikrî Haklar**), s. 520.

⁷¹¹ EREL, a.g.e., s. 368; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e. C.II, a.g.e., s. 1944.

manevî tazminat davası açılabilir.

Zamanaşımının hesaplanmasında sürenin başladığı gün sayılmaz. Sürenin son gününde hak kullanılmazsa TBK m. 151 uyarınca zamanaşımı gerçekleşmiş olur⁷¹².

TBK m. 148 bu sürelerin sözleşme ile değiştirilemeyeceğini hüküm altına almaktadır. Türk Borçlar Kanundaki haksız fiillere ilişkin zamanaşımı üst sınırına ilişkin sürenin başlangıcı hak ihlalinin meydana geldiği tarihtir. Eğer ihlal belli aralıklarla tekrarlanıyorsa zarar görenin haberi olmaksızın haksız fiilin ilk başlangıcından itibaren on yıl geçse dahi on yıllık süre son ihlal fiilinden itibaren işleyecektir⁷¹³. Hukuka aykırı fiil devam ettiği için her gün yeniden dava hakkı doğar⁷¹⁴. Yargıtay da haksız eylemin sürdüğü müddetçe, haksız fiile konu ürünler piyasada bulundukça zamanaşımının işlemeyeceğine dair kararlar vermektedir⁷¹⁵.

BEŞİROĞLU, manevî haklara tecavüz halinde, eser sahibinin manevî ve malî haklarının eser sahibinin yaşamı boyunca ve ölümünden sonra 70 yıl korunacağını,

⁷¹² 12.01.2011 tarihinde kabul edilen 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da hak düşürücü süreler ve zamanaşımı sürelerine ilişkin 5. maddesi gereği 01.07.2012 öncesi haksız fiillere ilişkin mülga 818 sayılı BK'daki bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Haksız fiillerde 818 sayılı BK. döneminde işlemeye başlamış zamanaşımı süreleri devam edecek, 6101 Sayılı Kanun'un 5inci maddesinin atfı gereği 818 sayılı BK.'nın m. 60 hükmü gereği bir ve on yıllık eski kanun hükümleri uygulanacaktır. Ancak, bu sürelerin henüz dolmamış kısmı, TBK'da öngörülen süreden uzun ise, yürürlüğünden başlayarak TBK.'da öngörülen sürenin geçmesiyle, hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi dolmuş olacaktır. Buna karşılık 01.07.2012 tarihinden sonraki haksız fiillerde ise TBK m. 72 gereği, tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanacaktır.

⁷¹³ EREL, a.g.e., s. 370; ŞAHİN, a.g.e., s. 198; Yargıtay bozma kararında; Dava konusu kitapların ilk baskılarından sonra dava tarihine kadar çok çeşitli sayıda baskılarının yapıldığı ve internet sitesi üzerinden de satış ilanının devam edildiği, hukuka aykırı davranış devam ettiği sürece haksız eylemin sona erdirilmesine yönelik davalarda zamanaşımı işlemeyeceği, FSEK hükümleri gereği eser sahibine sağlanan koruma süresi içinde meydana gelen ihlaller nedeniyle dava açmalarının Kanun'un tanıdığı bir hakkın kullanılması olup bu davranışlarının TMK m. 2 de düzenlenen kötüniyet belirtisi de sayılmayacağı belirtilmiştir. 11. HD. T. 5. 07. 2012, E. 2011/3312, K. 2012/12064, www.kazanci.com.tr, Erişim T. 05. 12. 2015.

⁷¹⁴ 11. HD. 09.10.2000 T, E. 2000/6431, K. 2000/7566, ARIDEMİR, a.g.e., s. 181; TEKİNALP, a.g.e., s. 310, 311, 326, 327; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 141; POROY, YASAMAN, a.g.e., s. 346; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**) s. 636; GÜNEŞ, a.g.e., s. 134; Eser sahibi ile bir eser sözleşmesi yapılmışsa BK m. 126/ f.4 (TBK m. 147/ f.1 b. 6) gereğince 5 yıllık zamanaşımı uygulanır. KILIÇOĞLU, "**Kazanç İadesi**", s. 378.

⁷¹⁵ Hukuka aykırı davranış devam ettiği sürece haksız eylemin sona erdirilmesine yönelik davalarda zamanaşımının işlemeyeceğine dair, 11. HD. T. 05.07.2012, E. 2011/3312, K. 2012/12064;T. 20. 06. 2013, E. 2011/10670, K. 2013/12925, www.uyap.gov.tr, Erişim T. 25. 08. 2016.

Yargıtay'ın tecavüze konu oluşturan haksız eylem devam ettiği sürece zamanaşımının işlemeyeceği şeklinde kararlarıyla içtihadını değiştirdiğini belirtmektedir⁷¹⁶.

Eserin izinsiz çoğaltılması genellikle gizli olarak yapıldığı için çoğaltma hakkına tecavüzde tecavüzün niteliği, kapsamı ve saldırıda bulunan kimse kesin olarak belirlenemez. Bu nedenle zamanaşımı, saldırının kesin olarak öğrenildiği, çoğaltılmış nüshaların yayımı tarihinden itibaren başlar. Çünkü bu halde zarar, ne çoğaltma fiiliyle ne de hak sahibinin bu fiil öğrenmesiyle doğar⁷¹⁷.

Müteselsil borçlarda borçlularından birine karşı zamanaşımı kesilince, TBK m. 155 gereğince diğerlerine karşı da kesilmiş olur.

2. Hak Düşürücü Süre

Telif haklarında hak düşürücü sürelerle ilişkin Kanun'da bir düzenleme bulunmamakla birlikte AB hukukunda diğer fikrî mülkiyet haklarına ilişkin 5 yıllık hak düşürücü sürenin uygulanacağı düzenlendiğinden Kanundaki bu boşluğun AB düzenlemeleri doğrultusunda doldurulması gerekmektedir. 556 sayılı KHK'da uygulanan sessiz kalma ile hak kaybına ilişkin 5 yıllık hak düşürücü sürenin 5846 sayılı FSEK' de de uygulanıp uygulanamayacağı sorununa ilişkin İstanbul 1. FSHM' nin 2007/257 E. 2008/93 K. sayılı dosyasında verilen bir kararda mahkemece direnilmesi sonucu YHGK tartışmaya son noktayı koymuştur. ⁷¹⁸. Gerçekten de 5 yıllık hak düşürücü süre, 1988 tarihli 89/104 sayılı Konsey Direktifi 9/ 2 fıkrasında, her üye ülkenin birinci fıkarda tescilli markalar için öngörülen toleransla hak

⁷¹⁶ BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 1197, 1198;FSEK m. 70/f. 2 gereği açılan davada 1 yıllık zamanaşımının uygulanacağına dair, 11 HD. T. 16. 01. 2006, E. 2005/163, K. 2006/83, www.uyap.gov.tr, Erişim T. 04. 07. 2016.

⁷¹⁷ ARSLANLI, a.g.e., s. 220; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 676; ARIDEMİR, a.g.e., s. 161.

⁷¹⁸ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 407; HGK marka olarak tescil edilen bir eserin aynı zamanda telif hukukuna göre de FSEK kapsamında koruması bulunduğu, 5 yıllık hak düşürücü süre nedeniyle açılan davanın reddedilmesine ilişkin yerel mahkeme direnme kararını onamıştır. Kararın telif koruması süresinin dolmadığından bahisle bozulması nedeniyle yerel mahkeme kararda AB Yönergesinde de 5 yıllık hak düşürücü sürenin bulunduğunu belirtmiş ve telif hukuku bakımından da hakdüşürücü sürenin geçtiğini savunmuştur. HGK, T.14.06.2013, E. 2012/11-1654, K. 2013/837, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 11.10.2013.

düşümüne ilişkin düzenlemeyi, Direktifin 4/4 b maddesinde düzenlenen tescilsiz markalar, 4/4 c maddesinde alt başlıkla isim hakkı, fotoğraf hakları, telif hakkı, bir endüstriyel mülkiyet için de geçerli olduğu belirtilmiş ve sessiz kalma yoluyla hak kaybının markalarda olduğu gibi telif haklarında da geçerli olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar Direktifin bağlayıcılığı ülkemiz açısından bulunmasa da uyum sürecinde bunun dikkate alınarak FSEK’de bu konuda düzenlemenin bulunmaması nedeniyle TMK m. 2 ve Direktifin 9 uncu maddesi ışığında uygulama yapılması ve 5 yıllık hak düşürücü sürenin telif haklarına ilişkin ihtilaflarda da uygulanması ve yapılan Kanun tasarısında da dikkate alınması gerekmektedir⁷¹⁹.

Şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının çatışması halinde, Medenî Kanun m. 2/f. 2’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı uygulanır. Bu kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde adalete uygun düşecek şekilde hüküm verme imkanı sağlamaktır⁷²⁰. Hakim tarafından re’sen gözetilen bu emredici kural kamu düzenini ilgilendirir. Hak sahibinin eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkına sahip olması halinde hakkın ihlal edilmesi sonrasında bundan haberdar olduğu halde uzun bir süre sessiz kalmasının hak kaybına sebep olacağı doktrin ve Yargıtay uygulamaları ile kabul edilmektedir⁷²¹.

Yargıtay, eserlerinde değişiklik yapılmasına itiraz etmeyen kişinin sonraki eserlerinde izni olmaksızın yapılan ekleme ve değişikliğe itiraz edemeyeceğini bunun TMK 2/f. 2’de yazılı hakkın kötüye kullanılması olduğunu ve bu hususun hakim tarafından re’sen gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷²². Oysa eser sahibinin eserleri

⁷¹⁹ Kararda Fransız Yargıtayının 09/12262 sayılı 16. 02. 2010 tarihli içtihatı ile Loulou Reddon /L’oreal davasında telif hakları ile korunan eserin başkası tarafından marka olarak tescili halinde eser sahibinin tescili 5 yıl tolere etmesi halinde artık hükümsüzlüğün istenemeyeceğine hükmettiği belirtilir. (Fransız Yargıtayı internet sayfası IRPI- (Fikrî Mülkiyet Araştırma Enstitüsü dergisi Y. Nisan 2010 s. 35) den naklen İstanbul 1 FSHM nin 2011/37-115 sayılı Kararı.(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 16.03.2014.

⁷²⁰ YİBGK. 30.09.1988 gün, E. 1987/2, K. 1988/2, YHGK T. 12.05.1965, E. 5/D-4 K. 1965/203, T. 13.2.1974, 524/103, T. 2.10.1974 gün 2/810 1043, T. 7.12.1983, 4/224 1276, www.uyap.gov.tr. Erişim T. 03.01.2014.

⁷²¹ 11. HD. T.22.03.2001, E. 2000/11107, K. 2001/2279; 16.06.1998, E. 1998/2033, K. 1998/14576, T. 29.01. 1999, E. 1998/10031, K. 1999/250 , T. 14.10.2004, E. 2004/9774, K. 2004/9844, SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 339-343.

⁷²² 11.HD. T. 29.01.1999, E. 1998/10031, K. 1999/250; “..Daha önceki eserlerinde değişiklik yapılmasına itiraz etmeyen davacı eser sahibinin daha sonraki eserinde izni olmadan ekleme ve değiştirme yapılamayacağı şeklindeki iddiası MK. nın 2/2 maddesinde yazılı hakkın kötüye

üzerindeki haklar birbirinden bağımsız olup haklarını kullanıp kullanmama hakkı da yine münhasıran hak sahibi olan bu kimseye ait olacağından kanaatimizce her bir eser için birbirinden bağımsız değerlendirme yapılması gerekir.

G. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

1. Görevli Mahkeme

FSEK'den kaynaklanan davalar Adalet Bakanlığınca kurulan ihtisas mahkemeleri olan o yerin Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde görülür⁷²³. Sadece haksız rekabete dayalı olarak açılan davalarda görevli mahkeme, ticaret ve asliye hukuk mahkemeleridir.

Genel mahkemeler ile ihtisas mahkemeleri arasındaki ilişki, görev ilişkisidir. Davanın konusu fikrî mülkiyet anlamında eser ise ihtisas mahkemesi görevlidir. Fikrî mülkiyetle ilgili bir dava, farklı bir mahkemede açılmışsa görevsizlik itirazı davanın her aşamasında ileri sürülebilir. Hakim de bu durumu re'sen dikkate alarak görevsizlik kararı verebilir. Mahkemenin görevsizlik kararı üzerine taraflardan birisinin dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi için iki hafta içinde talepte bulunması halinde mahkeme dosyayı görevli mahkemeye gönderir. 01. 10. 2012 tarihinde yürürlüğe giren HMK m. 20'de eski kanundaki 10 günlük süre 2 hafta olarak belirlenmiştir. Maddeye göre dosyanın gönderildiği görevli mahkeme taraflara

kullanılması olup bu husus hakim tarafından re'sen gözetilmelidir.” YİBK. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/ 2.(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 21. 03. 2013.

⁷²³ 6769 sayılı SMK m. 189, FSEK m. 76/f. 1 de değişiklik yaparak “Bu Kanunun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan dava ve işler ile bu Kanundan kaynaklanan ceza davalarında görevli mahkeme, Sınai Mülkiyet Kanununun 156 ncı maddesinin birinci fıkrasında belirtilen mahkemelerdir.” düzenlemesi yapılmış ve 156. Maddenin 1. fıkrasında “Bu Kanunda öngörülen davalarda görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir. Bu mahkemeler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde Adalet Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun hükümlerine göre belirlenir. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye ceza mahkemesince bakılır.” Düzenlemesi ile görevli mahkemeleri belirtmiştir.

re'sen davetiye gönderir⁷²⁴. Davacının görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren 2 haftalık süre içinde mahkemeye başvurarak tebligat masrafı yatırması veya gönderme dilekçesi vermesi gereklidir. Davacı tarafından süresi içerisinde bu prosedürün yerine getirildiği ispatlanamamışsa mahkeme re'sen davanın açılmamış sayılmasına karar verir⁷²⁵.

Konusu 5846 sayılı FSEK. hükümlerine göre bir eserin meydana getirilmesini oluşturan iş sahibi ile sanatçı arasındaki sözleşmeler de TBK 470 inci maddesi uyarınca eser sözleşmesidir⁷²⁶. 5846 sayılı FSEK uyarınca eser sahibinin eser üzerindeki malî haklarının devri taahhüdünü içermeyen bir eser sipariş sözleşmesinden kaynaklanan gecikme, ayıp, fesih, bedel vb. hususlara yönelik

⁷²⁴ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 140.

⁷²⁵ “...asliye ticaret mahkemesinde açılmış; dava görülmekte iken, 5846 sayılı FSEK'nun 76. md 4630 sayılı Kanunla değiştirilerek, Fikrî ve Sinaî Haklar hukuk mahkemesi kurularak, 04.04.2001 gün ve 24363 sayılı RG. de yayınlanan 26/03/2001 gün 335 sayılı HSYK kararı uyarınca faaliyete geçmesi nedeniyle yargılayacak ve çözecek olan mahkeme, uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olan Asliye Ticaret Mahkemesi olup, dava tarihinden sonra kurulan ve faaliyete geçirilen fikri ve sinâî haklar hukuk mahkemesinde davaya bakılması olanaklı değildir. Ne var ki, asliye ticaret mahkemesince buna rağmen dosya görevsizlik ile fikri ve sinâî haklar hukuk mahkemesine gönderilmiştir. Bu itibarla, mahkeme kararındaki niteleme gönderme kararı olmayıp görevsizlik kararı olduğundan, HUMK.nun 193. maddesinde açıklanan yasal prosedürün uygulanması ve davacının süresi içinde mahkemeye başvurarak tebligat masrafı yatırması veya tahrik dilekçesi vermesi gereklidir. Davacı tarafından süresi içerisinde bu prosedürün yerine getirildiği usulünce ispatlanamadığından yerel mahkemece kendiliğinden davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken..” denilerek mahkemenin direnme kararı bozulmuştur. HGK. T. 31.03.2010, E. 2010/11-186, K. 2010/181, www.uyap.gov.tr. Erişim T. 30.06.2015.

⁷²⁶ İş sözleşmesini, eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayırt eden en önemli kıstas bağımlılık unsurudur. Ancak, iş sözleşmesinde işçi, belirli veya belirsiz süreli olarak işveren için çalışırken eser sözleşmesinde işi yapmayı üstlenen kimse, bir iş görme edimini borçlanmaktadır. Yargıtay, eser sözleşmesinde önemli olanın çalışma neticesi ortaya çıkan ve objektif olarak gözlemlenen sonuç olduğunu, işi yapmayı üstlenenin, iş sahibi ile akdi ilişkiye girerken bir sonuç meydana getirmeyi taahhüt ettiğini, ücretin belli bir süre çalışıldığı için değil, netice için ödendiğinden bahisle hizmetin tamamlanması için işi üstlenen ile bu işin belirli bir bölümünü tamamlaması için üçüncü kişiye devredenler arasında imzalanan sözleşmenin eser veya iş sözleşmesi olup olmadığının tarafların meslekleri ve nitelikleri, işin niteliği, tarafların anlaşma şartları dikkate alınarak yorumlanacağını, gerçek iradelerinin sözleşme hükümleri dikkate alınarak ortaya çıkarılacağını belirtir. Eser sözleşmesine dayalı alacağa ilişkin yargılama yapma görevi genel mahkemelere aittir. 9. HD. 06.05.2015, E. 2014/21289, K. 2015/16591, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 23.01.2016.

uyuşmazlıklar TBK'da düzenlenen genel hükümlere tabidir ve çözüm yeri de genel mahkemelerdir⁷²⁷.

Fikri mülkiyete ilişkin bu görevin ihtisas mahkemelerine verilmesi ile davaların uzman hakimlerce isabetli ve seri sonuçlanması hedeflenmiştir⁷²⁸.

5846 sayılı Kanun'un 4630 sayılı Kanunun 30/1 maddesi ile değişik 76 ncı maddesi gereğince bu Kanun'un düzenlediği hukukî ilişkilerden doğan davalarda dava konusunun miktarına bakılmaksızın görevli ve yetkili mahkeme olarak, Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi bu kanundan kaynaklanan hukuk davaları için ihtisas mahkemesi olarak belirlenmiş, Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi kurulmayan yerlerde de fikir ve sanat eserleriyle ilgili uyuşmazlıklarda Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevli olduğu hükme bağlanmıştır⁷²⁹. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 16.09. 2004 tarih ve 396 sayılı kararı ve daha sonra alınan ve halen yürürlükte olan 24.3.2005 tarih ve 188 sayılı kararı ile Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi kurulmayan yerlerde, Asliye Ticaret Mahkemesi kurulmuş olup olmamasına bakılmaksızın, bir veya iki Asliye Hukuk Mahkemesi olan yerlerde bir numaralı Asliye Hukuk Mahkemesi, ikiden fazla Asliye Hukuk Mahkemesi olan yerlerde 3 numaralı Asliye Hukuk Mahkemesi görevlendirilmiş, bu mahkemelerin

⁷²⁷ “..Dava, eser sözleşmesinin haksız feshine dayalı cezaî şart ve tazminat istemine ilişkindir. Yanlar arasında ileri sürülen temel ilişki değerlendirildiğinde, hukuksal niteliğince bir eser sözleşmesi (istisna akdi) olduğu ve eldeki davada da bu sözleşmeye dayalı olarak tazminat ve cezaî şart alacağı istendiği anlaşılmaktadır. Şu durumda davalı, yukarıda FSEK kapsamında unsurları açıklanan bir eserin henüz sahibi olmamasına ve davanın fikrî mülkiyet hakkına veya hak sahipliğine dayanmadığının belirgin olmasına göre, Fikir ve Sanat Eserleri Yasası'nın koruyucu hükümlerinden yararlanamaz...yanlar arasındaki uyuşmazlığın Borçlar Kanunu'nun 355. ve devamı maddelerindeki hükümler ile sözleşme dikkate alınarak çözüme kavuşturulması ve Asliye Ticaret Mahkemesi'nce davaya devam edilerek uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi gerekir.” HGK. T. 18.11.2009, E. 2009/15-459, K. 2009/541, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 12.09.2013.

⁷²⁸ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 114; EREL, a.g.e., s. 351; BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 707; Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk mahkemeleri; FSEK ile ilgili uyuşmazlıkların dışında patent, faydalı model, marka endüstriyel tasarımların korunması hakkındaki KHK.lerden doğan tüm davalara bakmakla görevlidir. Davacılar ise açtıkları bu tazminat davası ile davalının ihbar ve şikayet hakkını kötüye kullandığını, müvekkilini taklitçi konuma düşürdüğünü ticarî itibarını sarstığını, çıkardığı söylentilerle, yabancı müşteriler nezdinde güvensiz ve yasa dışı iş yapan bir şirket durumuna düşürüldüğünü, ileri sürerek manevî tazminat istemiştir. O halde doğru bir sonuca varabilmek için ihbar ve şikayet hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı somut olayda tartışılacaktır. 11.HD. T. 21.03.2012, E. 2012/2869, K. 2012/4367, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 22.10.2013.

⁷²⁹ 04.04.2001 gün ve 24363 sayılı RG'de yayınlanan 26.3.2001 tarih ve 335 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararı, EREL, a.g.e., s. 352, 353.

yargı çevresinin adli yargı adalet komisyonlarının merkez ve mülhakatları olan ilçeleri kapsadığı da belirtilmiştir.

Bu mahkemelerde davalara bakmakla görevli ihtisas mahkemelerindeki hakim sayısı üç iken 26. 06. 2004 tarihli 5194 sayılı Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla değiştirilerek tek hakimli hale getirilmiştir⁷³⁰. Halen hukuk mahkemesi olarak İstanbul ilinde, İstanbul Adliyesinde dört, Bakırköy Adliyesinde iki, İstanbul Anadolu Adliyesinde iki, Ankara’da dört ve İzmir ilinde bir ihtisas mahkemesi kurulmuş olup diğer illerde Asliye Hukuk mahkemelerinde bu davalar görülmektedir⁷³¹.

FSEK Tasarısındaki düzenleme ile ihtisas mahkemelerinin yargı çevresinin birden fazla ili kapsayacak şekilde belirlenmesine imkan tanınmaktadır. Tasarı m. 43/C ile

⁷³⁰ Ticaret Mahkemelerini tekrar toplu mahkemelere dönüştüren 6545 sayılı “*Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*”un 28 Haziran 2014 gün ve 29044 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmesi ile Ticaret mahkemeleri heyet haline dönüştürülmüş olup Fikrî ve Sinaî Haklar Mahkemeleri halen tek hakimli olarak faaliyet göstermektedir.

⁷³¹ Kanun Tasarı çalışmalarında Tasarı m. 26 hükmü ile 5846 sayılı Kanunun 76 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş Aynı Kanunun 76 ncı maddesinin birinci fıkrasının sonuna aşağıdaki cümle eklenmiş ve ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. “**MADDE 76-** “*Fikri ve sinai haklar hukuk ve ceza mahkemeleri ile bu mahkemelerin görev alanına giren dava ve işlere bakmakla görevlendirilen mahkemelerin yargı çevresi Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, birden fazla ili kapsayacak şekilde belirlenebilir.*” “*Bu Kanun kapsamında açılacak hukuk davalarında mahkeme, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeterli miktarda delil sunması hâlinde, korunmakta olan eserleri veya bağlantılı hak konularını kullananların, bu Kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya kullanılan eserlerin ve bağlantılı hak konularının listelerini delilleriyle birlikte sunmasını isteyebilir. Belirtilen belge veya liste ve delillerin sunulamaması, eserlerin ve bağlantılı hak konularının kullanımı kısmi olarak tespit edilmiş olsa dahi, davacının hak sahibi olduğu bütün eserler ve bağlantılı hak konularının haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder. Bu karine, davacının bir meslek birliği olması halinde meslek birliği tarafından temsil edilen bütün eserler ve bağlantılı hak konularını kapsayacak şekilde uygulanır.*” Maddeye “5235 sayılı ve 26/09/2004 tarihli, Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun uyarınca Fikrî ve Sinaî Haklar İhtisas Dairesi olarak faaliyette bulunmak üzere hangi ildeki Bölge Adliye Mahkemelerinin yetkili ve görevli olacağına Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir.” şeklinde bir cümle eklenebilir.

ihhtisas mahkemelerinin yanında bir Telif Hakem Kurulu'nun da oluşturulmasına dair yeni bir dzenleme getirilmektedir⁷³².

Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemelerinin kararları Bölge Adliye Mahkemelerince incelenmekte, kararların temyiz incelemesi Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından yapılmaktadır⁷³³. Bu daire ticarî davalara ilişkin ihtilafların yanı sıra fikrî hak uyuşmazlıklara da baktığından uzmanlık gerektiren bu ihtilaflarda hatalı ve farklı kararlar çıkmaktadır. 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren faaliyete geçirilen Bölge Adliye (BAM- istinaf) mahkemelerinde bu uyuşmazlıkların ticarî davalara bakan daireden ayrı bir dairede görülmesi ve bu ihtilaflara ilişkin davalar için ayrı bir ihtisas dairesi kurulması gerekirken ticari davalara bakan dairelere görev verilmesi hatalı bir uygulama olmuştur. Ancak halihazırda Ankara, Antalya, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Samsun, Bursa ve Gaziantep ili olarak 9 ilde kurulan istinaf mahkemeleri dairelerinin kurulmasına ilişkin Başkanlar kurulu kararları incelendiğinde İstanbul'da 16. Dairenin, Ankara ilinde 20. Dairenin ticari dava dosyalarının yanı sıra fikri haklara ilişkin davalara bakılmasına dair karar oluřturulmuřtur⁷³⁴. Bu iş bölümü ise fikri mülkiyete ilişkin dava dosyalarının ticari davalara bir yama şeklinde eklenmesi nedeniyle ikinci planda kalacağı ve sağlıklı bir incelemenin yapılamayacağı endişesini doğurmaktadır. Kanaatimizce ticaret dairelerinden ayrı olarak müstakil fikri mülkiyet dairelerinin kurulması gerekir. Hatta İstanbul ve Ankara'da kurulacak ihtisas dairelerinin tüm Türkiye'de açılan fikri haklara ilişkin davalara bakması şeklinde bir uygulamanın da sağlıklı olacağı kanaatindeyiz.

⁷³² Emin Cem KAHYAOğLU, “**Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Yazar ve Yayıncı Hakları**” Ataturkkitapligi.ibb.gov.tr/ataturkkitapligi/dosyalar/File/FSEK.pdf

⁷³³ EREL, a.g.e., s. 351, 352; “...Sözleşmenin konusu olan CD-ROM, derleme bilgiler, grsel sunumlar, musiki içeren birrn olup, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında “ilim ve sanat eseri” anlamında fikri bir eser olup olmadığını, bu Kanun hükümlerinden doğan her türlü uyuşmazlıkları czmlemekle görevlendirilen ihtisas mahkemesi olan Fikrî ve sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce tartışılması gerekeceğinin kabulü icap eder. Öte yandan HUMK'nun 25 nci maddesi uyarınca, bir mahkemenin verdiği görevsizlik kararı temyiz edilmeksizin kesinleşmiş ise, bu görevsizlik kararı, dosya kendisine gönderilen mahkemeyi bağlamayıp, o mahkemece de görevsizlik kararı verilebilir. Bu sonraki görevsizlik kararı da temyiz edilmeksizin kesinleştiği takdirde görevli mahkeme, merci tayini yolu ile Yargıtay 20 nci Hukuk Dairesi'nce belirlenecektir”. 11. HD, T. 15.12.2008, E. 2007/10925, K. 2008/13943.(evrimii) www.kazanci.com Erişim T. 04.55.2013.

⁷³⁴ www.hsyk.gov.tr/duyurular/20. Erişim T. 16. 05.2016.

Fikrî hak uyuşmazlıkları, ihtisas mahkemeleri tarafından davalarda HMK hükümleri uygulanarak yazılı yargılama usulü ile çözümlenir. Ön inceleme safhası sonrası tahkikat duruşmaları yapılarak sözlü yargılama safhası ile yargılama sonlandırılır.

Diğer ülkelerde uyuşmazlıkların yargıya gitmeden evvel çözümlenmesine ilişkin uzlaşma, arabuluculuk, hakem gibi kurumlar ülkemiz hukukuna yeni girmiştir. HMK ile getirilen tarafların sulhe teşvikinin yanı sıra mahkemelerin iş yükünün azalmasına katkı sağlayacak arabuluculuk kurumu sayesinde yargıya gitmeden evvel tarafların ihtilaflarına çözüm bulunmakta ve mahkemelerin iş yükü azaltılmaya çalışılmaktadır⁷³⁵. İstanbul Ankara, İzmir, Bursa, Mersin ve Kayseri illerinde uygulamaya geçilen Avrupa Konseyi işbirliği ile başlatılan bu projede İstanbul ilinde Adalet Bakanlığınca 2 nci ve 3 üncü Fikrî ve sınaî Haklar Mahkemeleri Arabuluculuk Pilot Mahkemesi seçilmiş ve iki yıllık bir pilot uygulamaya geçilmiştir. Bu hususta HMK’nda düzenleme yapılmak suretiyle mahkemelerde ve belirli miktardaki uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun getirilmesi suretiyle mahkemelerin iş yükü azaltılabilir. Nitekim İş Kanunda buna ilişkin düzenleme şu an Başbakanlık’tadır. Sınai Mülkiyet Kanunu 19 uncu maddesi ile TP’ye işlemler aşamasında getirilen arabuluculuğun kanaatimizce FSEK Kanun Tasarısına da bir madde olarak eklenmesi yerinde olacaktır.

Tarafları devlet, belediye, özel idare olan davalar tahkim usulünce çözümlenir⁷³⁶.

Çekişmeli yargı işlerinde davacı ve davalı olarak iki yanın bulunması gerekir. HMK m. 114/f. 1 hükmüne göre taraf sıfatı dava şartıdır. Taraflardan birinin taraf

⁷³⁵ TBMM’de 7 Haziran 2012 tarihinde kabul edilen Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 22 Haziran 2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış olup 22 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni sistem, anlaşmalı boşanma davaları, trafik kazaları, kat mülkiyeti, ticari davalar, fikrî mülkiyet gibi özel hukuku ilgilendiren konularda taraflar arasında uzlaşmanın sağlanmasını amaçlamaktadır. Kanuna göre, dava süreci başlamadan önce taraflar anlaşmaları halinde ortak bir arabulucu seçebilecektir. Kanuna göre; tarafların, arabulucuya başvurma, süreci devam ettirme, sonuçlandırma veya bu süreçten vazgeçmesi serbest olacak; arabulucuya başvururken ve tüm süreç boyunca eşit hakları bulunacaktır.

⁷³⁶ “...Davacı Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü ile davalılardan Mersin Üniversitesi Rektörlüğü’nün durumları gereği aralarındaki uyuşmazlığın tahkim usulüne göre çözümlenmesi gerektiği gözetilerek, sözü edilen yasa buyruğu uyarınca mahkemenin görevsizliği sebebiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmek gerekirken işin esasının incelenmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” HGK. T. 15.12.2010, E. 2010/4-607, K. 2010/663.

sıfatının olmadığı anlaşılırsa hakim bu hususu re'sen gözeterek davayı husumet yokluğundan reddeder⁷³⁷. Kanun tescil sistemini kabul etmediğinden ve FSEK m. 11 ve 12'de eser sahipliği karinesini getirdiğinden hak sahibinden aktif taraf sıfatı için ayrıca bir belge istenmez. Aksini iddia eden her türlü delille bunu ispat etmelidir.

Meslek Birliklerinin Genel Kurul kararlarının iptali, disiplin kurullarının üyelikten ihraç kararları aleyhine açılacak davalarda görevli ve yetkili mahkeme Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları gereğince ihtisas mahkemeleridir⁷³⁸. Kanaatimizce Kanun tasarısında buna yönelik olarak göreve ilişkin maddede düzenleme yapılması, Yargıtay'ın içtihatları ile zorlama bir şekilde ihtisas mahkemelerine verilen görevin Kanun düzenlemesi ile birlikte verilmesi yerinde bir düzenleme olacaktır.

5846 sayılı FSEK.'nın 4630 sayılı yasa ile değişik 5inci maddesine göre program yayın formatları da eser sayılır ve korunurlar⁷³⁹. Davaya konu program formatının yasanın aradığı anlamda eser sayılmaması ihtimalinde bile, bu hususun tartışılmasının, eser konusunda ihtisas mahkemesi olan, Fikrî ve sınaî Haklar Mahkemesi'nce yapılması gerekir.

2. Yetkili Mahkeme

HMK m. 5 hükmünce mahkemeler, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, HMK'daki hükümlere göre yetkilidir. HMK m. 6 uyarınca genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı

⁷³⁷ Baki KURU, Ramazan ASLAN, Ejder YILMAZ, **Medenî Usul Hukuku**, s. 259, 317. Genişletilmiş 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

⁷³⁸ 11. HD. T. 25. 11. 2013, E. 2013/6353, K. 2013/21257; 11. HD. 21. 02. 2012, E. 2012/3567, K. 2012/4899, Yargıtay, FSEK m. 42/3 de belirtildiği gibi meslek birliğinin özel hukuk tüzel kişisi olduğunu, Anayasa m. 135'de sayılan kamu kurumu niteliğindeki meslek birliği olmadığı, yönetsel yapı içerisinde yer almadığına, kamu gücüne dayalı olarak tesis edilme olanağı bulunmayan eylem ve işlemlerin idari olamayacağına, davanın ihtisas mahkemesinde görülmesi gerektiğine hükmetmiştir. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 30. 02. 2014.

⁷³⁹ 11. HD, T. 05.04.2005, E. 2004/6612, K. 2005/3278; 11.HD. 2000/6049-8439 ve 2004/1281-10333.www.uyap.gov.tr. Erişim T. 12.04.2014.

tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. HMK m. 7 uyarınca, davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir⁷⁴⁰.

Mali ve manevî hakların ihlaline yönelik saldırılar haksız fiil oluşturduğundan FSEK kapsamındaki davalarda yetki, 6100 sayılı HMK m. 6-16 hükümlerince belirlenir⁷⁴¹. Dava, davanın açıldığı tarihteki davalı gerçek kişi yahut tüzel kişinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabileceği gibi ayrıca haksız fiilin işlendiği yani tecavüzün gerçekleştiği yer mahkemesinde de açılabilir. Bu yer ile zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer farklı olabilir. Bu takdirde bu yer mahkemesi de yetkilidir. Son olarak da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. Zarar gören bu kişiler malî hak sahipleri veya malî hakkı ya da ruhsatı devralan kimselerdir. HMK değişikliği öncesi eser sahibi dışındaki, kanun gereği malî hakkı kullanma yetkisine sahip olanların ve ruhsat sahibinin de kendi ikametgahında men ve ref davası açabileceği yorum yoluyla kabul edilmekte idi. Meslek birlikleri ile m. 19 gereği dava açanlar yönünden de aynı tereddüt vardı⁷⁴². FSEK m. 66/ f. son ile men ve ref davalarında eser sahibinin yerleşim yerinde dava açma hakkı FSEK m. 70 için geçerli değil iken HMK m. 16 ile hakları tecavüze uğrayanlar bu davaları kendi yerleşim yerleri mahkemesinde açma imkanına kavuşmuşlardır. Sözleşme sınırlarının aşılması suretiyle ihlal gerçekleşmişse HMK m. 10 gereği sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de dava açılabilir.

FSEK m. 66'daki değişiklik ile eser sahibine ikametgahı yeri mahkemesinde tecavüzün kaldırılması ve men davasını açma hakkı getirmiştir⁷⁴³. Bunun daha çok Anadolu'da merkezlere uzakta yaşayan sanatçıların korsanlığa karşı mücadelesini

⁷⁴⁰ Baki KURU, Ramazan ARSLAN, Ejder YILMAZ, **Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı**, s. 259. Değiştirilmiş 11. Baskı, Ankara 1999; ARSLANLI, a.g.e., s. 211; AYİTER, a.g.e., s. 256; Serap HELVACI, **“Tazminat Davalarında Yetkili Mahkeme (Karar İncelemesi)”**, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, Beta İstanbul 2001, s. 907.

⁷⁴¹ *“Somut olayda, davalının yayınladığı dergi kapağındaki bilgilerden derginin İstanbul'da da dağıtıldığı anlaşılmakta olup, haksız eylemin işlendiği yer itibarıyla de mahkeme esasen yetkili olup, davacının ikametgahı da İstanbul'dadır. Bu durumda, mahkemece, davalının yetki itirazının reddi ile davanın esasına girilmesi, iddia ve esasa ilişkin savunma üzerinde durulması, taraf delilleri toplanıp, uyuşmazlığın karara bağlanması gerekir.”* 11.HD E. 2007/9264 K. 2008/12091 T. 3.11.2008. www.uyap.gov.tr, Erişim T. 30.06.2015.

⁷⁴² EREL, a.g.e., s. 351; ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 635, 636; TEKİNALP, a.g.e., s. 318.

⁷⁴³ TEKİNALP, a.g.e., s. 325-336 BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 788, 789; EREL, a.g.e., s. 350, 351; ERDİL, (**işlenme**), s. 168, 169; HELVACI, a.g.m., s. 908.

kolaylaştırma düşüncesi ile gerçekleştirilen bir değişiklik olduğu madde gerekçesinde belirtilmektedir⁷⁴⁴. FSEK m. 66 hükmündeki eser sahibi yerine hak sahibi ibaresinin gelmesi yerinde olacaktır. Buna ilişkin Tasarıda bir düzenleme yapılabilir.Çünkü malî hak sahibi de devraldığı haklar gereği eser sahibinin tüm haklarına sahiptir⁷⁴⁵. Kazancın iadesi davasında da tecavüze uğrayan eser sahibi davayı açabilecektir⁷⁴⁶.

HMK m. 16 ile haksız fiillere ilişkin yetki sınırı genişletilmiştir⁷⁴⁷. Tazminat davalarındaki genel yetki kuralı gereği davalının yerleşim yerinde dava açılacağı gibi Yargıtay kararlarında “*Doktrine ve dairemizin uygulamasına göre, yetki bakımından zarar görene kolaylık getiren FSEK m. 66/f. son hükmünün tazminat davalarında da kıyasen uygulanması gerekmesine...*” şeklindeki eser sahibinin yerleşim yerinde tazminat davası açılacağı belirtilmektedir. Aslında 12. 01. 2011 tarihinde kabul edilen 6100 sayılı HMK m. 16 düzenlemesi sonrasında zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkili kılındığından, bu genel düzenleme gereği bu hak davacıya tanınmış olmaktadır⁷⁴⁸. TEKİNALP ve EREL de kanunda tazminat davaları için de eser sahibinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili kılınmasının yerinde olacağını savunmaktadır⁷⁴⁹. HMK düzenlemesi sonucu bu düzenlemenin zaruri olmadığı kanaatindeyiz.

⁷⁴⁴ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c083/tbmm19083095ss0771.pdf>,

⁷⁴⁵ ÖZTRAK, a.g.e., s. 83, dpn. 3; 4 HD. 18.07.1958 T., E. 1957/7180, K. 1958/5077 sayılı kararda “*nihayet eser sahibini ve malî hak sahiplerini tesirli bir korumayı hedef tutmuş olan kanunun 68. maddesi hükmünden üçüncü şahıslara karşı malî hak sahibinin istifade etmemesi için hukuki iktisadi bir sebep bulunmaması*” denilmektedir Bkz. OLGAC, (Fikir Hakları), s. 92, Aynı görüş FSEK m. 70 açısından geçerlidir.

⁷⁴⁶ TEKİNALP, a.g.e., s. 306, 307; DURGUT, a.g.m., s. 1087-1089.

⁷⁴⁷ “...dava FSEK'nun 80. maddesi uyarınca açılmış olup, uyumsuzlukla ilgili olarak bir kesin yetki kuralı mevcut değildir. Bu itibarla mahkemece, televizyon yayının mahkemenin kaza sınırları içinde de yapıldığı, haksız fiilin meydana geldiği yer mahkemesinin de yetkili olduğu nazara alınarak davalı tarafın yetki itirazının reddi ile uyumsuzluğun esasına girilerek neticesine göre bir karar verilmesi gerekirken yetkisizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş...” 11. HD. T. 14.6.2010, E. 2009/1387, K. 2010/6824.(Çevrimiçi) www.kazanci.com. 11. HD. T. 3. 11. 2008, E. 2007/9264 K. 2008/12091, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 23. 03. 2014.

⁷⁴⁸ KILIÇOĞLU, (Tazminat Esasları), s. 414;11.HD. T. 16.03.2010, E. 2009/10634, K. 2010/2902.(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 22. 09. 2013.

⁷⁴⁹ TEKİNALP, a.g.e., s. 336; EREL, a.g.e., s. 308.

Manevî tazminat davalarının bu davalar ile birlikte açılması halinde aynı kural geçerlidir. Dava tek başına manevî tazminat davası olarak açıldığı hallerde HMK hükümleri uygulanmaktadır⁷⁵⁰.

HMK m. 17 hükmünce tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında sözleşme ile yetkili mahkemeyi kararlaştırabilirler ve aksi kararlaştırılmamışsa sadece bu mahkeme yetkili olacaktır. Kanun'un 18inci maddesinde ise tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hallerinde, yetki sözleşmesi yapılamayacağı ve sözleşmenin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyumsuzluğun kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesinin şart olduğu düzenlenmektedir.

3. Dava Harçları

Harçlar Kanununda yargı harçlarına ilişkin tarifenin 15 inci maddesi, 1 sayılı tarifede harcın, yazılı işlemlerden değer ölçüsüne göre nispi olarak, bunun dışındaki işlemlerde işlemin nevi ve mahiyetine göre maktu olarak alınacağını belirtir. Harçlar Tarifesi m. 16/f. 3 gereği değer tayini mümkün ise dava dilekçesinde değer gösterilmesi gerekir. Konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden belli oranda nispi karar ve ilam harcı alınır. (Bu yıl itibarıyla % 068,31). Harçlar Kanunun 28/a maddesine göre nispi karar ve ilam harcının dörtte biri dava açılırken peşin olarak alınır. Mahkemede verilen nihai kararda vekalet ücreti, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesiince belirlenen karar tarihindeki para ile ölçülemeyen ihtilaflar için ikinci kısmının ikinci bölümünde belirlenen maktu vekalet ücreti, (Bu yıl için 2.860,00 TL) konusu para ile değerlendirilebilen ihtilaflarda tarifenin ikinci kısmın üçüncü bölümüne göre takdir edilen nispi vekalet ücreti üzerinden hesaplanacaktır⁷⁵¹.

⁷⁵⁰ HELVACI, a.g.m., s. 914, 915.

⁷⁵¹ Münhasıran Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinde verilen kararlarda davayı kazanan taraf için verilecek avukatlık ücreti tarifede belirlenen miktar olmasına karşılık diğer mahkemelerin bu sıfatla baktığı davalarda bu vekalet ücretine hükmedilemez.11 HD. 21.06.2004, E. 2003/12977, K. 2004/6856 SULUK, a.g.e., s. 789.

Farklı talepler için açılan davalarda haksız rekabet, tecavüzün tespiti, ref'i men'i, marka hakkına tecavüz gibi taleplerde Yargıtay ayrı ayrı vekalet ücreti verilmesi gerektiğine hükmetmektedir⁷⁵².

FSEK m. 68 hükmüne göre üç katına kadar tazminat talep edilmesi halinde, nispi karar ve ilam harcının hangi miktar üzerinden alınacağı tartışmalı bir konudur. Dava açılırken davacının dilekçesinde bir değer tespiti halinde, üç katına kadar tazminatta bunun mümkün olup olmayacağı tartışılmalıdır. RKHK m. 58 hükmünde de buna benzer bir tazminat bulunmakta ve Kanunun m. 58/f. 2'de sözü geçen maddede belirtilen ölçüler çerçevesinde hakime takdir hakkı tanınmaktadır⁷⁵³. Bu takdir hakkı nedeni ile dava sonucunda hükmedilecek tazminat miktarının davacı tarafından kesin olarak belirlenmesi mümkün bulunmamaktadır. Benzer durum İİK m. 68/a da yer alan icra inkâr tazminatına hükmedilmesinde de sözkonusudur. İtirazın iptali davasında alacak üzerinden nispi karar ve ilam harcına hükmedilmekte ve inkâr tazminatı yönünden harç hesaplaması yapılmamaktadır⁷⁵⁴. Bunun nedeni ise inkâr tazminatı yönünden hakime takdir hakkı tanınmasıdır. İİK m. 68/a da %20 oranında inkar tazminatından bahsedilmektedir. Burada da belirlenebilir bir miktar bulunmamaktadır⁷⁵⁵. Bu nedenle üç katına kadar tazminat talep edilen hallerde nispi

⁷⁵² 11.HD, T. 11.06.2014, E. 2014/4686, K. 2014/11099, HGK. T. 22.01.2016, E. 2014/11-253, K. 2016/75, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 03. 05. 2016.

⁷⁵³ RKHK'ya göre rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ya da hakim durumun kötüye kullanılmasından zarar gören kişiler uğradıkları zararın üç katını talep edebileceklerdir. FSEK'te tecavüzün ref'i davası açılıp, davalıdan üç kat bedel istenilebilmesi için kusur şartı gerekmezken, RKHK uyarınca açılacak tazminat davasında üç kat tazminat talep edebilmek için davalının kusurlu olması zorunludur. FSEK m.68 uyarınca üç kat bedel isteyen davacının ayrıca uğradığı zararların da tazmin edilmesini isteme hakkı bulunmamaktadır. Fiili bir zarar söz konusu ise FSEK m.70 uyarınca tazminat davası açılmalıdır. Üç kat bedel çoğu zaman uğranılan zarardan daha fazla olacaktır. Ancak davacının zararının üç kat bedeli aşması durumunda ve davalının da kusuru varsa, FSEK m.70 uyarınca tazminat davasının açılması mümkündür. Buna karşın, RKHK'daki düzenleme ise rekabet ihlalinin çoğu zaman fiili bir zararın doğacağı varsayılarak hazırlanmıştır. (ÖZKAN, ÖZKAN, a.g.m., s. 122'den naklen).

⁷⁵⁴ YİĞİT, a.g.e., s. 278.

⁷⁵⁵ “...uygulamada icra inkâr tazminatı olarak nitelendirilen bu tazminat türü, İ.İ.K.'nın sadece dava konusu olan 68. maddesinde değil, aynı Yasa'nın 67, 68/a, 69, 72, 169/a ve 170. maddelerinde de yer almış bulunmaktadır. Bu tür tazminatın amacı bir yönden, borçluları dayanaksız bir şekilde icra takibine itiraz etmekten men etmek, diğer yandan ise itiraz veyahut ihtiyati tedbir alınmak suretiyle durdurulan icra takibi nedeniyle alacağına zamanında kavuşmayan alacaklının bu sebepten kaynaklanan zararın ayrı bir davaya gerek olmaksızın giderilmesini sağlamaktır..... Yukarıda sayılan tüm maddelerde varsayılan zarar, icra takibine itiraz veyahut ihtiyati tedbir kararı alınıp, uygulanması anında itibaren başlayıp, itirazın kaldırılması, itirazın iptali veyahut menfi tespit davası sonuçlanıncaya kadar olan devrede

karar ve ilam harcının hesaplanmasında talep edilen rayiç bedel miktarına göre hesaplama yapılması, üç katına kadar tazminat talebine göre harç yatırılmasının dava şartı olarak gözönüne alınmaması gerekir. Yargıtay ise rayiç bedelin üç katı olarak hesaplanan miktar üzerinden harç yatırılmasını zorunlu görmektedir⁷⁵⁶. Üç katı bedelin bir ceza olduğu düşünüldüğünde kanaatimizce harcın rayiç bedel üzerinden alınması yeterli olacaktır. Eser sahibi lehine yorum ilkesi gereği harç tamamlanacaksa da dava sonunda veya asıl hükümle birlikte tamamlanması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde mahkeme örneğin, bir katına takdir ettiğinde reddedilen kısma ilişkin davacının yargılama masrafı doğacaktır.

H. İSPAT KONUSU

Mahkemelerde tarafların getirdiği deliller toplanarak kanunun araştırılmasına imkan verdiği hususlar değerlendirilmek suretiyle uyuşmazlıklar çözülmektedir⁷⁵⁷. Fikir ve sanat eserlerine ilişkin ihtilaflarda, dava açıldıktan sonra kanunen zorunlu

oluşan zarardır. Görülmekte olan bir dava sırasında oluşacak zarar miktarı dava açılması sırasında bilinmesi mümkün olmadığına göre, alacaklının bu tür davalar sırasında oluşabilecek tüm zararını alabilmesi amacıyla icra inkar tazminatına hükmedebilmek için (talep) şartı bulunan hükümlerdeki bu şartın sadece dava dilekçesinde yer alması gerektiğinin ileri sürülmesinin, hükmedilecek bu tazminatın niteliği ve kapsamı ile bağdaşmadığı görülmektedir. Bunun dışında yerleşmiş Yargıtay uygulamasına göre, icra inkar tazminatına, görülen davada hükmedilmesi gerektiği, bu tür tazminatın ayrı bir dava ile istenemeyeceği de dikkate alındığında, talep şartının sadece dava dilekçesi ile sınırlanmasının menfaatler dengesine uygun düşmediğinden bir başka deyişle, adaletli sonuç doğurma imkanı tanınmadığından bu görüş benimsenmemiştir.” HGK, T.19.04.1995, E. 1995/12-296, K. 1995/404.

⁷⁵⁶ “Davacılar, dilekçelerinde her bir davacı için 2.000,00'er TL olmak üzere toplam 6.000,00 TL'nin tahsili talebi ile bu miktar üzerinden harcı yatırılmak suretiyle dava açmışlardır. Her ne kadar, dava dilekçesinde 5846 Sayılı FSEK'in 68. maddesine dayalı olarak 3 kat tutarında tazminat talep edilmiş ise de, bilirkişi tarafından belirlenen rayiç bedel olan 2.818,96 TL üzerinden 3 kat tutarı 8.456,88 TL bakımından önceki harcı yatan toplam 6.000,00 TL dışında kalan miktar için ıslah dilekçesi verilip, harcı tamamlanmadığına göre, mahkemece dava dilekçesi ile talep edilen ve harcı yatırılan miktar ile bağlı kalınmak suretiyle tahsil kararı verilmesi gerekirken, 5846 Sayılı FSEK'in 68. maddesi uyarınca belirlenen 3 kat telif tazminatı tutarının tümünü oluşturacak şekilde 8.456,88 TL'nin davalılardan tahsiline karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın davalılar yararına bozulması gerekmiştir.” 11. HD, T. 09.12.2015, E. 2015/10846, K. 2015/13273, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, Erişim T. 23. 01. 2017.

⁷⁵⁷ Ramazan ASLAN, *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara, 1989, s. 49.

olan ön inceleme safhası nedeniyle 3-6 ay gibi bir süre duruşma yapılamamakta, dilekçenin davalıya tebliğinden itibaren en az iki hafta içerisinde cevap vermesi gerekirse de süre uzatımı talebiyle çoğunlukla sürenin uzatıldığı ancak ilk ön inceleme duruşmasında tarafların bir araya geldiği bazen de mazeretlerle bu safhanın da ikinci ön inceleme duruşmasına kadar uzatıldığı görülmektedir. Dava için belirlenen dilekçe teatileri, delillerin sunulması, bilirkişi seçimi ile bilirkişi raporunun beklenmesi, itirazların değerlendirilmesi için geçen süreler ve Yargıtay incelemesi uzun süreler almaktadır. Hakimlerin duruşmalarla yoğun zaman kaybı dikkate alınarak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK ile dosyaların delillerin toplanması sonrası ön inceleme safhasının duruşmalı veya duruşmasız yapılarak tahkikat safhasında hakimnin duruşmalara başlayıp ihtilafı kısa sürede çözmesi hedeflenmiştir⁷⁵⁸. Beklenenin aksine HMK ile getirilen yargılama safhalarının ayrılığı yargılama sürecini uzatmaktadır. Yurt dışında bulunan bir davalıya yargılamanın her safhası tebligat yapılması zorunluluğu yargılamanın sürüncemede kalmasına neden olmaktadır. Ön inceleme safhası yapılmaksızın sonuçlandırılan dosyalarda, yahut tahkikat duruşması sonrası aynı günde sözlü yargılamaya geçilerek sonuçlandırılan dosyalarda Yargıtay verilen kararları bozmaktadır. Kanaatimizce HMK’da düzenlenen bu safhalar arasındaki ayırım ve geçişlere ilişkin uygulamanın esnetilmesi ancak Kanun’da yeni bir düzenleme yapılması ile mümkün görülmektedir⁷⁵⁹.

FSEK kapsamındaki ihtilafların çözümünde mahkeme dava konusu fikri ürünün eser olup olmadığını re’sen araştırmak zorundadır⁷⁶⁰. FSEK’de sayılan eser grupları altında sayılanlar örnek niteliğindedir. Örneğin FSEK m. 5 sinema eserlerini saymış

⁷⁵⁸ BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 841.

⁷⁵⁹ “6100 sayılı Kanun’un 186. maddesi hükmüne göre tahkikatın bitiminden sonra sözlü yargılama ve hüküm için tayin olunacak gün ve saatte mahkemede hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla iki tarafı davet eder..... mahkemece yukarıda açıklanan hükümler çerçevesinde 6100 sayılı HMK’nın 186. maddesi uyarınca sözlü yargılama için gün tayin edilmeden ve taraflara süre verilmeden doğrudan davanın reddine karar verilmiştir. Bu itibarla, mahkemece HMK’nın 184 ve devamı maddelerinde belirtilen usullere uyulmadan, tarafların iddia ve savunma hakkını kısıtlar şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.”11.HD. T. 24. 12. 2014, E. 2015/4951, K. 2015/12065, (Çevrimiçi)www.uyap.gov.tr, Erişim T. 21. 03. 2016.

⁷⁶⁰ 11. HD. T. 09.03.1999, E. 1992/7108, K. 1993/1621, Gürsel ÜSTÜN, **Fikri Hukukla İlgili Bilirkişi Raporları I**, İstanbul 2001, s. 4.

iken bir alt tür olan müzik klibinin görüntüleri kanunda sayılmamasına rağmen şartları haiz ise sinema eseri olarak korunabilecektir⁷⁶¹.

Eser sahibince açılacak maddî tazminat taleplerinde maddî zararın neye dayandığı, tazminatin hangi kriterlere göre belirlenmesi gerektiği açıklanmalı, tazminata ilişkin deliller ve dayanakların tespiti gerekmektedir⁷⁶². Davada deliller ve eser hak sahipliği belgelerinin, davanın başında sunulması gerekir⁷⁶³. HMK m. 200/f. 2 gereği tanık dinlenilmesi hususunda 2017 yılı itibarıyla 2.590,00 TL parasal sınır bulunmaktadır. Değeri 2.590,00 TL altındaki davalarda şartları varsa tanık dinlenebilir⁷⁶⁴.

Fikrî hukuk anlamında eser olan aynı zamanda bir istisna akdi kapsamında meydana getirilen eserin sahipliğinde TBK hükümlerine göre özel hüküm mahiyetindeki FSEK hükümleri öncelikli uygulanmak suretiyle hak sahibi tespit edilecektir⁷⁶⁵.

HMK m. 210 vd.'de karşı tarafın ya da üçüncü kişilerin elindeki ve onların aleyhine olan delillerin mahkemeye ibrazı düzenlenmiştir. FSEK'de sayılan eserlere

⁷⁶¹ NAL, SULUK, a.g.e., s. 39.

⁷⁶² 11. HD. 11.04.2002, E. 2002/350, K. 2002/3414, ERDİL, s. 22, 24, 82, 85 ve 178, 179; SULUK; ORHAN, a.g.e., 838.

⁷⁶³ “..öncelikle mukavele yapılmış icracı sanatçıya ait haklara devir suretiyle sahip olup, olmadığının, başka bir anlatımla davacının kendisine devir tarihi itibarıyla devreden hak sahibi olup, olmadığının tartışmasız biçimde ortaya konulması gerekir. FSEK’nun 68. maddesi hükmü uyarınca istenebilecek tutar olağan telif ücretinin üç katı olup, FSEK 70. maddesi kapsamında kalan kârın üç katı esas alınarak yapılan hesaplama açıkça yasaya aykırılık teşkil etmektedir.” 11. HD. T. 23.11.2004, E. 2004/290 K. 2004/11399. www.uyap.gov.tr, Erişim T. 23. 06. 2014.

⁷⁶⁴ “Sözleşme ile belirlenen telif bedelinin ödendiğine ilişkin HUMK md 288 de gösterilen değer gözetilerek eser sahibinin açık muvafakatı bulunmadığı sürece tanık dinlenemez.” 11. HD. T. 16.06.2008, E. 2007/6280, K. 2008/7924, naklen YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1538, 1539; 02.12.2016 tarihli 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 40. maddesi ile HMK’nun 341. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkrasında yer alan 1.500 TL tutarındaki istinaf sınırı 3.000 TL’ye, 41. maddesi ile HMK’nun 362. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan 25.000 TL tutarındaki temyiz sınırı 40.000 TL’ye yükseltilmiştir. Ayrıca 6763 sayılı Kanun’un 44. maddesi ile de HMK’na Ek Madde 1 eklenerek parasal sınırların Vergi Usul Kanunu’nun mükerrer m. 298’e göre her yıl tespit edilecek ve ilan edilecek yeniden değerlendirme oranında artırılması öngörülmüştür. HMK 341 gereği istinaf parasal sınırı, 2017 yılı için 3.110 TL olarak HMK m. 362 uyarınca temyiz sınırı 2017 yılı için 41.530 TL olarak belirlenmiştir. <http://legalbank.net/belge/hmk-ve-iikda-yer-alan-parasal-sinirlar-2017-yili/1506239/>

⁷⁶⁵ ATEŞ, a.g.m., s. 50.

ilişkin delil ibraz mecburiyeti düzenlemesinin doktrinde ilgisiz olarak kanuna yerleştirildiğine yönelik eleştiriler vardır⁷⁶⁶. TBK hükümlerine göre kural olarak zararın varlığı iddia sahibince ispat edilmelidir. Fikrî hakların soyut nitelikte olmaları, ihlallerin zor tespit edilmesi nedeniyle hak sahibinin zararının tespiti için ihlal edilen hakka dair tüm bilgi ve belgeler toplanarak ihlali yapanın elinde bulunan bu belgelerin HMK m. 220/f. 1 uyarınca ibrazı istenilerek, iddia edilen vakıanın ispatlanması konusunda hâkimde kanaat oluşturması sağlanır.

Kural olarak zarar TBK m. 50 uyarınca iddia sahibince ispat edilmelidir. Zararın miktarı tespit edilemediğinde hâkim hayatın olağan akışına ve karşı tarafın yoksun kalacağı kâr miktarına göre zararı tayin eder. Hâkim maddî vakıa ile ilgili olarak delillerin toplanması sonucu vicdani kanaatini kullanacaktır⁷⁶⁷.

2004/48 AB Direktifi m. 8 uyarınca, ihlalden dolayı açılmış bir davada, yetkili mahkeme tarafından ihlalle ilgili davacının dilekçe ile gerekçe bildirmek suretiyle mal ve hizmetlerin kaynağı ve satış şekli hakkında, bilgi verilmesine hükmedebilir. Bilgi alma talebi ihlalle ilgisi olmayan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Bu hüküm TRIPs anlaşması m. 47’de öngörülen bilgi alma hakkından daha kapsamlı bir bilgi alma hakkı tanımaktadır. Bilgi alma hakkı üçüncü kişiyi de ilgilendiren hususları kapsadığı halde TRIPS anlaşmasına göre talepler sadece hakkı ihlal eden kişiye karşı ileri sürülebilir. Bizde ise FSEK m. 76/f. 3 hükmü sınırlı bir bilgi verme yükümü getirmiştir⁷⁶⁸.

FSEK Ek m. 4 hükmü gereğince de dijital ortamda yayın yapan kuruluşlar bilgi-içerik sağlayıcıları gerekli bilgi ve belgeleri ilgili bakanlığa vermekle yükümlüdür. Ancak bu ibraz mecburiyeti maddî hukuka ilişkin bağımsız bir talep niteliğinde olup

⁷⁶⁶ SULUK, ORHAN, C. II, a.g.e, s. 956.

⁷⁶⁷ Hakan PEKCANITEZ, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES, **Medenî Usul Hukuku**, 5. Bası Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 404-405.

⁷⁶⁸ Alman hukukuna göre de, temel bir hakkın belirlenmesi için UrhG § 97/I e göre örf ve adetten doğan bilgi alma hakkı, sadece hakkı ihlal eden kişiye karşı ileri sürülebilir. Bilgi alma hakkının kapsamı her zaman somut olayda zarar gören ile zarar verenin menfaatleri arasındaki denge ve ölçülülük ilkesi dikkate alınarak belirlenmelidir. Ayrıca UrhG §. 101 de ticarî işlerdeki hak ihlallerinde ihlal edene yöneltilecek kusura dayanmayan ve bağımsız bir bilgi alma hakkı tanımaktadır Frey, D, Rudolph, M, **EU-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Zeitschrift für Urheber und Medienrecht (ZUM)** 7/2004, s. 523; Rehlinger, M, *Urheberrecht*, 12. neubearbeitete Auflage, München 2002, s. 393, (BİLGE, a.g.m., prg.27-30’dan naklen.).

yargılama konusu olduğu için maddî anlamda ibraz yükü doğurur. Zararın tespitinde hâkim somut olarak belirlediği belgenin uyumsuzluğun çözümüne katkısı olacağına kanaat ederse ibrazını ister⁷⁶⁹. Haklı sebep olmaksızın belge ibrazı ve yeminden HMK m. 220/f. 3 hükmü gereği kaçınılamaz⁷⁷⁰.

Mahkemede, Kültür Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü ve Meslek Birliklerindeki eser sahipliğine ilişkin beyannameler, albüm kartonetleri tarafların sunduğu her türlü yazılı belge ve tanık beyanları eser sahipliğinin tespitinde delil olarak kullanılır⁷⁷¹.

Uygulamada çoğunlukla açılan tazminat davalarında hangi seçeneğin talep edildiği açıklanmaksızın genel ifadelerle dava açıldığından, hakim HMK m. 31 gereği davacıdan üç katı tazminatı mı, maddî tazminatı mı yoksa kâr yoksunluğunu mu talep ettiğini açıklattırarak ona göre yargılamaya devam etmelidir.

Yapılan yargılamada hakkın ispatına yönelik belirli hukukî sonuçların doğabilmesi, belirli şartların varlığını gerektirdiğinden hakim bu şartların var olup olmadığını araştırarak varsa talebi kabul edebilecektir. İspat yükü kendinde olan kimse hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmek zorundadır. Aksi halde hakim hakkın mevcut olmadığına karar verecektir⁷⁷².

Bir eserin meydana getirilmesi hukukî niteliği itibarıyla maddî bir fiil olduğundan eserin meydana getirildiği ve eser sahibinin kim olduğu her tür delille ispatlanabilir. Hukukî işlemlere ilişkin sıkı ispat şartları eser sahipliğinin ispatında aranmamaktadır.

⁷⁶⁹ PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, s. 401.

⁷⁷⁰ “**Obligation Of The Presentation Of The Documents at the Actions Related to the Intellectual and Industrial Rights**”, Eser RÜZGÂR TAAD, Cilt:1, Yıl:2, Sayı:6 (20 Temmuz 2011).

⁷⁷¹ “..*Duruşmada dinlenen davacı tanığı her ne kadar dava konusu eserin bestecisinin B. Yurdakul , söz yazarının da T. Moğulkanlı olduğunu beyan etmişse de gerek davalı tanığının karşı yöndeki beyanları, gerek Kültür Bakanlığından Telif Hakları Genel Müdürlüğüne , gerek Mesam'a davacılardan Ç. Plak....Şti. tarafından sunulan beyannamelerde dava konusu eserin söz yazarı ve bestecisinin davalı olduğunun bildirilmesi, gerekse davacılardan Ç. Plak...Şti tarafından piyasaya çıkartılan....isimli albümün kartonetinde dava konusu eserin söz ve bestesinin davalı olduğunun belirtilmesi karşısında davacı tanığı beyanlarına itibar edilmemiş ve ispat edilemeyen davanın reddine dair karar onanmıştır.*” 11.HD., T. 14.02.2011, E. 2009/8617, K. 2011/1619.(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 30.05.2013.

⁷⁷² AKKANAT, a.g.e., s. 51.

Fakat eser sahibiyle sonraki hak sahipleri arasındaki hukukî işlemlerin ispatı yazılı senetle gerçekleştirilebilir.

FSEK m. 54 gereğince bir kimsenin hakkı mali hak sahibi yahut kullanma ruhsatını devre selahiyetli olmayan kimseden iktisap eden kimse iyiniyetli olsa dahi korunmaz. Fikrî ve sınaî hak ihlallerine ilişkin açılan davalarda genel hukuk kurallarından farklı olarak ispat müessesesi düzenlenmiştir. TMK m. 6 hükmü gereği; *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”* Tazminat talep eden kimse tazminat hukukunun genel prensipleri gereğince zararını ve zarar miktarını ispat etmekle yükümlüdür. FSEK’nda ise davacı lehine bir karine getirilmiştir. FSEK eseri veya eserin sahibini değil, eser sahibinin malî ve manevi hak ve menfaatlerini korur⁷⁷³. FSEK m. 13/f. 1 hükmünde, *“Fikir ve Sanat Eserleri üzerinde sahiplerinin malî ve manevî menfaatleri kanun dairesinde himaye görür.”* denilmek suretiyle eser sahibinin haklarının kanun koruması altında olduğu düzenlenmektedir.

Kanun fikri ürünün eser sahibinden başkasına ait sayılmasını istisnaen kabul etmiş ve bunun için bu kimselerin ürünün meydana getirilmesini sağlayan birtakım hukukî ve ekonomik ilişkilerde bulunmasını aramıştır. FSEK m. 8 hükmünce ana kuralın bir istisnası olarak bu sıfat belli şartlarda, işverenlere, tüzel kişilere, yayımcılara tanınmıştır. Eserden üçüncü kişilere tanınan yararlanma yetkisi, ancak kanunla ve sosyal, kültürel, bilimsel amaçlı yahut kamu düzeni ve toplum yararı gibi gerekçelerin varlığında mümkündür. FSEK m. 68/f. 2 yasadışı nüshaların satışa çıkarılmamış olması, FSEK m. 68/f. 3 hükmü ise nüshaların satışa sunulmuş olması halini düzenlemiş ve üçüncü fıkradaki durumda da ikinci fıkra hükmündeki yaptırımların aynen geçerli olduğunu belirtmiştir. Bunların ayrı fıkralarda düzenlenmesindeki amaç kanun koyucunun m. 68/f. 2 ile rayiç bedelin sadece çoğaltma hakkına ilişkin olmasını düzenlemesidir. Çünkü; nüshalar satışa çıkarılmadığı takdirde eser sahibinin yayma hakkına yönelik tecavüz

⁷⁷³ TEKİNALP, a.g.e., s. 155.

gerçekleşmemiştir. Yayma hakkı ihlali satış yoluyla olur. Satış durumunda yayma hakkının ihlaline yönelik rayiç bedel belirlenecektir⁷⁷⁴.

FSEK m. 68 gereği açılan davalarda ispata ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Lehe yorum denilen bir görüşe göre, hakkı ihlal edilenin farazî sözleşme ilişkisine dayanması nedeniyle m. 68’ de belirtilen rayiç bedel itibarıyla üç katı tazminatın istenebileceği hükmü eser sahibini zararın ispat yükünden kurtararak korumayı amaçlar⁷⁷⁵. Diğer görüşe göre ise bu hükümle sözleşme faraziyesinin yalnız eser sahibinin malî haklarının ihlali nedeniyle uğradığı zararın hesaplanmasında kolaylık sağlandığı belirtilir. Hüküm ile haksız fiil sorumluluğu düzenlendiğinden gerçek zarar tespit edilebiliyorsa, telif tazminatının sözleşme faraziyesine göre değil, gerçek deliller çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu durumun kabul edilmemesi durumunda ise, gerçek zararın tespit edilmesine rağmen sözleşmeye başvurulması halinde tazminatı ödemekle sorumlu kişi yönünden ödenecek tazminat ve zamanaşımı açısından doğan haksız durumu, kanun koyucu korumuş olamaz. Nitekim Yargıtay’ın da görüşü bu doğrultudadır⁷⁷⁶. Kanaatimizce de taraflar arasında farazî sözleşme ilişkisinin düşünülmesi eser sahibinin zararını ispat edememesi halinde başvurulacak bir yoldur. Somut deliller ile zararın tespitinin mümkün olması halinde bu yola başvurmak ise eser sahibinin aleyhine bir durum olup kanun koyucunun da amacına aykırı bir uygulama olacaktır.

Yargıtay, ihtilaf halinde yapımcı tarafından teslim edilen programın yayıncı kuruluşa teslim edilmesini ve umuma iletilmiş olmasını taraflar arasında sözleşmesel ilişki bulunduğuna dair delil saymıştır⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ ARSLANLI, a.g.e., s. 218

⁷⁷⁵ ÜSTÜN, a.g.e., s. 81, 82.

⁷⁷⁶ “..artık burada taraflar arasındaki sözleşme bedeli belirli ve somutlaşmış olduğuna göre, farazî bir sözleşmenin varlığı ile bunun bedeli üzerinden tazminat hesaplanması doğru görülmemiştir.”. 11. HD. 19.03.2002, E. 2001/10702, K. 2002/2515, naklen , a.g.e., s. 163, 164;EREL, (**Fikir ve Sanat**), s. 340; ŞAHİN, a.g.e., s. 172.

⁷⁷⁷ “..Davacı tarafça yapımı ve sunuculuğu gerçekleştirilen programların davalı yayıncı kuruluşa teslim edildiği ve umuma iletimin gerçekleştirildiği anlaşıldığına göre taraflar arasında yazılı sözleşme bulunmamasına rağmen 5846 sayılı FSEK’in 48 ve 80 maddeleri uyarınca söz konusu yayınların gerçekleştirilmesi ve umuma iletim konusunda izin verilmesine ilişkin bir sözleşme bulunduğu kabulü gerekir. O halde somut uyumsuzlukta eserlerin izinsiz kullanımından sözedilemeyeceği, davacının talebinin eserlerin yapım ve sunuculuk bedellerine ilişkin

İdari alandaki fikrî mülkiyete ilişkin ihtilaflarda da FSEK hükümleri göz önüne alınır. Danıştay'ın eser sahipliğine ilişkin olarak yapılan idari soruşturmalarda aynı hususları araştırdığı gözlenmektedir⁷⁷⁸.

Bilgisayar programlarına ilişkin ihtilaflarda tazminat talebinde orijinal kaynak kodlarının karşılaştırılması suretiyle tecavüzün tespiti sonrasında tazminat hesaplaması yapılır. Yargıtay bu karşılaştırmanın aralarında hukukçu bilirkişinin de bulunduğu ikisi bilgisayar programlarından anlayan üç kişilik heyet tarafından yapılması gerektiğini belirtir⁷⁷⁹.

Açılan davalarda toplanan deliller bir araya getirilerek uyumsuzluk değerlendirilir. Eserde korunması gereken yaratıcı ve ferdi özellikler tespit edilir. Eseri meydana getiren malzemelerin bir araya getirilişi ve her unsurun korunması gereken bir unsur

olduğunun kabul edilmesi ve bu bedele hükmedilmesi gerekirken davada uygulama yeri bulunmayan FSEK 68. madde uyarınca hesaplanan rayiç bedelin 3 katı bedele hükmedilmesi doğru olmamıştır.” gerekçesi ile karar bozulmuştur. 11. HD. T. 25.11.2015, E. 2015/4946, K. 2015/12600, www.uyap.gov.tr. Erişim T. 14.01.2016.

⁷⁷⁸ Danıştay, eser sahibi olmayan şikayetçinin yaptığı şikayet üzerine, soruşturma başlatılmasının mümkün olmaması nedeniyle, rektörlük tarafından oluşturulan yetkili kurul tarafından verilen men-i muhakeme kararının bozulmasına karar vermiştir. Danıştay 1. D, T. 28.02.2008, E. 2008/140 K. 2008/257; Yine aynı şekilde: İstanbul Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan lüzum-u muhakeme kararına yapılan itiraz üzerine Danıştay Dairesi, makalede tez çalışmasını kaynak göstermeden kullanmanın FSEK m. 71 uyarınca yargılanmayı gerektirdiği ve manevî malî veya bağlantılı haklara tecavüz oluşturduğundan lüzumu muhakeme kararının onanmasına ve yargılama yapılmasına karar vermiştir. Danıştay 1. D. T. 27.09.2007, E. 2007/973, K. 2007/1054, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 22.10.2012.

⁷⁷⁹ Yargıtay, “..Davacının, sahibi olduğu Otomatıp Hastane Otomasyonu Programının şirket çalışanının hastane bünyesinde izinsiz üretilip, çoğaltıp yeni bir program olarak piyasaya sürülmesi iddiasında, çekişmenin her iki tarafın piyasadaki programlarının korumaya aldırıldığı ve piyasaya sunulmayan orijinal kaynak kodları ile karşılaştırılması yapılarak, davalıların, davacının orijinal kaynak kodlarını ele geçirerek, yeni bir program oluşturup oluşturmadıklarının ortaya konulması ile saptanabileceği, bilirkişi raporunda da disketlerin bozuk olması nedeniyle okunamadığından mahkeme her iki program arasında illiyet bağı kurulamayarak davanın reddine dair kararın temyizinde, “her iki tarafın dayandığı disketler sayı olarak daha fazla olduğu gibi, bilirkişi kurulunun, dayanan disketlerden hangilerini incelediği anlaşılamamıştır. Her iki tarafın piyasaya sundukları programlarının, başka orjinalleri ve kaynak kodları tarafların ellerinde olduğu gibi, adı geçen noterlerde de saklanmakta olduğundan, bunların birbirleriyle karşılaştırılması olanağının her zaman mümkün olduğunu belirterek, taraflara ibraz ettirilerek veya adı geçen noterlerde inceleme yaptırılarak, sonuca gidilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle, davacıya ibraz olanağı verilmemesi ve ibraz isteğinin reddi doğru olmamıştır, gerekçesi ile mahkemenin ikisi bilgisayar programlarından anlayan, biri fikir ve sanat eserleri konusunda da uzmanlığı bulunan bir hukukçudan oluşacak bilirkişi kurulundan, tarafların dayandıkları tüm delilleri irdeleyen, tartışan ve denetime elverişli bulunan bir rapor alınarak iddia ve savunmanın değerlendirilmesi gerektiğini” belirtmiştir. 11 HD. 03.01.2003, E. 2003/3630, K. 2003/10303, SULUK; ORHAN, a.g.e., s. 262

olup olmadığı, başka eserlerden yararlanma varsa bunun ölçüsü, serbest yararlanma veya intihale varan orijinalin alınmasına kadar alıntının bulunup bulunmadığı ve korunması gereken unsurların hangileri olduğu araştırılır. Başka eserlerden yararlanma serbest yararlanma veya orijinal eserin tümüyle alınması şeklinde de olabilir. Mahkemelerce, hak ihlalinin bulunup bulunmadığı hususunda özel ve teknik bilgi gerektiren uyuşmazlıklarda, bilgisayar programcısı, müzik uzmanı, ressam, edebiyatçı, yayıncı, koreograf vb.gibi sektörden uzmanların görüşü alınmaktadır⁷⁸⁰.

TTK m. 4 ticarî davalarda deliller ve bunların ikamesinin HMK'ya tabi olacağını belirtir. Tarafların ticarî defter ve kayıtları ileri sürülebilecek delillerdendir. Davacı davalının elde ettiği haksız kazancın kendisine devrini istiyorsa davalının ticarî defterlerini delil olarak ileri sürebilir. Taraflar iddialarını dayandırdıkları olayların ispatı için ellerinde bulunan tüm delilleri mahkemeye sunacaklardır.

HMK 219'da sayılan tarafların veya üçüncü kişilerin mahkemeye ibraz etmek zorunda oldukları bazı belgeler dışında ticarî defterler ve saklanması zorunlu olan diğer evrak ve elektronik belgelerin de incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye sunulması imkanı getirilmiştir.

FSEK Kanun Tasarısında "*Delilin Muhafazası*" başlıklı 76/A- maddesinde hak sahiplerinin, dava açmadan önce veya dava sırasında, iddialarını ispatlamak için dayanacakları delillerin muhafazasına yönelik tedbirlerin alınmasına karar verilmesini mahkemeden talep edebilecekleri belirtilmiş, delillerin saklanmasına ilişkin tedbirlerin; ihlale konu olan ürünler ile eğer gerekiyorsa bunların üretiminde ve dağıtımında kullanılan malzemelerin, araçların ve bunlara ilişkin belgelerin, örnek alınarak veya alınmaksızın detaylı tespitin yapılması, miktar ve niteliğinin belirlenmesi, görüntüsünün alınması veya bunlara el konulması şeklinde olabileceği belirtilmiştir. 12/01/2011 tarihli ve 6100 sayılı HMK'nın ihtiyati tedbire ilişkin 389 vd. yer alan hükümleri de delillerin muhafazasına yönelik tedbirler için uygulanır. Davalı tarafın veya üçüncü kişilerin kişisel verileri ile ticarî sır niteliğindeki ya da hukuken korunan diğer gizli bilgilerinin korunması için mahkemece gerekli

⁷⁸⁰ SCHRICKER, WILD, prg. 97, Anmd 9, s. 1497, (ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 618'den naklen).

tedbirlerin alınmasına ilişkin madde fıkraları 2004/48 sayılı AB direktifine uyum amacıyla getirilmiş olup benzer düzenleme HMK’da da bulunmaktadır. Ancak tasarıda, adeta taraflarca hazırlanma ilkesinin terki ile kaybolma tehlikesi bulunmayan delillerin dahi talep halinde tespit mahalline gidilerek toplanması ve saklanması zorunluluğunu getireceği görülmekte; oysa HMK 400’de düzenlenen delil tespitinde sadece *“davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açılacak davada ileri sürülecek bir vakıanın tespiti amacıyla”* ve ancak *“delillerin hemen tespit edilmemesi halinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı durumlara”* ilişkindir⁷⁸¹. Taslağın 76/A hükmü bu haliyle gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde dahi delillerin mahkemeler aracılığıyla tespiti, muhafaza altına alınması talepleri artacaktır. Delillerin bizzat hakim tarafından tespiti esasına dayanan HMK sistemi uygulanacak olursa ihtisas mahkemelerinin bugünkü sulh hukuk mahkemelerinde olduğu gibi delil tespiti ile uğraşırken esas dosyalarına bakması güçleşecektir. Bu nedenle Kanun Taslağındaki maddenin buna uygun düzenlenmesi ile delil tespitinin mahkeme hakimisi dışında noterler, yazı işleri müdürü ya da icra müdürlüğü vasıtasıyla yapılmasının yolunun açılması uygun olacaktır.

Kural olarak iki taraftan her biri iddiasını ispat etmekle mükelleftir. Medenî Kanun’da bu kuralın istisnaları da bulunmaktadır⁷⁸². Maddî tazminat talebi ile açılan davalarda davacı zararını ispat etmek zorundadır. Kârın iadesi talebi ile açılan davalarda, davanın ispatı, ihlâl sonucu elde edilen kârların kesin olarak belirlenebilmesine bağlıdır. Bunun ispatı da davacıya düşer. Fakat ihlalin yasal olmayan yollardan yapılması ve kayıtlarının olmaması veya kayıtların yetersiz

⁷⁸¹ <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>.Erişim T. 11.06.2017.

⁷⁸² AKKANAT, a.g.e., s. 52; Kural olarak iki taraftan her biri, iddiasını ispat etmekle mükellef olup davalı tarafından davacının kabul ettiği seslendirme miktarından daha fazla seslendirme hizmeti verildiği iddia edildiğine göre mahkemece, davacının tüm delillerinin ibrazının sağlanarak davalıya kaç kaşe seslendirme hizmeti verildiğinin tespiti ile davalının yapmış olduğu ödemeler de göz önüne alınarak bakiye alacağının tespiti gerekir. 11.HD. T. 10.09.2013, E. 2013/9087, K. 2013/15377, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T.20.03.2014.

olması ispatı zorlaştırmaktadır⁷⁸³. Davalının ticarî defterlerindeki kârın makul olmaması durumunda elde edilmesi muhtemel kârının tespiti gerekir.

1994 tarihli TRİPS'in, "Fikrî mülkiyet haklarının uygulanması ve genel yükümlülükler,, başlıklı m. 41 hükmü, fikrî hakların ihlallerine ilişkin öngörülebilecek yargılama yöntemleri ve yaptırımlara ilişkin yol göstermiştir.⁷⁸⁴. 1996 tarihli WIPO Fikrî haklar Anlaşması m. 23 hükmünde ise: "Akit taraflar, kendi hukuk sistemlerine uygun olarak bu anlaşmanın uygulanmasını sağlayacak gerekli önlemleri almayı taahhüt ederler. Akit taraflar, bu anlaşmanın kapsadığı haklara karşı olabilecek tecavüz eylemleri ile ilgili olarak, yasa ile hızlı ve caydırıcı önlemleri içeren etkili yollarla uygulama yöntemlerini sağlayacaklardır.,, denilmektedir⁷⁸⁵.

FSEK m. 57 hükmünce asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri aksi kararlaştırılmamışsa fikrî hakların devredildiği anlamına gelmez. Eser sahibi eserin cisimleştiği eşyayı satış, bağış, takas ve benzeri hukukî işlem ile başkasına devredebilir. Bu devrin şekli ve kapsamı aynı haklara dair hükümlere tabidir. Taşınır ise TMK 763, 985, 988 hükümleri gereği zilyetliğin nakli ile mülkiyet intikal eder. Eser ise eşya hukukuna değil, fikrî mülkiyet hukukuna tabi olup FSEK

⁷⁸³ AKIN, a.g.e., 144; Dava konusu musiki eserinin anonim nitelikte olup olmadığının TRT, MEB Milli Kütüphane, Kültür Bakanlığı ve ilgisi olabilecek diğer kurum ve kuruluşlardan sorularak araştırılması gerekir.11.HD., T.10.10.2007, E. 2006/4308, K.2007/12655, (YAVUZ, ALICA, MERDIVAN, a.g.e., s. 69'dan naklen); KILIÇOĞLU, (Eleştiri), s. 340.

⁷⁸⁴ Sözleşme'nin 1 ve 8inci maddeleri arasında, sözleşmeye ilişkin genel hükümler ve temel ilkeler, 9-14. maddelerinde de eser sahibinin hakları ve komşu haklara ilişkin hükümler getirilmiştir. Özgür SEMİZ, "Batıda ve Türkiye'de Fikrî hakların Gelişim Süreci ve Günümüzdeki Durumu" Yüksek Lisans Tezi, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004) <acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/281/573.pdf>s. 68.

1."Üyeler ihlalleri önleyecek acil telafi yöntemleri ve başka ihlalleri de caydırıcı telafi yöntemleri de dahil olmak üzere bu anlaşma kapsamındaki fikir mülkiyeti haklarının ihlal edilmesine karşı etkin önlemlerin alınmasına olanak sağlamak için bu kısımda belirtilen uygulama usüllerinin kendi yasalarında da yer almasını sağlayacaklardır. Bu usüller, yasal ticarete engel olmayacak ve bu usüllerin kötüye kullanılmasını önleyici koruma sağlayacak şekilde uygulanacaktır."

2."Fikir mülkiyeti haklarının uygulanması ile ilgili usüller, adil ve eşit olacaktır. Bu usüller gereğinden daha karmaşık ya da masraflı olmayacak ya da makul olmayan zaman sınırlarına veya haksız gecikmelere neden olmayacaktır." esaslarını içermektedir. BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 851.

⁷⁸⁵ A.e., s. 852.

m. 52 hükmü gereğince tasarruf işlemleri yazılı şekilde yapılmalıdır⁷⁸⁶. Mali hakkı devralan kimse, bu hakkın kendisine nasıl geçtiğini, FSEK m. 52'ye göre yazılı sözleşmeler ile kesintisiz silsile halinde ispatlaması gerekir⁷⁸⁷. Mahkeme re'sen inceleme sonucu eksik olan belgeleri tamamlattırır. Aksi halde davada, davacı sıfatı olmadığından aktif husumet yokluğunda açılan davanın reddine karar verilir⁷⁸⁸. Davada malî hakkın kazanılma tarihinin araştırılması gerekir⁷⁸⁹. Davacı sıfatı devir sonrasında gerçekleşen ihlaller için kazanılır. Devir öncesindeki ihlallere ilişkin ancak devreden dava açabilir. Hakkın ihlal edildiği tarihte hak sahibi olan o davayı açabilir. Dava açıldıktan sonra davacının malî hakları elinde bulunduran eser sahibi veya haleflerinden bir kısım malî hakları devralması da sonucu değiştirmez ve açılan davaya icazet verildiği sonucu çıkarılamaz⁷⁹⁰.

⁷⁸⁶ TEKİNALP, a.g.e., s. 6, 7; ÖZTRAK, a.g.e., s. 35; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1751.

⁷⁸⁷ 11.HD. T. 20. 11. 2007, E. 2006/6776, K. 2007/14566.(Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 12. 07. 2013.

⁷⁸⁸ Yargıtay Dairesi eser sahibinden malî hak veya kullanımını devralan davacının hakların geçerli bir biçimde tedavülüne ilişkin tüm belgeleri mahkemeye sunması ve bunların dava açma hakkı verip vermediğinin gerekirse bilirkişi aracılığıyla incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. 11. HD. T. 19.10.2010, E. 2009/379; K. 2010/10502, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1870; “Bir fikri ürünün eser niteliğini haiz olup olmadığı mahkemece re'sen dikkate alınacağı gibi somut uyumsuzlukta olduğu gibi eser sahipliğinin tartışmalı olması halinde mahkemece eser sahipliği sıfatının da sunulan delillerle birlikte re'sen göz önüne alınması gerekir. Eser sahipliği sıfatı, aynı zamanda aktif ve pasif ehliyetin tespitinde nazara alınacağından mahkemece bilirkişi raporunda belirtilen açıklama itibarıyla anonim eser olduğu belirtilen musiki eser nedeniyle davacının eser sahipliği sıfatını haiz olup olmadığının ve dolayısıyla 5846 sayılı FSEK'nin 8. maddesi kapsamında iş bu davayı açma hakkı bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.” 11. HD. T. 5.5.2014, E. 2014/1481, K. 2014/8499. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr.

⁷⁸⁹ Yargıtay, “.. Davacının tazminat istemine dayanak yaptığı hak, dava konusu programların Türkiye yetkili satıcısı olmaktan ibarettir. Oysa FSEK'in 52. maddesinde, malî haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesinin şart olduğu hükmolunmuştur. Bu durumda, davacı tarafa dayandığı sözleşme ibraz ettirilerek, bu sözleşmenin yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde davacıya hak sağlayıp sağlamadığı değerlendirilip, diğer bir deyişle davacının aktif dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı üzerinde durularak, sonucuna göre işlem yapılması gerekirken, ..” şeklinde bozma kararı vermiştir. 11.HD. T. 15.01.2001, E. 2001/1804, K. 2001/4344, GÜNEŞ, a.g.e, s. 263.

⁷⁹⁰ ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 624; “.. davacının lisans sahibi olduğu “Akıllı Bebekler” adlı sinema eserinin tahrif edilerek başka isimle piyasaya sunulması iddiasıyla açılan davada dava açıldığı tarihte davacı tarafın geçerli bir sözleşme ile lisans sahibi olmayıp, asıl eser sahibi imzalanan sonraki tarihli lisans sözleşmesinin iş bu davaya icazet verildiği şeklinde yorumlanmasının mümkün bulunmadığına ilişkin” 11. HD. T. 11.03.2010, E. 2008/6531, K. 2010/2706 kararı, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, s. 1871, dpn. 59.

Taraflar arasında yapılan sözleşmenin şeklen geçersiz olduğu iddiasında bulunan kimsenin uzun süre sessiz kalarak dava açması durumunda hak sahibinin, iyi niyetli olup olmadığı, bu kadar süre sessiz kaldıktan sonra yazılı olarak yapılmamış sözleşmenin şeklen geçersiz olduğunu ileri sürmesinin kötü niyetli bir davranış olup olmadığı mahkemece araştırılmalıdır⁷⁹¹.

1. İspata Yönelik Karineler

a. Eseri meydana getiren kimsenin eser sahipliği ilkesi

Fikri ürünün meydana getirilmesi ile birlikte eser üzerinde sahibinin tekeli hakkı doğar⁷⁹². Eser üzerindeki haklar, eserin yaratılması ile kendiliğinden (ipso iure) ve aslen kazanılır, herhangi bir irade açıklamasına ya da hukukî işleme gerek yoktur. Sahiplik için herhangi bir tescil, onay veya izin alınmasına gerek yoktur⁷⁹³. FSEK’te 4630 sayılı Kanun ile m. 13’e eklenen bir fıkra ile sinema eserinin sahipleri ve

⁷⁹¹ HGK konuya ilişkin sözleşmelerin geçersizliğinden dolayı dava konusu kitaplar için telif bedeli istenemeyeceğine fakat tecavüzün önlenmesine karar verilebileceğine hükmetmiştir. “...Eser sahibi ya da mirasçı olan davacıların sahibi oldukları malî hakların davalı tarafından gerçekleştirilen ilk bası dışındaki basılarına işbu davanın açılmasından önceki ihtarname tarihine kadar rıza göstermiş olmalarına rağmen, kanunun koyduğu geçerlilik şartına dayalı olarak huzurdaki davayı açmaları ihtarname tarihine kadar davalı tarafından gerçekleştirilen basılar bakımından davalı eylemlerinin hukuka uygun olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracak nitelikte olmakla birlikte, dava konusu eserlerin koruma süresi içerisinde FSEK 69. maddesi uyarınca sahibi oldukları engelleme yetkisini kullanabilmelerini önlemez ve davacıların aradan geçen uzunca bir süreye rağmen hukuka uygun olmayan davranışın önlenmesini bir dava yoluyla öne sürmesi MK 2.maddesine aykırılık oluşturmaz.”. HGK. T. 13.06.2012, E. 2012/11-171, K. 2012/380, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 11.04. 2014.

⁷⁹² AYİTER, a.g.e., s. 91; TEKİNALP, a.g.e., s. 143; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 74; ÖZTAN, **(Fikir ve Sanat)**, a.g.e., s. 279.

⁷⁹³ İngiltere’de 1534 yılında İngiltere kraliçesi Mary, ilk olarak çıkardığı bir fermanla kitabı basan matbaaya tescil zorunluluğu getirmiştir. 1709 yılında fikrî haklar İngiltere parlamentosunca kabul edilmiş eserin yazarına ve ölümünde de mirasçılara yayımından başlayarak 14 yıl süreyle eseri basma ve yeni baskılar yapma konusunda inhisari bir yetki tanınmıştır. Ülkemizde ise, 1952 yılına kadar yürürlükte olan 1910 tarihli Hakkı Telif Kanunu eserlerin üzerindeki hakkın korumasını tescile bağlamıştır. Hakkın doğumunu etkilemeyen bir şekilde sadece musiki ve sinema eserlerinin Kültür ve Turizm Bakanlığınca kaydı yapılmaktadır. Burada amaç hakkın takibini kolaylaştırma ve hak sahipliğini ispata yöneliktir. TEKİNALP, a.g.e., s. 90, 143; SULUK, NAL, a.g.e., s. 7; HIRSCH, **Fikri Say**, C. II, s. 94, 95; EREL, a.g.e., s. 69; AYİTER, a.g.e., s. 90; ARSLANLI, a.g.e., s. 62, 63; Mustafa. ATEŞ, “**Fikir ve Sanat Eserlerinde Tescil, Tevdi ve İşaret Koyma Gibi Formalitelerin Hukukî Boyutu**” Fikrî Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 3, s. 15-22; OĞUZMAN, BARLAS, a.g.e., s. 234.

yapımcılar eserlerini Kültür Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara göre tescil ettirirler. Bu tescil, sinema ve müzik eserlerinde ispata yönelik bir zorunluluktur⁷⁹⁴.

Eserin ilk sahibi onu meydana getirendir⁷⁹⁵. Bu yaratma gerçeği ilkesi ile açıklanır. Kaynağını tabii hukuktan alır⁷⁹⁶. FSEK m. 18/son fıkrası gereği yayımcılar, yapımcılar eser sahibi ile yapacakları sözleşme ile ancak mali hakları kullanırlar⁷⁹⁷.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde, fikrî hak, mutlak bir hak olup hakkın doğumu için eserin yaratılmış olması yeterlidir⁷⁹⁸. Eser sahipliği ve eser sahibinin kişiliği büyük önem taşır. Common Law sisteminin etkisinde kalan İngiliz ve Amerikan hukuklarında ise eser ön plandadır. Fikri hak, kanun koyucu tarafından yaratılan bir statü, kanun koyucunun oluşturduğu kanunî bir tekel durumudur. Fikrî haklar malî ve manevî hak şeklinde de ayrılmaz. Fikri hakkın sadece malî yönünü dikkate alır. Bu görüş bu nedenle eleştirilse de, uluslararası alandaki düzenleme ve sözleşmeler ile common law yaklaşımı, fikrî hakkın malî yönünün yanı sıra manevî yönünü de kabul etmektedir⁷⁹⁹.

Eser sahibi, eser üzerindeki haklarını başkalarına tanıyarak eserinin dolayısıyla kendisinin tanınmasını sağlayabileceği gibi eserinden kazanç elde edebilir⁸⁰⁰. FSEK m. 10/f. son ve 18/f. 2 eser sahibi dışındaki malî hakları kullanma yetkisine sahip

⁷⁹⁴ YILDIRIM, a.g.m., s. 13;FSEK Tasarısı 5 inci maddesi ile Kanun'un 13üncü maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesinden sonra gelmek üzere “*Kayıt ve tescil işlemleri, Bakanlık veya yetkilendirdiği meslek birliklerince yapılır. Kayıt ve tescil belgeleri; haciz, hapis, rehin ve diğer hukuki işlemlerin konusunu oluşturmaz.*” Hükmü getirilerek meslek birliklerince de tescil yapılma imkanı getirilmektedir. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>.Erişim T. 11.06.2017.

⁷⁹⁵ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 347.

⁷⁹⁶ AYİTER, s. 90; EREL, a.g.e., s. 69; GÖKYAYLA, a.g.e., s. 200; SULUK, a.g.e., s. 273;EREL, a.g.e., s. 32, 33.

⁷⁹⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 143.

⁷⁹⁸ EREL, a.g.e., s. 2; ÖZTRAK, a.g.e., s. 2; OĞUZMAN, BARLAS, a.g.e., s. 116; DURAL, SARI, a.g.e., s. 151; AYDINCIK, a.g.e., s. 3.

⁷⁹⁹ Atiye B. UYGUR, **Eser Sahibine Tanınan Haklara Getirilen Kısıtlamalar**, AÜSBE, Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004, s. 18, (1-198) <http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Ffacikarsiv.ankara.edu.tr%2Fbrowse%2F295%2F587.pdf&ei=fYZrUorlBcXDswaE5IC4AQ&usg=AFQjCNFKrE7We6fk5K2egnvzLR86CLEng>

⁸⁰⁰ TMK m. 683 hükmünce, bir şeye malik olan kimse hukuk düzeni sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.

kişilere ilişkin düzenleme yapmaktadır. FSEK m. 18 gereği bir iş ilişkisi içinde eser oluşturmak için istihdam edilen memur, hizmetli ve işçiler işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin sahibidirler. Ancak eser çalışanın yapması gereken iş olduğunda eser üzerindeki manevî haklar çalışana, malî hakların kullanılması da çalıştırana aittir. Eser üzerindeki hakların çalıştıranlara ait olduğuna ilişkin FSEK m. 18/f. 2 hükmü maddî ve manevî hakları kapsadığı izlenimi verse de çalıştıranların manevî yetkilere sahip oldukları şeklinde yorumlanamaz⁸⁰¹. Tüzel kişilerin organları hakkında da bu kural uygulanır⁸⁰².

Tüzel kişilerin organı olan gerçek kişinin eserler üzerindeki hakları kullanabilmesi, eserin tüzel kişinin faaliyet alanı ile ilgili olması ve işin görülmesi sırasında meydana getirilmesi şartına bağlıdır. Kanun, burada da tüzel kişi lehine adı bir karine getirdiğinden eserin yaratıcısı her zaman aksini ispat ederek, eserin üzerindeki hakları bizzat kullanabilir⁸⁰³.

FSEK m. 8, 9 ve 10 hükümleri paylı ve elbirliği mülkiyet şeklinde eser sahipliğini düzenler. FSEK m. 9 hükmüne göre, birden fazla kişinin birlikte meydana getirdiği eser, kısımlara ayrılması mümkün ise bu kişilerden her biri meydana getirdiği kısmın sahibi olur⁸⁰⁴. Birçok kişinin fikri emeğinin özelliğini taşıyan ve ayrılmaz bir bütün olarak yahut birbirinden bağımsız eserler olarak eser sahiplerinin iradesiyle yeni bir eser yaratmak amacıyla eserler bir araya getirilebilir. Gerçek bir birleştirme işlemi

⁸⁰¹ EREL, a.g.e., s. 87, 333; ŞAHİN, a.g.e., s. 66, 67; TEKİNALP, a.g.e., s. 145; FSEK Tasarısında işverenin mali hakların kullanımının gerektirdiği ölçüde manevî hakları kullanabileceği düzenlenmektedir. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

⁸⁰² “...uyuşmazlık konusu fotoğrafın davalılardan İ. Şadi A. tarafından ve davacı şirkette çalışırken meydana getirildiği anlaşıldığına göre, anılan maddenin üçüncü fıkrası uyarınca işleme eser sahibinin davalı İ. Şadi A. olduğu, ancak bu eser üzerindeki malî hak sahibinin ise 5846 Sayılı FSEK 52. maddesi uyarınca yazılı bir devir sözleşmesi gerekmeksizin davacı şirket olduğunun kabulü gerekir. Esasen, tüzel kişilerin eser sahibi olamayacakları da göz önüne alındığında mahkemenin davacı şirketin işleme eser sahibi olduğunun tespitine ilişkin kararı doğru görülmemiştir.” 11. HD T. 14. 04. 2011, 2009/5129, K. 2011/4350, T. 14.4.2011. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 03.06.2012.

⁸⁰³ 11. HD. T 10. 06. 2013, E., 2011/12280, K. 2013/12047, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>. Erişim T. 22.09.2012.

⁸⁰⁴ AYİTER, a.g.e., s. 90; EREL, a.g.e., s. 69; ARSLANLI, a.g.e., s. 71; NAL, SULUK, a.g.e., s. 75; K. Emre, GÖKYAYLA, “5728 sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. md.de Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Fikrî Mülkiyet Hukuku 2010, (Editör Tekin MEMİŞ) İstanbul, 282-304. “Değerlendirmeler”, s. 200; SULUK, ORHAN, a.g.e., 273; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 268.

olmadan hak sahipleri anlaşarak ortak yarar ya da değerlendirmeye de karar verebilirler⁸⁰⁵. Eserin bütünü üzerindeki haklar FSEK m. 9 gereğince oybirliği ile kullanılabilirdiği gibi taraflarca aksi kararlaştırılabilir.

Elbirliği halinde eser sahipliğinde, birden fazla kimse birlikte eser yaratma iradesi ile hareket eder. Meydana gelen eser ayrılmaz bir bütün ise FSEK m. 10/f. 1 gereği eser sahibi onu meydana getirenlerin birliğidir⁸⁰⁶. FSEK’de boşluk bulunması halinde Türk Medenî Kanunu’nun elbirliği halinde mülkiyeti düzenleyen hükümleri uygulanır⁸⁰⁷. Ortak eser üzerinde, ortak eser sahipleri arasında ortaklık bozulana kadar sözleşmeye dayalı tek eser sahipliği vardır⁸⁰⁸. Eser sahipleri ortaklığa her zaman için son verebilirler. Eser sahiplerinden birisi kabul etmediği takdirde kural olarak ortaklık sona ermez⁸⁰⁹. Sözleşmenin tek taraflı feshi veya sözleşmeden dönme, TBK.’nın genel hükümleri ve 620 vd.’deki adi ortaklık hükümlerine tabidir⁸¹⁰. Ortak eser sahipliğine ilişkin paylı mülkiyete dair TMK m. 688 vd. hükümleri de uygulanabilir. Adi ortaklığa ilişkin hükümler, TMK. 688 vd. yanında yönetim ve özellikle son bulma, dolayısıyla uygulanır. Kanun gereği birden fazla

⁸⁰⁵ NAL, SULUK, a.g.e., s. 75.

⁸⁰⁶ ARSLANLI, a.g.e., s. 68; AYİTER, a.g.e., s. 100; EREL, a.g.e., s. 89; BOZBEL, a.g.e., s. 93; KAYA, a.g.m., s. 470; Yargıtay Dairesi ortak eserden söz edebilmek için eserin birden fazla kimsenin yaratıcı ortak çabası ve katkılarıyla meydana gelmesi gerektiğini, çaba veya katkıların az veya çok olmasının önemli olmadığını, yaratıcı katkının olması ve bu katkının nicelikli değil, nitelikli olması gerektiğini, eserin şekillenmesine eylemli olarak yaratıcı çaba ile katılmak gerektiğini yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımların eserin yaratılmasına iştirake esas teşkil etmediğini belirtmiştir. 4. HD. T. 22.10.1992, E. 1992/5141, K. 1992/11254 YKD 1992, C. XVIII, s. 1849, (ÖZTAN, **(Fikir ve Sanat)**, s. 259, 260’dan naklen). “.. davaya konu albümün izinsiz çoğaltılması eyleminde adı geçen davalı şirketlerin de bu eserlerin CD ortamında dolum yapmak suretiyle eyleme aslen iştirak ettiği halde, mahkemece davalıların bu eyleminin teknik hizmet niteliğinde olduğu kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir.11. HD. T. 01.12.2016, E. 2015/11631, K. 2016/8781,(Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, Erişim T. 25.04.2017.

⁸⁰⁷ ARSLANLI, a.g.e., s. 69; ÖZTAN, **(Fikir ve Sanat)**, s. 263; EREL, a.g.e., s. 91; AYİTER, a.g.e., s. 101; BOZBEL, a.g.e., s. 95.

⁸⁰⁸ HIRSCH, a.g.e., s. 85.

⁸⁰⁹ A.e., s. 85; ARSLANLI, a.g.e., s. 72; YARSUVAT, a.g.e., s. 84; TEKİNALP, a.g.e., s. 151; OĞUZMAN, BARLAS, a.g.e., s. 149.

⁸¹⁰ HIRSCH, a.g.e., s. 85; TEKİNALP, a.g.e., s. 151.

kişinin katılımı ile oluşturulan eserler üzerindeki haklar eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişilerce kullanılmaktadır⁸¹¹.

Malî haklar üzerinde yapılacak tasarruflarda yetki ortaklardan biri veya birkaçına verilmemişse birlik üyelerinin tümünün onayı gerekir⁸¹². Manevi hakların kullanılmasında ise her eser sahibi bu hakları prensip olarak tek başına kullanabilir. Birlik menfaatlerine tecavüz edildiği halde her biri tek başına hareket edebilir. Elbirliği mülkiyette FSEK m. 10/f. 2 hükmünce ihtilaf halinde gerekirse mahkemeden izin alınır. Ortak eser sahipliğinde eser sahiplerinden biri eserin tamamlanmasından yahut alenileşmesinden önce ölürse hissesi diğerleri arasında taksim edilir. Bu kimseler ölenin mirasçılara uygun bir bedel öderler uzlaşamadığı takdirde bu bedeli mahkeme tayin eder⁸¹³. Eserin alenileşmesinden sonra ölüm halinde ise ölenin mirasçıları birliği devam ettirip ettirmemekte serbesttirler. Birliğin devamı halinde sağ kalan eser sahipleri mirasçılardan birliğe karşı haklarının kullanılması hususunda bir temsilci tayinini talep edebilirler. Aksi takdirde mirasçılara belirlenecek bir tazminat verilir⁸¹⁴. FSEK m. 65 gereğince malî haklar üzerinde yapılacak tasarruflar için diğer mirasçıların izni gerekir.

b. FSEK 11 ve 12. maddeleri

Eserin sahipliği konusunda FSEK’de ve uluslararası mevzuatta hak sahipliğinin tespiti ve ispatını kolaylaştırmak için bazı karineler kabul edilmektedir. Eserde adı

⁸¹¹ Reklam ajansları tarafından meydana getirilen reklamlarda soyut temel fikir hedef kitleye ilişkin değişik etkenlerle şekillenir ve tamamlanarak reklam kampanyası halini alır. Fikrin şekillenmesi halinde reklam fikri mülkiyet alanında korunur. FSEK’de reklam ürünleri için sinema eserleri gibi bir düzenleme bulunmamakta ise de reklam ajanslarının dışarıdan hizmet olarak bir reklam ürünü meydana getirmeleri durumunda FSEK m. 10/f.4 hükmünden, kendi bünyesindeki elemanlar tarafından reklam ürünü meydana getirilmesi halinde de FSEK m. 18/f. 2 den yararlanmak suretiyle reklam üzerindeki mali hakları kullanabileceklerdir. KAYA, “**Reklam**”, s. 465-478.

⁸¹² ARSLANLI, a.g.e., s. 69; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1862; PİROĞLU, (**Analiz**), s. 155.

⁸¹³ BOZBEL, a.g.e., s. 95.

⁸¹⁴ A.e.,s. 96.

bulunan veya eser kamuya sunulup alenileştiğinde üzerinde adı bulunan kişiye ilişkin kanunun 11 ve 12inci maddesinde iki karine kabul edilmiştir⁸¹⁵.

FSEK m. 11 hükmü ile, bir eserin nüshalarında eser sahibi olarak bir başkasının adı yazılmadığı takdirde, eserde adı yazılan kimsenin, eserin kamuya radyo-televizyon, konferans veya temsil aracılığı ile belli bir kişinin eseri olarak tanıtılması halinde o kişinin lehine bir karine kabul edilmiş ve umumi yerlerde veya radyo-TV aracılığıyla verilen konferans ve temsillerde, mutad şekilde eser sahibi olarak tanıtılan kimsenin o eserin sahibi sayılacağı ifade edilmiştir⁸¹⁶.

Eser sahibi olmayan bir kimsenin başka birinin eserini kendi eseriymiş gibi kamuya sunması halinde, gerçek eser sahibi, açacağı bu tespit davası ile davalı lehine olan bu karineyi çürütmek zorundadır⁸¹⁷. AYİTER 11inci maddenin amacının eser sahibi olduğunu iddia eden kişiye bu iddiasının ispatında yardımcı olmak olduğunu, bu nedenle kendi ismi altında kamuya sunulan bir eserin sahibi olmadığını tespit ettirmek amacıyla açılan menfi tespit davasında ispat yükünün davalıda olacağını belirtir⁸¹⁸.

2004/48 sayılı AB direktifi m. 5 düzenlemesinde de FSEK m. 11 hükmündeki eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerine getirilen hak sahipliği karinesine göre eser veya korunan şeye kaydedilen isimler, eser sahipliğine karine oluşturmaktadır⁸¹⁹.

⁸¹⁵ Kanunî karine, kanunun ispat edilen bir olguyu aksi sabit olana kadar ispatı gerekli bir hususun delili saymış olma durumudur. Faraziyeyle farklı olarak karşı taraf olayda karinenin doğru olmadığını ispat ederse karine çürütülmüş olur. OĞUZMAN, BARLAS, a.g.e., s. 334; DURAL, SARI, a.g.e., s. 269; TEKİNALP, a.g.e., s. 154; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 78; ARSLANLI, a.g.e., s. 75, 76; BELGESAY, a.g.e., s. 46; BOZBEL, a.g.e., s. 89-91.

⁸¹⁶ Madde hükmüne göre, “yayımlanmış eser nüshalarında veya bir güzel sanat eserinin aslında, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılır.”

⁸¹⁷ “.. önceki davada davacı tarafa FSEK. 15 ve 70. maddesine dayalı olarak manevî hak tazminatı istenilmiş olup, aynı Kanun'un 67/3. fıkrasına dayalı olarak eser sahibinin adının belirtilmesi yolunda bir talep bulunmadığına göre, önceki mahkeme kararıyla oluşan farazî sözleşmeye uygun olarak davalı TV kanalında davaya konu müzik klibinin ilk tespitinin yapıldığı haliyle gerçekleştirilen umuma iletilmesi eyleminde davacının FSEK 15. maddesi uyarınca adının belirtilmesine ilişkin manevî hakkının ihlal edildiği iddiasının reddine dair mahkeme kararının gerekçesinde de bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” 11. HD, T.24.11.2010, E. 2010/11881, K. 2010/11996.(Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 10.06.2013.

⁸¹⁸ AYİTER, a.g.e., s. 120.

⁸¹⁹ BİLGE, a.g.m., prg. 12.

Direktif m. 5 sadece edebi ve sanat eseri sahipleri ile sınırlı bir karine getirmişken, UrhG § 10 tüm eser türlerinin sahipleri için geçerli olan bir eser sahipliği karinesi içermektedir⁸²⁰. UrhG m. 13’de de eser sahibi olarak adın belirtilmesini isteme ya da tanıtılma hakkı düzenlenmiştir. Eser sahibinin veya belirlediği ismin eserin cismi veya dijital nüshaları üzerinde yer alacağını düzenler. Bu eser sahipliği karinesini yaratmaktadır⁸²¹.

Direktif bağlantılı hak sahiplerine de bu karineyi getirmektedir⁸²².

FSEK m. 12 hükmünde ise yayımlayan, çoğaltan, konferans veren veya temsil icra ettiren kimselerin eser sahibine ait hakları kullanmaya ve eseri tasarrufa yetkili olduklarına dair karine mevcut olup bu eser sahibine karşı değil, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek bir karinedir⁸²³. Maddede yayımlanmış bir eserin sahibi, belirlenemiyorsa eseri yayımlayan kimsenin, bu kişi belli değilse çoğaltan kişinin eser sahibine ait hak ve yetkileri kendi adına kullanabileceği düzenlenmektedir. Ayrıca konferans ve temsile konu eserlerde eser sahibi belli değilse, konferansı veren ve temsili icra ettiren kimsenin eser sahibine ait hak ve yetkileri kendi adına kullanabileceği düzenlenmektedir. Asıl hak sahibi ile eser sahibine ait hak ve yetkileri kullanan kimseler arasında adi vekâlete ilişkin hükümler uygulanır. Yayıncı, çoğaltan, konferans veren veya temsili icra eden burada yediemin olarak hareket etmektedir. Bu kişiler, eser sahibinin adını vermeye zorlanamaz⁸²⁴.

⁸²⁰ UrhG § 10’göre bu hüküm direkt olarak sadece eser sahibi hakkı için geçerlidir. Alman eser sahibi hakları kanununun 70 ve 72nci maddesine göre sadece fotoğrafçı ve bilimsel yayınların yazarları 10 uncu maddeye dayanabilir. 10uncu maddenin bağlantılı hak sahipleri için kıyas olarak uygulanıp uygulanmayacağı hususu alman doktrini ve mahkeme içtihatlarında tartışmalıdır. (Bkz. Wandke, Bullinger, Thum, UrhG § 10 Rn. 40; Frey, Rudolph, s.528, (BİLGE, a.g.m prg. 17’den naklen).

⁸²¹ Adaney, s. 237;Berlin duvarı üzerindeki graffiti esere ilişkin eser sahibinin duvar yıkıldıktan sonra bunun bulunduğu duvar kısmının törenle Birleşmiş Milletlere tesliminde, adın belirtilmediğinden bahisle açtığı mahkeme davada bu hakka dayanılması için hak devrine dair sözleşme bulunmadığı ve eser sahipliğini iddia edenin eser üzerinde imzasının bulunmadığından talebi reddetmiştirBGH, 24 Mayıs 2007, I ZR 42/04:GRUR 2007, 691, 693, i Staatgeschenk.(Dreier, Thomas, Specht, Louisa, Lettre d’Allemagne, Droit d’auteur, Revue Propriétés Intellectuelles, Temmuz 2010, No. 36, 916, (TOSUN, (**Manevi Haklar**), s. 134’den naklen).

⁸²² BİLGE, a.g.m., prg 18.

⁸²³ EREL, a.g.e., s. 84; TEKİNALP, a.g.e., s. 154.

⁸²⁴ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 78; TEKİNALP, a.g.e., s. 154.

Hak sahipleri adına meslek birliklerinin dava açması durumunda ihlale konu eserlerin yayınlanma iddiası hüküm kurmaya yeterli olmayıp hak sahiplerince meslek birliğine verilen yetki belgesinin veriliş tarihinden sonra yayınlanan eserlerin tespit edilerek hüküm kurulması gerekir⁸²⁵.

c.Tüzel kişilerin mali hak sahipliği (FSEK m. 18)

Eser sahipliği, eseri vücuda getiren kimsenin mali ve manevi haklarını içeren yetkilerinin tümünü ifade eder. FSEK m. 8 gereğince eseri meydana getiren kimseler eserin sahibidir. Tüzel kişiler eser sahibi olamaz, ancak eseri meydana getiren gerçek kişiler eser sahibi olabilir. FSEK’de 4630 sayılı Kanun değişikliği ile Kanunda eser sahipliğine ilişkin “eseri meydana getiren gerçek kişi” ibaresi 5101 sayılı Kanun değişikliği ile kaldırıldığında tüzel kişilerin de eser sahibi olabileceği izlenimi oluşmuştu. Nitekim Kanunun ilk halinde 8. madde tüzel kişilerin eser sahibi olmasına imkan veriyordu⁸²⁶. 1995 yılında 4110 sayılı Kanun değişikliği ile çalıştıran veya tayin edenler mali hakların sahibi durumuna getirildi⁸²⁷. 2001 yılında ise yukarıda bahsettiğimiz gibi eser sahibinin gerçek kişi olacağı hükmü getirilmiş ve 18. maddede belirtilen tüzel kişilerin manevi hakları kullanabilmesine dair hüküm de kaldırılmıştır. Son olarak maddede 2004 yılında 5101 sayılı Kanun değişikliği yapılarak “gerçek kişi” ibaresi de Kanun maddesinden çıkartılmıştır. “Gerçek” ibaresi maddeden çıkartılmış olsa da FSEK’in 8. maddesi ile eseri meydana getiren kişinin eser sahibi olduğu düzenlendiğinden, eser sahibinin gerçek kişi olması gerektiği anlaşılmaktadır. Mali haklar devredilebilse de manevi haklar devredilemez. Manevi hakların kendisi değil hakkın kullanılması ancak sözleşme ile devredilebilir.

⁸²⁵ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1879.

⁸²⁶ Kanun memur, hizmetli ve işçilerin ve tüzel kişilerin organlarında görev alan kişilerin işlerini görürken ortaya çıkardıkları eserlerin sahibinin çalıştıranlar olması, yayımlayanların tayin ettiği plan dairesinde meydana getirilen eserlerin sahibinin yayımlayan olmasını, sinema eserlerinin sahibinin imal ettiren olmasını düzenlemekte idi. OKUTAN NILSSON, Gül, “Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu” , Uğur Alacakaptan’a Armağan (Derleyen: Mehmet Murat İnceoğlu)”, C. 2, İstanbul 2008, s. 485.

⁸²⁷ 4110 sayılı Kanun değişikliği ile FSEK m. 8 de “Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça, memur hizmetli ve işçilerin, işlerini görürken vücuda getirdikleri eserlerin mali hak sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir.” düzenlemesi yapılmıştır.

Birden fazla kimsenin iştiraki ile ayrılmaz bir bütün halinde meydana getirilen eserlerde aksi öngörülmemişse eser sahiplerini bir araya getiren kişi tarafından kullanılır⁸²⁸.

Eser sahibi, eser üzerindeki haklarını başkalarına tanıyarak eserinin dolayısıyla kendisinin tanınmasını sağlayabileceği gibi eserinden kazanç elde edebilir⁸²⁹. FSEK m. 10/f. son ve 18/f. 2 eser sahibi dışındaki malî hakları kullanma yetkisine sahip kişilere ilişkin düzenleme yapmaktadır. FSEK m. 18 gereği bir iş ilişkisi içinde eser oluşturmak için istihdam edilen memur, hizmetli ve işçiler işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin sahibidirler. Ancak eser çalışanın yapması gereken iş olduğunda eser üzerindeki manevî haklar çalışana, malî hakların kullanılması da çalıştırana aittir. Eser üzerindeki hakların kullanımının çalıştıranlara ait olduğuna ilişkin FSEK m. 18/f. 2 hükmü maddî ve manevî hakları kapsadığı izlenimi verse de çalıştıranların manevî yetkilere sahip oldukları şeklinde yorumlanamaz⁸³⁰. Tüzel kişilerin organları hakkında da bu kural uygulanır⁸³¹.

FSEK m. 18/son fıkrası gereği yayımcılar, yapımcılar eser sahibi ile yapacakları sözleşme ile ancak mali hakları kullanırlar⁸³².

Tüzel kişilerin organı olan gerçek kişinin eserler üzerindeki hakları kullanabilmesi, eserin tüzel kişinin faaliyet alanı ile ilgili olması ve işin görülmesi sırasında meydana getirilmesi şartına bağlıdır. Kanun, burada da tüzel kişi lehine adı

⁸²⁸ OKUTAN NILSSON, a.g.m., s. 499.

⁸²⁹ TMK m. 683 hükmünce, bir şeye malik olan kimse hukuk düzeni sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.

⁸³⁰ EREL, a.g.e., s. 87, 333; ŞAHİN, a.g.e., s. 66, 67; TEKİNALP, a.g.e., s. 145; FSEK Tasarısında işverenin mali hakların kullanımının gerektirdiği ölçüde manevi hakları kullanabileceği düzenlenmektedir. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

⁸³¹ “...uyuşmazlık konusu fotoğrafın davalılardan İ. Şadi A. tarafından ve davacı şirkette çalışırken meydana getirildiği anlaşıldığına göre, anılan maddenin üçüncü fıkrası uyarınca işleme eser sahibinin davalı İ. Şadi A. olduğu, ancak bu eser üzerindeki malî hak sahibinin ise 5846 Sayılı FSEK 52. maddesi uyarınca yazılı bir devir sözleşmesi gerekmeksizin davacı şirket olduğunun kabulü gerekir. Esasen, tüzel kişilerin eser sahibi olamayacakları da göz önüne alındığında mahkemenin davacı şirketin işleme eser sahibi olduğunun tespitine ilişkin kararı doğru görülmüştür.” 11. HD T. 14. 04. 2011, 2009/5129, K. 2011/4350, T. 14.4.2011. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 03.06.2012.

⁸³² TEKİNALP, a.g.e., s. 143.

bir karine getirdiğinden eserin yaratıcısı her zaman aksini ispat ederek, eserin üzerindeki hakları bizzat kullanabilir⁸³³.

d. FSEK m. 57/f. 2 deki güzel sanat eserlerinde çoğaltmaya ilişkin karine

Eser vasfındaki fikrî ürün maddî olmayan soyut bir değer olduğundan FSEK m. 57 gereği asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça fikrî hakların devrini kapsamaz⁸³⁴. Maddede eser sahibinin eserin cisimleştiği eşyayı elinde bulundurana karşı ileri sürebileceği haklar düzenlenmiştir.

Eşya Hukukunda zilyet lehine karine getiren TMK m. 985’de “Taşınırın zilyedi onun maliki sayılır. Önceki zilyetler de zilyetlikleri süresince o taşınırın maliki sayılırlar” hükmünce taşınırlarda mülkiyete ilişkin zilyetlik karinesi öngörülmüştür.

Fikri mülkiyet alanında da bunun benzeri bir karineyi 5846 sayılı Kanun getirmiştir. FSEK m. 57/f. 1’deki eserin asıl veya çoğaltılmış nüshaları üzerindeki mülkiyet hakkının devrine dair düzenleme FSEK m. 52 hükmündeki yazılı şekil kuralına istisna getirmemektedir⁸³⁵. Başkaları tarafından işleme hakkının kullanılabilmesi için hakkın FSEK m. 52 gereği yazılı sözleşme ile devri şartı, bu devrin geçerlilik şartıdır⁸³⁶. Sipariş edilen eserler için yapılan taahhüt sonrasında eser gerçekleştirildiğinde hakların ayrı ayrı belirtilerek yazılı hak devirlerinin yapılmasını OKUTAN NILSSON, bürokratik yük olarak görmekte ve FSEK m. 57’ yi FSEK m. 52’deki şekil şartının istisnası olduğunu savunmaktadır⁸³⁷. Taahhüt sözleşmesinde sipariş edilen eserin tesliminde hangi hakların devredileceği yazıldığı takdirde yazar FSEK m. 57/f. 1 uyarınca bu hakların eserin teslimiyle devredilmiş sayılacağını belirtmektedir.

⁸³³ 11. HD. T 10. 06. 2013, E. 2011/12280, K. 2013/12047, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>. Erişim T. 22.09.2012.

⁸³⁴ ÖZTAN, (**Fikir ve Sanat**), s. 579; TEKİNALP, a.g.e., s. 5.

⁸³⁵ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C. II, s. 1753.

⁸³⁶ HGK. 02.04.2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271, YAVUZ, a.g.e., s. 175.

⁸³⁷ Gül OKUTAN NILSSON, “İleride Vücuda Getirilecek Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Devri”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y. 4, S. 15, s. 598.

FSEK m. 57/f. 2 hükmünde ise güzel sanat eseri üzerinde çoğaltma hakkına yönelik bir karine getirilmiş ve çoğaltma hakkını haiz olan bir kimseden kalıp ve sair çoğaltma aletlerinin zilyetliğini iktisap eden kimsenin aksi kararlaştırılmadıkça çoğaltma hakkını da iktisap etmiş sayılacağına dair karine getirilmiştir⁸³⁸.

e. FSEK 76/2'deki haksız kullanım karinesi

FSEK m. 76' da, 4630 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önce meslek birliklerinin mahkeme önüne götürdükleri uyuşmazlıklarda, mahkemelerin meslek birliğine üye olan sanatçıların ve birlik tarafından temsil edilen eserlerin tümünün listesini görmek istemesi bir sorun idi. Açılan davada binlerce eser sahibi ve milyonlarca eseri korumakta olan meslek birliklerinin, bu şekilde bir listeyi mahkemelere sunması çoğu zaman fiilen mümkün olamamakta ve meslek birlikleri güç durumda kalmaktaydı. İşte problemin çözümü amacıyla bu düzenleme getirilmiştir.

Eseri yayınlanan birlik üyesi müzik eseri sahiplerinden alınan yetki belgelerinin düzenleme tarihi itibarıyla, bu belgelerin kapsamına giren müzik eserlerinin neler olduğunu tayin olunacak uzman bilirkişilerin tespitinden sonra oluşacak sonuca göre tazminat, bedel veya mevcut ve muhtemel tecavüzün önlenmesine karar verilmesi gerekir⁸³⁹.

⁸³⁸ BOZBEL, a.g.e., s. 110, 111; ŞAHİN, a.g.e., s. 114.

⁸³⁹ 11. HD. 22. 03. 2005, E. 2004/4842, K. 2005/2610 "...FSEK'nun 76/son maddesinin açık hükmü karşısında, davacı meslek birliğinin, eser işletme belgesine sahip fonogram yapımcılarından alınmış yetki belgeleri, bu eserlerden bazılarının yayınlandığının tespit edildiği noter tespit belgeleri gibi, davacı tarafından iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturacak delillerin ibrazından sonra, mahkemenin verdiği sürede kanunda öngörülen izin ve yetkilerin alındığına dair liste ve belgelerini sunamayan davalının, yayınlanan eserlerin fonogram yapımcılarına ait tüm fonogramlarındaki eserlerinin haksız kullanımı konusunda davalı aleyhine karine teşkil etmiştir. O halde, eseri yayınlanan birlik üyesi müzik yapımcılarından alınan yetki belgelerinin düzenleme tarihi itibarıyla bu belgelerin kapsamına giren müzik eseri işletme belgesi fonogramların ve bunların içeriklerinin neler olduğunun tayin olunacak uzman bilirkişi ya da bilirkişilere tespitinden sonra oluşacak sonuca göre, mevcut ve muhtemel tecavüzün önlenmesine karar verilmesi gerekirken, sadece yayınlandığı belirlenen fonogramlar bakımından davanın kısmen kabulü isabetsiz olmuştur.". 11. HD, T.23.01.2006, E. 2005/553, K. 2006/381, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 12.10.2012.

Fikri hak ihlallerinde ispata yönelik olarak FSEK m. 76'nın sonuna, önce 4630 sayılı Kanun ile bir fıkra ilave edilmiş; daha sonra ise 5728 sayılı Kanun ile de “*hukuk davalarında*” ibaresi eklenmiştir. TRIPS m. 43'e dayanılarak düzenlenen bu hükme göre, hukuk davalarında, mahkemece FSEK m. 76/f. 2 hükmüne göre, davacı iddialarının doğruluğuna ilişkin kuvvetli deliller sunulması halinde korunan eserleri kullananlardan kanunda düzenlenen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri ve tüm yararlanılan eserlerin listelerini sunması istenebilecektir. Bu yaklaşık ispat seviyesinde bir delil gösterme yükümlülüğüdür. Bu deliller davacının hak sahibi olduğu nüshalar ile davalının ihlal oluşturan eylemine ilişkin nüsha, tespit, kayıt, görüntü, ilan, reklam, afiş gibi deliller olabilir. Mahkeme bu deliller kapsamında delil sunma yükümlülüğünü davalıya yükleyebilir. TRIPS m. 43'de buna ilişkin karine getirilmemişse de 5846 sayılı Kanun 76 ncı maddesinde bu karineyi düzenlemiştir. Bu belgelerin mahkemeye sunulmaması bu eserlerin haksız kullanıldığına karine oluşturur⁸⁴⁰. Kanun koyucu tarafından hak sahipleri lehine getirilen bu karinenin gerekçesi, hak sahiplerinin her bir izinsiz kullanımı ispatlama ve tespit etmesinin fiilen imkansıza yakın denebilecek şekilde zor olmasıdır. Kanundan doğan bu karine aksi ispat edilebilen adi bir karinedir. İhlal edilen hakka ilişkin ilgili vakıanın ortaya çıkarılması ve varsa zararın miktarının belirlenmesi amaç edinilir. Kanun gereği, hakimde kuvvetli kanaat oluşması, iddianın yaklaşık ispatının yapılıp yapılmadığı yönünde araştırma ile olur.

FSEK'de öngörülen zorunlu belgeler çoğu zaman uyumsuzluk taraflarının ortak düzenledikleri veya ortak yararlarının olduğu belgelerdir. HMK m. 219 gereği taraflarca tutulması zorunlu belgelerin ibrazı zorunlu iken, FSEK m. 76 uyarınca

⁸⁴⁰ Fıkra metni, “*Bu Kanun kapsamında açılacak hukuk davalarında mahkeme, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delil sunması hâlinde, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu Kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir. Belirtilen belge veya listelerin sunulmaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder.*” Maddede, hukuk davası - ceza davası ayırımı bulunmazken 5728 sayılı Kanun değişikliği ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nda delil toplama yöntemleri geniş şekilde düzenlendiğinden, hüküm hukuk davalarına özgülenmiştir. EREL, a.g.e., s. 362; Muhammet ÖZEKES, “FSEK’de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, FSHD, 2005/1, s. 79; Kaan ULAŞ, “5728 sayılı Yasa ile Fikrî ve sınai Haklara İlişkin Düzenlemelerde Yapılan Değişiklikler”, FSHD, 2008/13, s. 147.

kuvvetli kanaatin oluşmasına bağlıdır. Bu ise tecavüze uğradığını iddia eden tarafın işini zorlaştırmaktadır. Kanaatimizce fikrî hak ihlallerindeki ispat zorluğundan dolayı, resmi defterlerin herhangi bir kanaat gerekmeksizin zorunlu olarak ibrazı gerekir. Bu belgeler kanunen tutulması ve hatta yetkili meslek birliklerinde de bulunması gereken ve gizli olmayan belgelerdir.

FSEK m. 76 hükmüne göre, sadece eserleri kullananlardan, bu kullanıma yetkili olduklarına ilişkin belgeler ve/veya yararlanılan eserlerin listeleri mahkemelerce istenebilmekte olup AB nin 2004/48 sayılı Direktifindeki geniş kapsamlı delil teslim ve güvenlik esaslarının getirilmesi gereklidir⁸⁴¹. Belgenin sunulmaması hakkın kötüye kullanımına karine olduğundan bu tarafa yöneltilecek yeminin herhangi bir işlevi kalmaz. Dava hakemde görölse dahi olaya FSEK'in ilgili maddeleri uygulanarak karar verilecektir. Karine gereği hakkı ihlal edilenin tüm eserlerinin kullanıldığı farzedilerek hesaplama yapılacaktır⁸⁴².

Davacının iddialarına ilişkin kanaat oluşturacak delil sunulması gerekir. Bu hüküm ile davalı tarafa sıkı ispat yükü getirilmektedir⁸⁴³. Eserlere ilişkin hak ihlallerinin kolaylığı; buna karşın ihlali öğrenmenin ve ispatının zorluğu gibi olumsuzluklar fikrî mülkiyet sahibinin aleyhine olduğundan eser sahibi lehine bazı ilkeler getirilerek bir denge kurulmaya çalışılmıştır⁸⁴⁴.

FSEK. 76/f. 2'deki *“Belirtilen belge veya listelerin sunulmaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder.”* hükmünü içeren son cümlesinin, Anayasaya aykırılığına ilişkin İstanbul 1. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin başvurusu, AYM'nin 12.07.2013 tarihli, E. 2012/133, K. 2013/33 sayılı kararı ile reddedilmiştir⁸⁴⁵.

⁸⁴¹ BİLGE, a.g.m., prg. 26.

⁸⁴² HGK, 15.12.2010 T., E. 2010/4-607, K. 2010/663.

⁸⁴³ ERDİL, a.g.e., s. 681; ÖZTAN, (Fikir ve Sanat), s. 692, 693.

⁸⁴⁴ ÜSTÜN, a.g.t., s. 15.

⁸⁴⁵ Karar 12.07.2013 tarihli RG. (S. 28705) ile yayınlanmıştır. İtirazda FSEK. 76/2 fıkrasının son cümlesinin ispat külfetini eser sahipleri lehine ters çevirmekle ölçülülük prensibini ihlal ettiği, davanın taraflarından birini diğeri karşısında dezavantajlı duruma düşürdüğü, adil yargılanma hakkı, adalet ve eşitlik ilkelerine uygun olmadığı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2, 10, 13 ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

FSEK m. 76/f. son açık hükmü gereği meslek birliğince, eser sahiplerinden alınan yetki belgeleri, bu eserlerden bazılarının yayınlandığının tespit edildiği noter tespit belgeleri gibi davacı tarafından kuvvetli kanaat oluşturacak delillerin sunulması ile davalı mahkemenin verdiği sürede kanunda öngörülen izin ve yetkilerin alındığına dair liste ve belgeleri sunamazsa yayınlanan müzik eserlerinin sahiplerinin tüm müzik eserlerinin haksız kullanımı konusunda davalı aleyhine bir karine oluşur. Yargıtay da meslek birliğinin takip yetkisine sahip olduğu tüm eserler yönünden rayiç bedel hesaplaması yapılması gerektiğine hükmetmekte iken sonraki kararlarında bu görüşünden vazgeçmiştir⁸⁴⁶. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ile buna ilişkin kararlar verilirken meslek birliğinin 68. madde gereği açtığı davada

AYM gerekçesinde; “İtiraz konusu kural, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınların haksız olarak kullanıldığı hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter delil sunulması halinde, mahkemenin davalı taraftan gerekli izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini dosyasına ibraz etmesini isteyebileceğini, istenilen belge veya listelerin sunulamamasının eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanıldığına karine teşkil edeceğini düzenlemektedir.

Karine, bilinen bir olaydan belli olmayan bir diğer olay için hâkim ya da kanun tarafından çıkarılan sonuçtur. Başka bir ifadeyle karine, bir olayın hukukî durumunun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasını sağlayan, adalet düşüncesinin etkin bir şekilde işlemesine yarayan bir ispat usulüdür. Fikrî mülkiyet haklarının ihlal edilmesindeki kolaylığı ve ihlal teşkil eden eylemlerin denetimindeki zorluğu gözetken kanun koyucu, korsan mal ticaretiyle etkin mücadele siyaseti kapsamında yasalaştırdığı itiraz konusu kural ile fikrî mülkiyet hakkı sahiplerine, bu hakkı ihlal edenler karşısında iddialarını ispat kolaylığı sağlamıştır.

Kanun koyucu korsan mal ticareti ile etkin mücadele edebilmek amacıyla 5846 sayılı Kanun'da bazı değişiklikler yapmıştır. Bu kapsamda yapılan değişikliklerden olan itiraz konusu kural, davacının gerçekten hak sahipliğini ispatladığı eserlere ilişkin olarak tecavüzün varlığı açısından sübjektif ispat yükünü tersine çevirmektedir. Buna göre mahkemece, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullanmak için gereken izin ve yetkilerin alındığına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerinin dosyasına ibraz edilmesi istendiği halde ibraz etmeyen davalının artık eser, fonogram, icra, film ve yayınları haksız olarak kullanmadığını kendisinin ispat etmesi gerekmektedir. Fakat itiraz konusu kural, karinenin oluşması için belirtilen bu şartlara rağmen, davalı tarafın sözü geçen karinenin aksini ispat hakkını sınırlandırmış değildir. Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir denilmektedir. Hukuk devletinde kanun koyucu, haksız fiil ve sonuçları hakkında yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın ve hukukun temel ilkelerine bağlı kalmak kaydıyla usul kurallarının belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir.” denilerek kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olmadığı belirtilmiştir.

⁸⁴⁶ 11. HD. T. 16.06.2008, E. 2007/4332, K. 2008/8010, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2024, Yargıtay'ın bu görüşünden döndüğüne dair ihlal ile dava tarihi arasında ödenmesi gereken telif bedeline ilişkin T. 02.05.2001, E. 2009/12371, K. 2011/5325, A.e. s. 2025, sadece çalınan müzik eserine ilişkin hesaplama yapılmasına dair T. 31. 05.2011, E. 2009/13653, K. 2011/6640, (A.e., s. 2026'dan naklen);Hakkı ihlal edilen o sanatçının yetki verdiği tüm eserler için, T. 30. 11. 2012, E. 2010/15602, K. 2012/19627;19. 11. 2013, E. 2013/3927, K. 2013/20866;2012/1403,K. 2013/2145,www.uyap.gov.tr, Erişim T. 30. 12. 2016.

yıllık tarife bedelinin tümünün esas alınmayacağına karar verdiği görülmektedir⁸⁴⁷. Oysa bu karine davacının sunduğu belgelere değil, davalının kullanımına ilişkin belge ve listelerin sunulmamasına dair hukukî bir sonuçtur.

Bu düzenleme ile kanun koyucu, "iddiasının doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delili" sunan davacı lehine bir ispat karinesi öngörmüştür. FSEK m. 76/f. 2'de ispat yükü ters çevrilmiş, davalılara "kullandıkları eser ve/veya bağlı haklara ilişkin konuların listesini" sunma konusunda bir yükümlülük getirmiştir. Mahkemenin davalıya böyle bir emirde bulunabilmesi için davanın FSEK kapsamında olması ve davacının mahkemeye iddiasının doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yetecek miktarda delil sunmuş olması gerekir. Bu iki şartın varlığı halinde mahkeme korunmakta olan eserleri, "kullanan kişilerden" Kanunda aranan izinleri ve yetkileri aldıklarını gösteren ve/veya söz konusu eserlerin, icraların, fonogramların filmlerin ve yayınların "listesini" ibraz etmelerini emreder.

FSEK m. 76/f. 2 hükmü, sınırlı bir bilgi verme yükümü öngörmektedir⁸⁴⁸. Eserleri kullananların, FSEK.'de öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri ve/veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir. Alman hukukuna göre de, temel bir hakkın belirlenmesi için UrhG § 97/I'e göre örf ve adetten doğan bilgi alma hakkı, sadece hakkı ihlal eden kişiye karşı ileri sürülebilir. Ayrıca UrhG § 101'de ticarî işlerdeki hak ihlallerinde ihlal edene yöneltilecek kusura dayanmayan ve bağımsız bir bilgi alma hakkı tanımaktadır⁸⁴⁹. Buna göre hak sahipleri internet sağlayıcılarından ihlal eden internet kullanıcısının kimliğini açıklamasını talep edebileceklerdir⁸⁵⁰.

⁸⁴⁷ Yargıtay, "...tüm eserlerin haksız kullanıldığına dair aksi kanıtlanamayan karinenin gerçekleştiği gerekçesi ile ihlalin tespit edildiği tarihle dava tarihi arasında ödenmesi gereken telif bedeline göre tazminatın belirlenmesi gerektiğini" belirtmiştir. 11 HD. T. 02.05.2011, E. 2009/12371, K. 2011/5325; Diğer bir kararında da davalı işyerinde sadece iki eserin çalındığının tespiti ile hesaplamanın bu iki eser üzerinden yapılmasına hükmetmiştir. 31.05.2011, E. 2009/13653, K. 2011/6640.

⁸⁴⁸ BİLGE, a.g.m., prg 27, 29.

⁸⁴⁹ FREY, D, RUDOLPH, M, **EU-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Zeitschrift für Urheber und Medienrecht (ZUM)** 7/2004, s. 523, (BİLGE, a.g.m., prg.30'dan naklen).

⁸⁵⁰ FREY, RUDOLP, a.g.e., s. 525, (BİLGE, a.g.m., prg 32'den naklen).

2. Farklı Hak İhlallerinde Derdestlik İtirazı

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında açılan tecavüz ve buna bağlı olarak açılan tazminat, bedel yahut elde edilen kazanca ilişkin davalarda, dava tarihine kadar gerçekleşen ihlallere ilişkin karar alınır ve sadece bu ihlallerden doğan zararın giderilmesi talep olunur. Hak sahibinin ihlale ilişkin açmış olduğu tazminat davası sonrasında yeni bir ihlal durumunda açılan ikinci davada, karşı taraf derdestlik itirazında bulunabilir. Oysa, her bir yeni hak ihlali, yeni bir dava konusu olur. Açılan ilk davada sonraki dava ilkinden farklı hak ihlaline ilişkin ise derdestlik itirazı kabul edilemez. İhlali gerçekleştiren hakkında açılan dava sonrasında aleyhine karar verilmiş ve kesinleşmiş ise tekrarlanan ihlallerde, ilk davada hiç yargılanmamış, tazminata mahkûm edilmemiş, aleyhine verilmiş karar kesinleşmemiş gibi, haksız fiillerine devam etmesi halinde malî ve manevî hak ihlali nedeniyle yeniden tazminata hükmedilmelidir. Ancak FSEK m. 68 kapsamına göre açılan ve sonuçlanan bir davada farazi sözleşme kapsamında ödeme yapıldığı takdirde yeni açılan davada somut olayın özelliğine göre farazi sözleşmenin kapsamı değerlendirilerek hüküm kurulması gerekir⁸⁵¹.

3. Uygulanacak Faizin Niteliği

Fikrî hak uyuşmazlıklarına ilişkin açılan davalar, mutlak ticarî davalardır⁸⁵². Hangi davaların ticari dava oldukları TTK m. 4 ile diğer özel kanunlarda

⁸⁵¹ Eser sahiplerinden olan yönetmen ve yapımcı aleyhine, filmde kullanılan müziğin söz yazarı davacının açtığı davada, FSEK 68 kapsamında üç katı bedel aldıktan sonra bu kez filmin TV de gösterimine ilişkin davalı şirket aleyhine açılan yeni davada Yargıtay önceki dava ile gösterimin yasal hale geldiğini, mali hakların kullanımına yönelik yapımcıya izin verildiğini belirtmektedir. 11.HD. T. 04.12.2014, E. 2015/3947, K. 2015/7843,(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 12.08.2015.

⁸⁵² 6102 sayılı Kanun 4/d bendi gerekçesinde “*TRIPS ile WIPO anlayışına ve dünya literatüründeki gelişmeye uygun olarak "Fikrî Mülkiyet Hukukuna" ibaresine yer verilmiş; ayrıca bu alanın dallarının adını sayma yöntemi terk edilerek, hüküm genişletilmiştir. Çünkü, kavram TRIPS ile WIPO'nun terminolojisine uygun olarak inter alia fikir ve sanat eserlerine, markalara, patentlere, faydalı modellere, endüstriyel tasarımlara, coğrafi ad ve işaretlere, bitki çeşitleri ve ıslah haklarına, elektronik devrelerin topografyalarına, açıklanmamış bilgilere ilişkin mevzuatı ifade etmektedir. Açıklanmamış bilgiler hariç fikrî mülkiyet kapsamına giren bütün konular Türk hukukunda düzenlendiği için, söz konusu bentte, sayma yöntemi yerine dalları ifade eden kavramın kullanılması gerekliydi. Diğer yandan, Fikrî*

gösterilmiştir. TTK m. 4 hükmünde Ticaret Kanunu hükümlerine göre ticari dava olarak sayılan davaların her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olduğu yahut tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın maddenin birinci fıkrasında bentler halinde sayılan davaların ticarî dava olduğu belirtilmektedir⁸⁵³. Maddenin 1inci fıkrasının (d) bendinde fikrî mülkiyet hakkına ilişkin mevzuat bunların arasında sayılmıştır. 3095 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde arada sözleşme olmasa bile ticarî işlerde, T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli avans kredileri için öngördüğü faiz oranının istenebileceği belirtilmiştir. Fikrî mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklarda açılan davalarda taraflar tacir sayıldığından talep halinde hükümde belirlenen miktara avans faizi uygulanır⁸⁵⁴.

Faize ilişkin olarak TBK m. 88 ve 120'de düzenleme yapılmış ve TTK'dan farklı olarak faize sınırlama getirilmiş ise de 6102 sayılı TTK'nın m. 8 ve 9 hükmü değerlendirildiğinde ticarî işlerde faiz serbestisi bulunduğundan mali hak ihlallerinde de faiz sınırlamasının olmaması gerekir. Talebe göre, haksız fiil tarihi, tespit tarihi, dava tarihi yahut ceza davası açılmışsa, ceza davasındaki şikayet tarihinden itibaren

Mülkiyet Hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlardan doğan davalar, kanunen mutlak ticarî davalardır. Fikrî Mülkiyet Hukukuna ilişkin davaların halen tek yargıçlı, fikrî ve sınai haklara ilişkin hukuk mahkemelerinde görülmekte bulunmaları, bu mahkemelerin ihtisas mahkemeleri olarak adlandırılmaları, bu davaları ticarî dava olmaktan çıkarmaz; niteliklerini değiştirmez. Fikrî mülkiyet davalarına bakan mahkemelerin tek hakimli (MarkKHK m. 71, PatKHK md 146, EndTasKHK m. 58, CoğışKHK m. 30), asliye mahkemelerinin bir başkan ve iki üyeli (26/09/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5 inci maddesi) olmaları, fikrî ve sınai haklar mahkemesinin ticaret mahkemesi olmadığı anlamına gelemez. Çünkü, ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde tek hakimli asliye mahkemesi de ticaret mahkemesi sıfatıyla yargılama yapmaktadır.” şeklindeki izahat ile bu davaların mutlak ticarî davalar olduğu belirtilmiştir. http://www.tobb.org.tr/Documents/ttk/ttk_madde_gerek%C3%A7.pdf.

⁸⁵³ Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir. Bir tacirin borçlarının ticari iş niteliğinde olduğu karinedir. Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır. Ticaret Kanununda düzenlenmiş olan işler, TTK m. 3 gereği bir ticari işletmeyi ilgilendirsün veya ilgilendirmesün ticaridir. Bunlar mutlak ticari iş olarak adlandırılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sami KARAHAN, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 20. Baskı, MimozaYayınları, Eylül 2011, s. 45, 46.

⁸⁵⁴ SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 879; Yargıtay kararı, “...mahkemece hükmedilen tazminat miktarına, TCMB'nın kısa vadeli avans kredileri için uyguladığı faiz oranında temerrüt faizi yürütülmesi gerekirken, kanunda yeri olmayan ve infazda da tereddüt yaratacak şekilde "en yüksek banka faizinin" uygulanması doğru olmamış.” 11. HD. 14.04.2011, E. 2009/5129, K. 2011/4350; Tercüme niteliğindeki işleme eserin izinsiz şekilde basıldığı çoğaltıldığı ve yayımlandığı iddiasına dayalı açılan davada hüküm altına alınacak tazminatlara ticarî işlerde uygulanan temerrüt faizinin uygulanmasına dair. 11. HD. T. 03.07.2012, E. 2012/4244, K. 2012/11787, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.Erişim T. 26. 05. 2014.

faiz işletilebilir. Açılan davada yasal faiz istenilmesi halinde talep dışına çıkılarak avans faizine hükmedilemez.

Zarar yabancı para cinsinden ise, tazminata da yabancı para cinsinden hükmedilmesi gerekir. Mahkeme, TBK m. 99 hükmüne göre talep halinde başka bir ülkenin para birimiyle ödeme yapılmasına karar verebilir veya kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç ödemesi, ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parasıyla da yapılabilir⁸⁵⁵. Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini isteyebilir⁸⁵⁶. Sözleşme ile daha fazla akdi faiz veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para borcunun faizinde, Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanacaktır⁸⁵⁷.

Eser sahibinin haklarına tecavüzün haksız fiil olması nedeniyle davacının talebi halinde faiz, haksız fiil tarihinden itibaren hesaplanmalıdır⁸⁵⁸. Haksız fiil tarihi belli

⁸⁵⁵ “ Öte yandan, mahkemece 5.000 Euro manevi tazminata hükmedilmiş ise de, dava tarihinde yürürlükte olan 818 Sayılı BK’nın 83. maddesi uyarınca, konusu para olan borcun memleket parası ile ödeneceği, ancak sözleşmede başka ülke parası ile ödeme kararlaştırılmış ise yabancı ülke parası ile ödemenin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Somut olayda, Yunan uyruklu davacının, ... isimli eserinin Türkiye’de izin alınmadan ... olarak çoğaltılıp satışa çıkarılmış olması sebebiyle talep edilen manevi zarar sebebiyle zararın yabancı para cinsinden tazminata hükmedilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.” 11. HD. T. 31. 05. 2016, E. 2016/5375, K. 2016/6005 (Çevrimiçi)www.kazanci.com. Erişim T. 20. 10.2016.

⁸⁵⁶ “..Davacı dava dilekçesinde döviz cinsinden talepte bulunduğu, davalı şirketin dava dışı kişilerle yaptığı sözleşmeleri dolar bazında yaptığı bu nedenle davacı lehine hükmolunacak tazminatın, sözleşmelerin yapıldığı tarihler de dikkate alınarak ve FSEK 68. maddesi de gözetilerek döviz cinsinden belirlenmesi gerekir.” 11 HD. 18.01.2000, E. 1999/8912, K. 2000/98. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11.05.2013.

⁸⁵⁷ Arslan KAYA, “**Adi ve Ticari İşlerde Faiz**”, İHFM, C. LIV, 1994, s. 355. www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023004159/1023003754.

⁸⁵⁸ SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 875; EREN, a.g.e., s. 750; Yargıtay bir kararında talep gibi tespit tarihinden itibaren faize hükmetmiştir. “...kitapların izinsiz olarak basıldığına sabit olduğu, davacı tarafın hukukî haklarını ihlal ettiği, davacılar ile İlesam’ın manevî hakları takip edemeyeceği, malî hakların ise taraflar arasındaki sözleşme ile takip edilebileceği gerekçesiyle asıl davada, davacıların FSEK 68 nci maddeye yönelik maddî tazminat istemlerinin kabulü ile telif hakkı tazminatı ile davacıların manevî tazminat istemlerinin kısmen kabulü ile tazminatın

değilse, dava tarihinden itibaren faiz istenebilir. Manevî tazminat davalarında kanunî faiz uygulanır. Manevî tazminata talep halinde olay tarihinden itibaren, talep yoksa dava tarihinden itibaren faiz uygulanır⁸⁵⁹. İslah yoluyla müddeabih arttırılmışsa temerrüt faizine ıslah tarihinden itibaren değil, dava tarihinden itibaren hükmedilmelidir. Yargıtay daha önceki kararlarında ıslah tarihinden itibaren faiz uygulanması gerektiğinden bahisle yerel mahkeme kararlarını bozmuşsa da daha sonrasında eylemin haksız fiil oluşu nedeniyle dava tarihinden itibaren temerrüt faizi uygulanması gerektiğini kabul etmiştir⁸⁶⁰.

4. Bilirkişi İncelemesi

Fikrî ve Sinaî Haklar Mahkemelerinde ihtilafların çözümünde genellikle bilirkişilere başvurulur⁸⁶¹. 03. 11. 2016 tarihinde kabul edilen 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu m. 50 ile değiştirilen HMK m. 268 gereği bilirkişiler, bölge adliye mahkemelerinin yargı çevreleri esas alınmak suretiyle bilirkişilik bölge kurulu tarafından düzenlenecek olan listelerde yer alan kişiler arasından görevlendirilirler.

tespit tarihinden itibaren faiziyle davalıdan alınmasına”, ilişkin karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11. HD. T.03.04.2003, E. 2002/10822, K. 2003/3248; “.. davalıların eylemi aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ettiğine ve davalıların temerrüde düşmeleri için ihtar keşidesi gerekmediğine göre, mahkemece haksız fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren temerrüt faizine hükmedilmesi gerekirken..”. 11. HD, E. 2011/5205, K. 2011/9022, T. 19. 07. 2011, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11. 05. 2013.

⁸⁵⁹ GÖKCAN, a.g.e., s. 818, 819.

⁸⁶⁰ “...eserin izinsiz kullanıldığı tarihten itibaren hükmedilen tazminata temerrüt faizi yürütülmesi gerektiğine göre, zarar görenin gerek kısmi davaya gerekse sonradan açtığı ek davaya veya ıslaha konu ettiği kısma ilişkin olarak hükmedilen tazminatın haksız eylem tarihinden itibaren temerrüt faizine karar verilmesi gerekir. YHGK. T. 05.03.2003 tarih ve 9-76/K. 2003/126 sayılı ilamı da bu yöndedir...” 11.HD. T. 10.02.2010, E. 2010/10435, K. 2011/452, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 28.08.2013.

⁸⁶¹ “...O halde, dava konusu fotoğrafların davacının yazılı izni dışında çeşitli dergi ilanlarında ve internet ortamında yayımlanması iddiası üzerinde durularak; FSEK 68/1. maddesine göre talep edilen malî haklar tazminatının, ilgili meslek birliğinin görüşü alınıp, aralarında bir fotoğraf sanatçısının da bulunduğu ve konusunda uzmanlardan oluşan bilirkişi heyeti mütalaası da alınmak suretiyle değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken bu konularda bir mütalaa içermeyen yetersiz bilirkişi raporunun hükme esas alınarak davacının malî hak tazminatı isteminin reddine karar verilmesi isabetsizdir.” 11. H.D. E. 2004/11266 K. 2005/10524 T. 31.10.2005 <http://www.sertels.av.tr/avukat/hukuk/FSEK-yargitay-kararlari/eser-sahibinin-haklari-mali-haklar-sozlesme.html>

HMK m. 268/ f. 2 kanunların görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişi ve kuruluşlara görevlendirildikleri konularda bilirkişi olarak öncelikle başvurulur⁸⁶².

HMK m. 266 hükmü gereği, mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz⁸⁶³. 24. 11. 2016 tarihli 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu m. 3/f. 2 gereği, bilirkişi, raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz. Aynı maddenin 3. fıkrası “*genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.*” hükmünü düzenlenmiştir. Kanun’un 49uncu maddesi ile HMK m. 266/f. 1’de değişiklik yapılmış ve genel bilgi ve tecrübeyle ya da hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı ve hukukçu bilirkişilerin ayrı bir uzmanlık sahibi olmaları şartını getirmiştir. İş yoğunluğu fazla olan büyük şehirlerde hukukçu bilirkişinin seçilmediği dosyalarda, raporların heyetin diğer teknik uzman veya hesap

⁸⁶² “Uyuşmazlığın konusu haritanın eser olup olmadığı hususunda uzman bilirkişi kurulundan görüş alınması hususunda 11. HD. T. 1. 12. 2004, E.2004/2772, K.2004/12672 (Çevrimiçi) www.kazanci.com; „...Uyuşmazlık konusu fotoğrafların FSEK 4. maddesi anlamında eser sayılıp sayılmayacağı hususunda bilirkişi görüşü alınması hususunda.” 11. HD. T. 05.03.2007, E. 200/927, K.2007/3892; „...davacılar tarafından meydana getirilen tespit ve raporların eser niteliğini taşıyıp taşımadığının belirlenmesi özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden, uzman bilirkişi heyetinden itirazları değerlendirecek yeni bir bilirkişi raporu alınması ve neticesine göre bir hüküm kurulması gerekirken, eksik incelemeyle karar verilmesi” 11. HD. T. 19.12.2012, E. 012/12884, K. 2012/21267, www.uyap.gov.tr. Erişim T. 15.01.2014. “.. şahsa ait dört dakikalık ses ve görüntülerin FSEK.nun 5 inci maddesi anlamında sinema eser sayılıp sayılmayacağı hususunda aralarında sinema sektöründe bir uzmanın da bulunduğu üç kişilik bir bilirkişi heyetinden rapor alınarak neticesine göre bir karar verilmek gerekirken...” ;11. HD.T. 19.10.2006, E. 2005/7427, K. 2006/10605; “Mahkemece de bilirkişi incelemesi yoluna gidilmesi suretiyle benimsediği üzere, güzel sanat eseri mahiyetinde bulunan davacıya ait tablonun değerinin belirlenmesi özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlardandır. Bu itibarla mahkemece, HUMK 275 ve devamı maddeleri nazara alınmayarak re’sen rayiç bedelin tespiti yoluna gidilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...” 11. HD. T. 04.10.2010, E. 2009/3407, K. 2010/9658, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, Erişim T. 02.12.2013.

⁸⁶³ “...HUMK 275. maddesine göre, “Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemeyeceğine” göre bilirkişilerce belirlenen manevî tazminata aynen hükmedilmesini bozma nedeni yapmıştır. YHGK. 02.04.2003, E. 2003/4-260, K. 2003/271, ERDİL, a.g.e., s. 537.

bilirkişilerince gereği gibi düzenlenemediği ve eksik raporlar nedeniyle yargılamaların uzadığı gözlemlenmektedir. Fikri mülkiyet ihtilaflarının temyiz incelemesini yapan Yargıtay dairesi tarafından da bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın verilen kararlar bozulmaktadır⁸⁶⁴. Uygulamada bilirkişi heyeti genellikle; biri konunun uzmanı, biri ihtilafın türüne bağlı olarak sanatçı, yazar, yayıncı, yönetmen senarist vs. gibi sektör temsilcisi ve diğeri de malî müşavir olan üç kişiden oluşmaktadır. Seçilen bilirkişilere taraflar, öğrendikleri tarihten itibaren en geç üç gün içinde itiraz edebilir. Mahkeme itirazı haklı bulursa, itiraz edilen bilirkişi yerine başkasını tayin eder.

Bilirkişi raporunun hazırlanması için tanınan süre üç kişilik bir heyet için ortalama 2 ay olmasına rağmen bu süreye çoğunlukla uyulmamaktadır. Yargıtay yetersiz, eksik, çelişkili veya denetime elverişli olmayan rapora dayalı olarak verilen kararları bozmaktadır⁸⁶⁵. Genellikle üç kişiden oluşan heyetteki her bir bilirkişi için takdir edilen bilirkişi ücreti, duruma göre dosyanın birkaç kez farklı heyetlere gönderilmesi sonucu da iki veya üç katına çıkabilmektedir. Davayı kaybeden taraf, mahkeme masrafları, karşı tarafın avukatının kanunî vekâlet ücretine de katlanır. Türk hukuk uygulamasında ihtisas mahkemelerinde fikrî mülkiyete ilişkin tüm davalarda bilirkişiye başvurulmaktadır. Mahkemece bilirkişiye gidildikten sonra hâkimin gerekçelendirerek bilirkişi raporuna uyulmaması sebeplerini göstererek hüküm kurabilmesi gerekirken Yargıtay hatalı bir şekilde yeniden bilirkişiye gidilmesi için

⁸⁶⁴ “..FSEK'nun, 32/1. fıkrasında düzenlenen, hükmün uygulanabilmesi için de; toplantıda söylenen ve dava konusu kitaba aynen alınan sözlerin FSEK'nun l/B ve 2. maddelerine göre eser olup olmadığının mahkemece re'sen belirlenmesi gereklidir. Bu belirleme yapılırken hakim, HUMK'nun 275. maddesi uyarınca, uyuşmazlığın çözümü konusunda uzman bu bilirkişi veya işin niteliğine göre bilirkişi kurulunun özel ve teknik bilgisinden yararlanmak zorundadır. Oysa; Davacının sözlü açıklamalarının eser niteliğinde olup olmadığı hususunda görüşüne başvurulmuş bilirkişinin mesleği "Avukat" olup, ilim ve edebiyat eserleri konusunda uzman olduğu kabul edilemez.” 11. HD. T. 13.03.2007, E. 2006/934, K. 2007/4555 , (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 30.09.2012.

⁸⁶⁵ “..Mahkemece de uyuşmazlığın çözümünün bilirkişi incelemesini gerektirdiği kabul edilen somut olayda bilirkişi incelemesi yaptırılmasına rağmen alınan raporlara itibar edilmeyerek ve raporlar arasındaki çelişki giderilmeden resen belirlenen rakama hükmedilmesi doğru görülmediği gibi davaya konu dizinin oyuncularını tarafından açıldığı beyan edilen dava dosyalarında celp edilip incelenerek dosyaların birleştirilerek görülmesi gerekip gerekmeyeceği hususunda değerlendirilmemiş olması doğru görülmemiş, kararın bu sebeplerle davacı vekili ve davalı ... TV .. İşletmeciliği A.Ş. yararına bozulması gerekmiştir.” 11 HD. T. 26. 05. 2016, E. 2015/11865, K. 2016/5811, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 20.10. 2016.

mahkemeleri zorlamaktadır⁸⁶⁶. Fikri mülkiyet uyuşmazlıklarının ve rayiç bedelin tespiti tamamen özel veya teknik bilgi ve bilirkişi incelemesi gerektirir. Ancak, objektif, değişmez, kesin bir miktar tespiti mümkün olmadığından, aynı verilerle dahi bilirkişiler farklı kıstaslar sonucu farklı bedellere ulaşmaktadır. Bu nedenle bilirkişi raporları varılan sonuçlara ilişkin dayanakların açık, denetlenebilir ve gerekçeli olması gerekir⁸⁶⁷.

Maddî tazminat davalarında bilirkişi raporları önemli bir delildir. Uygulamada genellikle biri FSEK alanında uzman hukukçu diğerleri konu ile ilgili sektör bilirkişileri olmaktadır⁸⁶⁸. Ticarî defterler üzerinde muhasip bilirkişi marifeti ile inceleme yapılmaktadır. Bilirkişi incelemesinde bilirkişi öncelikle tecavüze konu fikri ürünün eser olup olmadığı, kanun korumasından yararlanıp yararlanmayacağı hususunu ayrıca dava açan kişilerin veya meslek birliğinin hak sahibi olup olmadığı hususunu tespit edecektir.

Hâkim manevî tazminat miktarını belirlemek için bilirkişiye başvuramaz.

Fikri ürünün eser olup olmadığına, kanunda sınırlı sayılan eser türlerinden hangisine girdiğine ilişkin mahkemece re'sen araştırma yapılması gerekir⁸⁶⁹. Eser

⁸⁶⁶ "...HUMK'nun 286 ncı maddesinde belirtilen bilirkişinin rey ve mütaalasının hakimi bağlamayacağı hükmü, hakimın bilirkişi raporunu serbestçe takdir edeceği, bilirkişi raporunu yeter derecede kanaat verici bulmazsa bilirkişiden ek rapor (HUMK 283.md.) alabileceği veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabileceği (HUMK 284.md.) şeklinde anlaşılmalıdır. Yoksa, hakimın bir kez bilirkişiye gittikten sonra bundan dönerek uyuşmazlığın çözümünün hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî ve mesleki bilgi ile çözümlenebileceği kabul edilemez. Bu itibarla mahkemece, dosyada alınan bilirkişi görüşüne iştirak edilmemesi karşısında yukarıda açıklananlar kapsamında yeniden bilirkişi heyeti oluşturularak dava konusu yapının FSEK.4/3.maddesi anlamında mimari eser olup olmadığının belirlenmesi ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle karar verilmesi doğru görülmemiştir." 11. HD. T., 02.06.2008, E 2007/13493, K. 2008/7196, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 27.07.2014.

⁸⁶⁷ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2020, 2021.

⁸⁶⁸ Murat ORUÇ, **Haksız Rekabette Maddî Tazminat Davası**, XII Levha, 1. Baskı, Mart 2009 İstanbul, s. 135, 136.

⁸⁶⁹ Yargıtay, "...davacıya ait yazılımın eser olup olmadığının mahkemece re'sen araştırılması gerektiği, davacı tarafından yargılama sırasında kendi bilgisayar programının yazılım kodlarını mahkemeye sunulduğundan davacıya ait bilgisayar programının FSEK.nun 1/B ve 2/1. maddeleri kapsamında ilim ve edebiyat eseri olup olmadığı hususunun, davacının tercihine bırakılmaksızın, mahkemece re'sen yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile belirlenerek; davacı yazılımı eser vasfında ise uyuşmazlığın FSEK' nun 83. maddesi çerçevesinde değerlendirilip bir çözüme kavuşturulması gerektiğine..." hükmetmiştir. 11. HD. 22.02.2007 T., E. 2005/11944 K. 2007/3304, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11.09.2012.

sahipliği ihtilaflı ise, eser sahibi lehine tazminata hükmedilebilmesi için, eserin davacıya ait olup olmadığının, eserin sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerekir⁸⁷⁰. Yargıtay, hususiyetin her somut olayda bilirkişilerce belirlenmesi ve bilirkişilerin aynı tip eserlerin genel olarak nasıl meydana getirildiğini, eser sahibinin hususiyetinin esere yansıtılıp yansıtılmadığını, yansıtılmış ise nelerde belirgin olduğunu tespit etmeleri gereği üzerinde durur. Dolayısıyla hususiyetin tespitinde somut olayın özelliklerine göre bir yaklaşım benimsenmelidir.

TV formatlarının eser olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. TV formatları; bir televizyon şovununun izleyicileri tarafından, değişmeyen ana yapısına, üslubuna ve yayın akışına ilişkin olarak, kolaylıkla tanınabilen tüm karakteristik özellikleri olarak tanımlanırlar. Programın nasıl yapılacağını tarif eden bu tarifname TV programına uyarlanır⁸⁷¹. Formatlar genellikle soyut olup yazılı kısımları sadece program akışına ilişkindir. Yargıtay TV formatlarının telif korumasından yararlanabileceğini, bunun aralarında yayıncı bilirkişinin de

⁸⁷⁰ “Davalı tarafın davacı yazarların eserlerini aynen kopyalayarak başka bir yazar adı ile bastırdıkları ve ders kitabı olarak Bakanlıktan onay aldıkları, bu itibarla dava konusu kitabın 5846 sayılı Yasa ve dosya kapsamı çerçevesinde eser sahibinin davacı yazarlar olduğu gerekçesi ile davacıların mali haklar ve manevî tazminat istemlerinin kısmen kabulü ile davalılar tarafından yayınlanan “LİSE 1 KİMYA” adlı kitabın eser sahibinin davacı yazar olduğunun tespitine, eser üzerine davacı yazarların isimlerinin dercedilmesine...” dair verilen karar Yargıtay’ca onanmıştır. 11.HD. 08.05.2003, E. 2002/12150, K. 2003/4629. (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 10.02.2012. “..sözleşme konusu çevirinin FSEK 6/1-1 anlamında çeviri eser ve eser sahibinin ise davacı olduğu, teknik redaksiyonun eser sahibi hakkı vermeyeceği, buna rağmen FSEK 10/3. maddesi anlamında teknik yardım olarak nitelendirilecek redaksiyon işlemini gerçekleştiren davalı Suavi’nin adının kitapta eser sahibi olarak zikredilmesinin FSEK 14-15 maddelerin de düzenlenen manevî hak ihlali olduğunu, keza çeviride esaslı değişiklikler yapılmış olmasının da özgün niteliğini bozduğundan 16. maddede düzenlenen manevî hak ihlali oluşturduğu...” 11. HD. T. 12.06.2008, E. 2007/571, K. 2008/7797, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 11.05.2014.

⁸⁷¹ BOZBEL, a.g.e., s. 62;ÇOLAK, a.g.m., s. 23.

bulunduğu bilirkişi heyeti ile tespiti gerektiğini belirtir⁸⁷². Programların benzerliğinde program görüntülerinden bazı sahnelerin renkli bilgisayar çıktılarının dosyaya sunulması ile dekor, ışıklandırma, seyircilerin yerleştirme biçimleri, sunucu ve izleyicinin bulunduğu platform, sunucunun davranışları gibi unsurların benzerlikleri araştırılarak bir sonuca varılmaktadır.

Bilgisayar programlarına ilişkin ihlaller diğer fikir ve sanat eserlerine göre daha teknik ve karmaşık özellik gösterdiğinden uyuşmazlıkların çözümünde teknik bilirkişiler görevlendirilir⁸⁷³.

⁸⁷² Yargıtay, Televole isimli ünlü bir TV program formatına ilişkin açılan davada FSEK m. 5 gereği formatın sinema eseri olarak korunması gerektiğine hükmetmiştir. 11. HD. T. 31.10.2000, E. 2000/6049, K. 2000/8439, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11.10.2012; “Yayına ilişkin program formatının, bir bütün halinde FSEK m. 1/B-(a) ve 2/ f. 2 hükmü anlamında sahibinin hususiyetini taşıyan, bir ilim ve edebiyat eseri olup olmadığını aralarında TV program yapımcılığı alanında uzman bir öğretim üyesinin de bulunduğu bilirkişi heyetinden görüş alınarak tespiti gerektiği hakkında” 11.HD. T. 10.06.2013, E. 2011/12280, K. 2013/12047. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 23.04.2014. Alman Federal Mahkemesinin ise eleştirilen kararına göre genel olarak TV formatlarının eser olarak korunamayacağı, formatlarda yaratıcı şekil vermenin bulunmadığını, şovun belirli bölümlerindeki, programın temel unsurlarının taklit edilmesi halinde haksız rekabet hükümlerine göre korunacağı; ancak programın ana fikri alınmışsa, bu takdirde korumanın bulunmadığı belirtilmiştir. GRUR 2003, 876-Sendeformat. Kararın değerlendirilmesi için Heinkelein, Fey; “Der Schutz von Fernsehformaten im deutschen Urheberrecht-zur Entscheidung des BGH: Sendeformat”, GRUR Int 2004, 378 vd. .Wandtke, Bullinger, prg 2Rn. 126, (BOZBEL, a.g.e., s. 63’den naklen).

⁸⁷³ “... aralarında bilgisayar uzmanının da bulunduğu uyuşmazlık konusunda uzman yeni bir bilirkişi kurulu oluşturularak, WWL CD-ROM'dan alındığı belirtilen CAE çıktılarının veri tabanı niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi, davacı meslek birliğindeki bilgisayar kayıtları ve veri tabanı üzerinde inceleme yaptırılıp, anılan sözleşme ile birlikte denetime elverişli bir şekilde değerlendirilmesi, böylelikle SACEM in dava konusu eserler üzerinde hak sahibi olup olmadığının belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu yönden eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”. 11. HD, T. 10.12.2007, E. 2006/12916 K. 2007/15617.(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 02.05.2013; Davacı ile davalı tarafından işletilen internet sitelerinde kullanılan dava konusu bilgisayar oyun programlarının aynı veya farklı işleme eserlerden oluşup oluşmadıkları belirlenerek hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın kabulü doğru görülmemiştir.” şeklindedir. 11. HD, E. 2007/3304 K. 2008/9425K 17.07.2008; Davacıya ait yazılımın eser olup olmadığının mahkemeye re’sen araştırılması gerekir. Davacı vekili, yargılama sırasında kendi bilgisayar programının yazılım kodlarını mahkemeye sunmuştur. Bu durumda, davacıya ait bilgisayar programının FSEK.nun 1/B ve 2/1. maddeleri kapsamında ilim ve edebiyat eseri olup olmadığı hususu, davacının tercihinin bırakılmaksızın, mahkemeye re’sen yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile belirlenerek; davacı yazılımı eser vasfında ise uyuşmazlığın FSEK.nun 83. maddesi çerçevesinde değerlendirilip bir çözüme kavuşturulması gerekirken,..”11. HD, E. 2005/13114, K. 2007/4345 T. 13.03.2007;”Üniversite rektörlüğünün davacı olduğu davada davalının üniversitede çalıştığı sırada hazırladığı veri tabanı ve yazılım programların telif haklarının davacıya ait olduğu ve davalıların izinsiz kullanımı nedeniyle açılan davada mahkemeye öncelikle dava konusu programın eser olup olmadığı bilirkişi incelemesiyle tespit edilmesi gerekirken inceleme yaptırılmaması bozmayı

Sinema eserlerinde tespit sinema eserinin kurucu unsurudur.⁸⁷⁴. Eser; diyalog, müzik ve resimlerin kompozisyonundan meydana gelen bir bütündür⁸⁷⁵. Hususiyetin tespitinde filmin türü ve niteliği, filmin ilgili bulunduğu eser kategorilerinin hususiyete ilişkin aranan kıstasları da ayrıca dikkate alınır. Bu eserler sinema eserinden bağımsız korunabilirler⁸⁷⁶. FSEK m. 80/C- f. 5 gereğince sinema eserlerinde filmin ilk tespitini yapan yapımcıya malî hakları devrettikten sonra sözleşmede aksine hüküm yoksa filmin alt yazısı ya da dublajını yapan bağlantılı hak sahibinin eylemi hukuka aykırı olmadığından eser sahibi bu kişilerin eylemine itiraz edemez.

Yargıtay, davacının çekip izinsiz kullandığı görüntülerin söz konusu olduğu filmin, FSEK m. 5 hükmü uyarınca sinema eseri niteliğinde olup olmadığı, eser olmasa da görüntülerin izinsiz kullanımı sebebiyle davacının haksız rekabet hükümleri gereği tazminat isteme hakkı olduğunu ve görüntülerin eser olup olmadığının hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün konulardan olmadığını, bilirkişinin oy ve görüşünün alınması gerektiğini belirtmiştir⁸⁷⁷. FSEK m. 5’de tanımlanan sinema eserinin korunmasında eser

gerekirmiştir.” 11 HD. T. 31. 10. 2013, 2013/3392, E, 2013/19315 K. www.uyap.gov.tr, Erişim T. 03. 11. 2016; Bilgisayar programının eser niteliğine ilişkin bilirkişi incelemesi yaptırılması hususunda 11.HD. T.22.02.2007, E.2005/11944, K.2007/3304; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.I, s. 47.

⁸⁷⁴ ATEŞ, (**Sinema Eseri**), s. 71- 73.

⁸⁷⁵ AYİTER, a.g.e., s. 62. TEKİNALP ve ATEŞ, sinema eserinde eseri meydana getirenlerin hususiyetlerinin bileşkesinin aranacağını belirtirken EREL, eseri meydana getirenlerin hepsinin ayrı ayrı hususiyetinin aranması gerektiğini belirtir. EREL, a.g.e., s. 51; TEKİNALP, a.g.e., s. 119; ATEŞ, (**Sinema Eseri**) s. 78.

⁸⁷⁶ ARSLANLI, a.g.e., s. 28; ÖZTRAK, a.g.e., 27; EREL, a.g.e., s. 51; ATEŞ, (**Sinema Eseri**), s. 79; AYİTER, a.g.e., s. 63; EREL, a.g.e., s. 53, 54; YHGK. Sosyolojik bir inceleme olarak hazırlanan “*Yeşilçamda Bir Sultan*” isimli eserden yapılan alıntılardan oluşturulan bölümün TV de gösterilmesini bilimsel eserden alıntı uyarılama ve belgesel sinema eseri yapılması olarak değerlendirmiş ve işleme hakkının ihlali olarak görmüştür. T. 02.04.2003, E. 2003/4, K. 2003/271.

⁸⁷⁷ 11. HD. T.14.04.2011, E. 2009/10211, K. 2011/4355; Yargıtay, dosyadaki kanıtlar ve bilirkişi raporlarına nazaran, davaya konu mimari projenin FSEK’nın 2. ve 4. maddeleri anlamında ilim ve güzel sanat eseri olduğunun tartışmasız olduğu, davalı tarafından yapılan birtakım değişikliklerin tarafların anlaşmaları sonucunda çözümlendiği, bir kısmının üzerinde mutabakat bulunduğu, kalan tadilatların teknik ve yönetsel ihtiyaçlardan kaynaklanan zorunlu değişiklikler olduğu, davalının eserin bütünlüğünü bozmayan, estetik görünümünü değiştirmeyen, esasen eserin kullanım amacı nedeniyle bir anlamda zorunlu olan bu değişiklikler için eser sahibinin ayrıca iznine ihtiyaç bulunmadığı, birleşen davada ileri sürülen iddianın da doğru olmadığı gerekçesiyle, asıl ve birleşen davaların reddine dair verilen karar

sahibinin hususiyetlerinin bulunması, sinema tekniğine uygun çekim yapılmış olması, senaryo ve yönetmenin olması gerekir⁸⁷⁸. Bir senaryonun eser sahibinin izni olmaksızın kullanımı hak ihlalidir⁸⁷⁹. Sinema eserinde rol alan ancak; icrasını alelade ifa eden kişilerin "*özgün biçimde icra*" unsurundan yoksun olan oyunculukları da FSEK m. 80/f. 1 anlamında "*icracı sanatçı*" olarak nitelendirilemez. Ancak bir sinema eserinde komşu hak sahibi icracı sanatçı olarak 5846 Sayılı FSEK kapsamında koruma sağlanmasının temel koşulu, o sinema eserine temel oluşturan yazılı ya da sözlü ifade edilen ilim ve edebiyat eserinin veya yönetmenin fikri çabası ve yorumuna göre gerçekleştirilen icranın "*özgün bir biçimde*" ifa edilmesidir. Bu bakımdan, bir sinema eserinde rol alan kişilerin icracı sanatçı sıfatını kazanıp kazanamayacakları hususu; bu kişilerin asıl ya da yardımcı oyunculukları değil; icranın "özgün" olup olmadığı dikkate alınarak somut olaya göre belirlenir. Bu da, sinema eserinin özgün koşullarının yanı sıra; meydana getirilen görüntüler dizisinin izleyicide uyandırdığı izlenim itibarıyla icranın özgünlük taşıyıp taşımadığının konusunda sinema sanatına özgü dil ve teknik konusunda uzman olan bilirkişilerce yapılması gereklidir⁸⁸⁰.

Müzik eserlerinde hususiyetin varlığının tespitinde ise, o eserin sıradan bir dinleyici nezdinde yarattığı izlenim esas alınır. Bunun tespitinde eserlerin bestesinin aynı veya benzer olup olmadığı, şayet bir benzerlik var ise bunun, her musiki

Yargıtay'ca onanmıştır. 11. HD. T. 07.12.2007, E. 2007/8353, K. 2007/15508.(Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11. 03. 2013.

⁸⁷⁸ A.e., s. 225.

⁸⁷⁹ 11 HD. 24.02.2004, E. 2003/541, K. 2004/1705; 31.05.2003, E. 2003/4317, K. 2003 5726 (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr

⁸⁸⁰ "... film yapımcısı gerçekleştirilen film tespitleri üzerindeki malî haklarını bağımsız olarak kullanabilme yetkisine sahiptir. Yine, aynı şekilde yazılı bir sözleşme olmasa dahi, ... adlı TV dizisinin çekimi yapılan bölümlerine ilişkin taraflar edimlerini yerine getirdiklerinden; davacının bu tespitlere izin vermiş sayılacağı ve bu iznin de tespitin yapıldığı tarihteki mevcut ve olağan iletişim ve temsil vasıtaları yoluyla temsil ve umuma iletim haklarını da kapsadığının kabulü gerekir. Bu nedenle de, davacının söz konusu TV dizisinin eski bölümlerinin çeşitli TV kanallarında tekrar gösteriminden dolayı makul bir pay verilmesini ya da bu nedenle kendisinin halen aynı dizide rol aldığı izlenimi yaratıldığı ve yeni iş teklifleri alamadığından bahisle yoksun kaldığı gelirin tahsilini talep etmesi mümkün değildir.

Öte yandan, taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmadığından davacının ancak çekimi gerçekleştirilen bölümlerle ilgili oyunculuk bedeli isteme hakkı olup, TV dizisinin ileride gerçekleştirilen bölümlerin tümü üzerinde sözleşmesel bir hakka dayanması mümkün olamayacağından, işbu davada oyunculuk sözleşmesinin haksız feshine dayalı tazminat talep etmesi de mümkün bulunmamaktadır." gerekçesi ile karar onanmıştır. 11. HD. T. 31.10.2013, E. : 2012/5804, K. 2013/19313, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim. T. 12.12.2013.

eserinde bulunması mümkün, olağan bir rastlantı veya esinlenme olup olmadığı, FSEK m. 35/f. 3 hükmüne göre iktibas serbestisi kapsamında kalıp kalmadığı hususunda uzman bilirkişilerce inceleme yapılarak her uyumsuzluğun özelliğine göre bilimsel bir yöntem izlenerek tespit edilir. İncelemede, söz konusu müzik eserlerinin bestesinin aynı veya benzer olup olmadığı, şayet bir benzerlik var ise bunun, her musiki eserinde bulunması mümkün, olağan bir rastlantı veya esinlenme olup olmadığı, iktibas serbestisi kapsamında kalıp kalmadığı araştırılır⁸⁸¹. Kişilere tanınan serbesti, sınırsız olmayıp, dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılmalıdır.

Bir fotoğraf eserinin FSEK m. 4 uyarınca güzel sanat eseri olarak kabulü estetik değerinin bulunmasına bağlıdır. Fikri ürünün eser olup olmadığı mahkemece kendiliğinden araştırılmalıdır⁸⁸². Bir fotoğrafın da eser olup olmadığının tespiti, özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden bilirkişi görüşüne başvurulmalıdır⁸⁸³.

⁸⁸¹ “...mahkemece müzik uzmanlarından oluşan yeni bir bilirkişi heyetinden görüş alınarak, davacıya ait "Karagül" adlı müzik eserinin nakarat bölümündeki melodi ile dava konusu "Veda" adlı eserde kullanılan fon müziği karşılaştırılmak suretiyle, davacıya ait "Karagül" adlı musiki eseri bestesinin koruma kapsamı belirlendikten sonra, dava konusu "Veda" adlı eserde kullanılan fon müziğinin FSEK'nın 35/3. maddesi anlamında iktibas serbestisi içinde kalıp kalmadığı veya müstakil bir musiki eseri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ya da davacı eserine tecavüz oluşturacak derecede aynı ya da benzeri olup olmadığı hususlarında açıklamalı ve denetime elverişli bir rapor düzenlettirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken..” 11. HD, T. 03.04.2006, E. 2005/3742, K. 2006/3428.(Çevrimiçi) www.kazanci.com.Erişim T. 30.06.2016;Yazarın Jigolo adlı eserinin açıkça ve iltibas yaratacak şekilde olay örgüsünün davalıların özel TV kanalında Alacakaranlık adlı dizide kullanılmasına ilişkin mahkemenin davalı ürününün eser olduğu, FSEK m. 8 uyarınca eser sahibinin onu meydana getiren olduğu, 13/2 maddesi uyarınca eser sahibine tanınan hak ve yetkilerinin, eserin hem bütünü hem de parçaları için geçerli olduğu, ancak dizinin senaryosunda davacı senaryosundan iktibas bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine dair karar Yargıtay’ca onanmıştır.11. HD. T. 28. 09. 2010, E. 2014/1709, K. 2014/8236, www.uyap.gov.tr. Erişim T. 11. 01. 2017.

⁸⁸² “...Gazeteden ayrı olarak tam sayfa şeklinde yayınlanan poster haber amaçlı değil, tirajı arttırmak amacıyla ticarî amaçlı olarak kullanılmıştır. FSEK m. 86 gereğince memleketin içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimlerinin yayını MK nın 24. maddesi şartları saklı tutularak serbest bırakılmışsa da bununla toplumun haber alma kapsamında, güncel bir olayla ilişkili olarak ve ticarî bir amaç taşımayan kullanımlar kastedilmiştir. Oysaki dava konusu uyumsuzluğa konu posterin gerek kullanım şekli ve gerekse gazetenin bunu verme şekli açıklanan amaç doğrultusunda olmayıp tamamen tirajı arttırma, tirajı etkileme ve davacı Kulüp taraftarlarını gazeteyle satın almaları yönünde cezbetme amacına yöneliktir. O halde somut olayda toplumu bilgilendirme ve haber alma hakkının sağlanması kapsamında görülmesi mümkün olmayan davalı kullanımı nedeniyle davacının tazminat isteme hakkı bulunmaktadır.” 11.HD., T. 14.11.2013, E. 2012/3348, K. 2013/20398.(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr.Erişim T. 03.01.2014.

⁸⁸³ “...Fotoğraf sanatı alanında uzman bilirkişi veya bilirkişi kurulundan rapor alınarak 18 adet fotoğrafın ayrı ayrı eser niteliğinde olup olmadıklarının açıklığa kavuşturulması ve sonucuna

Yargıtay, ayrıca davacıya ait internet sitesinden izinsiz alınan fotoğrafın kullanımının da FSEK m. 84 gereği haksız rekabetin tespiti açısından inceleme yaptırılmasına, bilirkişi incelemesi için verilen kesin süreden dolayı davanın reddedilmemesi gerektiğine hükmetmiştir⁸⁸⁴. Yargıtay TV yarışma programları için, eser niteliğinin tespiti ile somut olay gerçeğine göre uyuşmazlığın bilirkişi raporu alınarak çözümlenmesinden yanadır⁸⁸⁵.

Olağan telif ücretinin belirlenmesi için, ihlal konusu ilim ve edebiyat eserlerinde, işlenme eserin haksız eylem tarihindeki birim satış değerinin Yayıncılar Birliğinden sorularak tespiti gerekir. Bilirkişi raporu yeterli olmadığında yurtdışında satılan orijinal eser fiyatından indirim yapılarak değer tespiti yapılmalıdır⁸⁸⁶. Müzik

göre bir hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeyle karar tesisi bozmayı gerektirmiştir.” HGK, T.11 05.2011, E. 2011/11-205, K. 2011/305; “..Dava konusu eserde yer alan fotoğrafların herbiri ayrı incelenerek, hangisinden dolayı ne kadar malî hak istenebileceğinin belirlenmesi gerekirken, fotoğrafların tümü üzerinde yapılan genel bir inceleme ile hepsi için aynı hak bedelinin istenebileceği yönündeki bilirkişi raporuna göre karar verilmesinin uygun bulunmadığına dair.” 11.HD. T. 09.10.2008, E. 2008/1047, K. 2008/10933, naklen YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.II, s. 2021, dpn. 63. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr. Erişim T. 12. 03.2014.

⁸⁸⁴ “.. HUMK.nun 163 üncü maddesine göre kesin olarak tayin edilen süre içerisinde bilirkişi ücreti yatırılmadığından dava konusu fotoğrafın eser ve davacının da eser sahibi olduğunun kanıtlanamadığına ilişkin mahkemenin görüşü isabetlidir. Ancak, davacı tarafça söz konusu fotoğraf eser niteliğinde olmasa dahi, kendisine ait internet sitesinden izinsiz olarak alınarak, davalının internet sitesi ve dergi nüshalarında çoğaltılıp yayınlanmasının haksız rekabet oluşturduğu da iddia edilmiştir. ...uyuşmazlığın 5846 sayılı FSEKnun 84 üncü maddesi uyarınca değerlendirilip sonuçlandırılması gerekirken kararda yazılı gerekçelerle davanın reddedilmesi doğru görülmemiştir.”. 11. HD, T. 06.02.2009, E. 2007/12297, K. 2009/1332, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11.05.2013.

⁸⁸⁵ 11.HD. T. 25.10.2004, E.2004/1281, K.2004/10333, TEKİNALP, a.g.e., s. 110; TV programının eser niteliğinin araştırılmasında 11.HD. T.09.07.2007, E. 2006/8090, K.200710479, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., C.I, s. 47; Yine müzik eserlerine ilişkin; Müzik sektöründen eserlerin oluşturulması, işlenmesi, yapım ve pazarlama konularında tecrübeli uzman, fikrî hukuk ve hesap uzmanlarından seçilerek oluşturulacak yeni bir bilirkişiler kurulundan eseri üzerindeki malî hakları “muafakatname ve yetki belgesi” ile davalı şirkete devretmiş olması karşısında davalılarca bu eserin yapım ve çoğaltma biçiminin davacının devrettiği haklar kapsamında yer alıp almadığı, davalılarca icra edilen işin FSEK m 6. anlamında işlenme niteliğinde olup olmadığı, maddî zararın hesaplanma biçimi ve bakanlıktan alınan bandrollerin eylemli olarak kullanılma sayısı gibi hususlar da inceleme yaptırılarak oluşacak fonun çerçevesinde uyuşmazlığın malî hak tecavüzü ve bundan doğan tazminat yönünden çözüme kavuşturulması gerektiğine dair, 11.HD. T. 24.03.2005, E. 2004/3919, K.. 2005/2777, (SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 203’den naklen.)

⁸⁸⁶ Yargıtay’ın kararında; “...Dava konusu eserin menşe ülke olan ABD’nde 44 USD birim fiyatla satıldığı hususunda bir uyuşmazlık yoktur. Ancak, farazi sözleşme esasına göre, aynı eserin Türkiye’ye tercüme edilip, kısa süre içerisinde 227.055 adet dağıtıldığı göz önüne alındığında, Türkiye’deki birim bedelinin ABD’nden daha düşük bir seviyede belirlenebileceği kabul edilmelidir. Bir başka deyişle, dava konusu eserin kısa bir süre içerisinde yüksek miktarda

eserlerinde MESAM, MSG, MÜYORBİR gibi meslek birliklerinden emsal rayiç bedelleri sorulabilir. Güzel sanat eserlerine ilişkin de mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunludur⁸⁸⁷. Müzik eserlerinde de uzman bilirkişi incelemesi ile araştırma yapılacaktır⁸⁸⁸.

İstanbul, Ankara, İzmir gibi büyük şehirlerde iş yoğunluğu ve taşrada bilirkişi bulunmaması nedeniyle talimat yoluyla aldırılan raporlardan dolayı ve listelerdeki çoğu bilirkişinin yetersiz oluşu nedeniyle bilirkişilik kurumundan kaynaklanan bir sıkıntı bulunmaktadır. Alanlarında uzman olan birkaç ehil bilirkişi dışında yeterli nitelikleri taşımayan bilirkişiler listelerde bulunmakta, bu seçimler sonucu da dosyalar tekrar tekrar ek rapor alınmak üzere birkaç kez bilirkişilere gitmekte veya yeniden bilirkişi seçimine gidilmek zorunda kalınmaktadır. Bilirkişilik bölge

basılıp, dağıtılacak olması nedeniyle, ABD'deki orijinal eser fiyatından makul bir indirim yapılmasının doğal olacağı göz önüne alınarak söz konusu değer saptanmalıdır. O halde, mahkemece, yukarıda belirtilen hususlar itibarıyla, aralarında bir yayıncının da bulunduğu, telif hakları alanında uzman kişilerden oluşan yeni bir bilirkişi heyetinden görüş alınarak, davalılar vekilinin 22.11.2004 tarihli dilekçesiyle kabul ettiği miktar olan 27 USD'dan aşağı olmamak üzere eser birim fiyatının ve FSEKnun 68. maddesine göre olağan telif ücretinin belirlenmesi, .."gerektiği gerekçesi ile yerel mahkemenin kararı bozulmuştur.11.HD, T.14.07.2006, E.2005/5095, K. 2006/8411. (Çevrimiçi) www.kazanci.com.Erişim T. 11.09.2012

⁸⁸⁷ “.. güzel sanat eseri mahiyetinde bulunan davacıya ait tablonun değerinin belirlenmesi özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlardandır. Bu itibarla mahkemece, HUMK 275 ve devamı maddeleri nazara alınmayarak re'sen rayiç bedelin tespiti yoluna gidilmesi doğru olmamış, ..” 11.HD. T. 04.10.2010, E. 2009/3407, K. 2010/9658; “...eserde yer alan bilgilerin davacının başka bir eserinden alıntı olmadığı, davacının yüksek lisans tezi dışında başka bir eseri olmadığı yönündeki esaslı itirazları mahkemece değerlendirilmemiştir. O halde, mahkemece aralarında botanik alanında bir uzmanın da bulunduğu 3 kişilik uzman bilirkişi kurulu oluşturulup, davacının esaslı itirazlarını karşılayacak rapor temini yoluna gidilmesi gerekir iken, yazılı şekilde konunun uzmanı olmayan bilirkişinin denetime elverişli bulunmayan raporuna itibar edilerek hüküm kurulmuş olması...” 11. HD, T. 17.12.2009, E. 2008/3603, K. 2009/13038, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 11.04.2013.

⁸⁸⁸ “...Mahkemece, davacı meslek birliğine üye olan dava dışı Müzikotek Ltd. Şti. ile EMI arasındaki sözleşme ile EMI'nın dava konusu şarkının bestecisi ve söz yazarının malî haklarını devrettikleri bildirilen Anderson Music/Rodeo Records AB arasında aktedilen sözleşmenin asılları ve noter onaylı çeviri örnekleri dosyaya getirilerek ayrı bilirkişi veya telif hakları uzmanı başka bir bilirkişiye inceletirilerek değinilen yönlerin kapsamlı biçimde aydınlatılması ve oluşacak sonuca göre karar verilmesi...” 11. HD. T. 08.03.2007, E. 2005/12453 K. 2007/4157;“.. konusunda uzman bir öğretim üyesinin de bulunduğu bilirkişi heyetinden taraflar arasındaki sözleşmeye konu olan kitaplarla dava dışı Alfa Basım Yayımlar Ltd. Şti. tarafından basılan kitapların aynı ya da farklı eserler niteliğinde olup olmadığı hususunda görüş alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”. 11.HD, T. 27.06.2013, E. 2011/10724, K. 2013/13646, (Çevrimiçi) www.kazanci.com. Erişim T. 18.10.2013

kurulunca bilirkişi listeleri oluşturulurken titizlikle listelere alınacak bilirkişilerin uzmanlıklarına göre tespiti gerekir.

Yargıtayın çoğu hukukî bilgi gerektiren ve hakim tarafından değerlendirme yapılarak karar verilmesi gereken olaylarda da dosyada bilirkişiye gidilmesi konusunda zorlaması nedeniyle zaman zaman yargılamanın sebepsiz sürüncemede kalmasına yol açtığı görülmektedir. Yargıtay bilirkişiye gidilmesini bir zorunluluk olarak görmekte ve alınan rapora uygun karar verilmemesi halinde yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiğini belirtmektedir. Oysa, hakim bilirkişinin görüşü ile bağlı olmayıp gerektiğinde rapordaki görüşü çürüterek gerekçeli karar verebilmelidir.

Kanun koyucu uygulanma şartlarının gerektirdiği durumları ayırık bıraktığından orkestra ile çalan kimse, solist, tiyatrodan başrol oynayan oyuncu ve diğerlerinin durumu, yerleşmiş örf ve adetlere ve her somut olayın şartlarına göre değerlendirilir. Tazminat tutarının belirlenmesi hukukî bir meseledir. Bilirkişi dosyadaki delillerden yola çıkarak farazî bir tespitte bulunmaktadır. Bu objektif, değişmez, kesin bir tespit olmamakta, hatta her alınan bilirkişi raporunda verilerdeki farklı unsurlara önem verilmesi sonucu farklı farklı sonuçlar alınmaktadır. Bu nedenle bilirkişi raporları doğrultusunda ulaşılan sonuca ilişkin dayanaklar gerekçelendirilmiş ve açık olması gerekir. Farazî bedelin tespitinde bilirkişi raporu alınmış olsa dahi hakim dosyadaki delillere göre gerekçelendirerek rapor dışına çıkmak suretiyle hükmü kurabilmelidir. Oysa Yargıtay bu durumlarda yeniden rapor alınmasını zorunlu tutmaktadır⁸⁸⁹.

Umuma açık mahaller ve yayın veya iletim yapan kuruluşlar hak sahiplerinden yahut üyesi bulundukları meslek birliklerinden izin alarak malî hak bedelini sözleşmelere göre bu maddelere göre ödediklerinden, hak sahiplerinin eserlerinin kamuya açık mahallerde kullanımı, yayın ve kamuya iletim karşılığı ödemelerin FSEK m. 41 ve 43'e göre belirlenmesi bilirkişilerce bu tarife ve emsal sözleşmelere göre yapılır ve farazî bedel tespit edilir. Hak sahipleri de bu bedeli üyesi oldukları meslek birlikleri vasıtasıyla talep edebilirler. Rayiç bedel tespitinde, öncelikle

⁸⁸⁹ 11. HD. 04.10.2010, E. 2009/3407, K. 2010/9658, (YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2021, dpn. 60'dan naklen).

mahkeme umumi mahal yahut yayıncı kuruluşlara ilişkin belirli kriterlere göre yapılan sınıflandırmadan hangi kategoride olduğu ve tarifiedeki karşılığı tespit edilmelidir. Meslek birliklerince hazırlanan tarifeler veya ortak tarifeler müzakere edilerek sözleşmeye bağlanmış ise farazî bedele esas olabilir. Sözleşmeye bağlanmamış ise mahkemece belirlenen tarife bedelleri o yıla ait rayiç bedel olacaktır⁸⁹⁰.

Yargıtay, 2004 yılındaki bir kararı ile meslek birliklerinin farazî bedel taleplerinde ihlalin yapıldığı yıla karşılık gelen bir yıllık tarife bedelinin esas alınarak üç katına hükmedilmesini kararlaştırmış ve görüşünü sürdürmüştür. FSEK m. 76/ son fıkrasındaki kare gereği davalı kendisinden istenilen kullanım belgeleri ve listeleri sunmadığı takdirde meslek birliğinin takip yetkisine sahip olduğu tüm eserler yönünden karar verilmesi gerekir⁸⁹¹.

Mahkeme iddianın doğruluğu hakkında yeterli delil sunulmuş ise kanun gereği alınması gereken izin ve yetkileri aldığına dair belgeleri veya yararlanılan eser, fonogram, icra film ve yayınların listelerini sunmasını davalıdan isteyebilir. Bunların sunulmaması haksız kullanıma karinedir. Bunun aksi her türlü delille ispatlanabilir.

5. Yargılama Esnasında Başvurulacak Diğer Önlemler

5728 sayılı Kanun ile değişik FSEK m. 77 hükmü, tedbirlere ilişkin özel düzenleme içermektedir. Açılan davada mahkeme, esaslı bir zarar veya ani bir tehlikenin önlenmesi yahut ileri sürülen başkaca iddiaların gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel ise hakları ihlal edilen veya ihlal tehdidi altında olan kimsenin talebi doğrultusunda, karşı tarafa bir işin yapılması veya yapılmaması veya işyerinin kapatılmasına veya açılmasına karar verebilir. Mahkeme bunun dışında ihtiyati tedbir

⁸⁹⁰ A.e., s. 2023; Tarifelerin tespitinde FSEK Tasarısında zorunlu lisanslamaya konu kullanımlar bakımından aynı alanda faaliyet gösteren telif birliklerinin ortak tarife belirlemesi esası getirilmek istenilmekte, bu tarifelerin ilgili OLB tarafından tek tarife haline getirilmesi tarifelerin süresinde bildirilmemesi halinde bir önceki yılın tarifelerinin geçerli olacağı düzenlenmektedir.

⁸⁹¹ Muhammet ÖZEKES, “FSEK’de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, Legal Fikrî ve Sinaî Haklar Dergisi, 2005/1, s. 78 vd. Yargıtayın da aynı yönde T. 16.06.2008, E. 2007/4332, K. 2008/8010, YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 2024, dpn. 69.

yoluyla bir eserin çoğaltılmış nüshaları veya çoğaltmaya yarayan kalıp ve benzeri araçları hakkında geçici olarak elkoyma kararı verebilir⁸⁹². FSEK’de düzenlenmeyen hususlarda, HMK’nın ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerinden faydalanılır. Tedbir, dava açılmadan önce veya dava esnasında da talep edilebilir⁸⁹³.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 12.01.2011 tarihli 6100 sayılı HMK.’nın 389/1 fıkrası, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebileceğini düzenlemiştir. HMK m. 390 gereği görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki dava henüz açılmamışsa, ihtiyati tedbir kararı veren nöbetçi fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi; esas hakkındaki dava açılmışsa, bu davanın görüldüğü ihtisas mahkemesidir⁸⁹⁴. HMK 390/3 maddesinde ise “ihtiyati tedbir talep eden tarafın, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmesi ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorunda olması gerektiği” belirtilmiştir.

FSEK m. 66 hükmünde “*hakim halin icabına göre tecavüzün ref’i için lüzumlu göreceği tedbirlerin tatbikine karar verir.*” hükmü ile somut ölçüler getirilmiştir. FSEK m. 77 hükmünde hakime daha geniş takdir yetkisi veren “*iddiaları kuvvetle muhtemel görme*“ ölçüsü bulunmaktadır.⁸⁹⁵ Bu madde uyarınca eser niteliğinde fikri ürünler üzerindeki hakları ihlal edilen veya tehdide maruz kalan kimseler ihtiyati tedbir talebinde bulunabilirler⁸⁹⁶. Meslek birlikleri de yetkileri bulunduğu takdirde ihtiyati tedbir talebinde bulunabilirler⁸⁹⁷.

⁸⁹² KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 136; FSEK Tasarısı m. 77 İhtiyati tedbirleri, m. 77/A da ise bilgi edinme başlığı ile bir alt madde ve m. 77/B ile de İnternet Ortamında Hak İhlallerinin Önlenmesi alt başlığı ile yeni bir madde düzenlemesi yapmıştır.

⁸⁹³ TEKİNALP, a.g.e., s. 324.

⁸⁹⁴ Mülga HMUK m. 113/A da düzenlenen altı aya kadar hapis cezası, yerini m. 398’deki bir aydan altı aya kadar disiplin hapsine bırakmıştır.

⁸⁹⁵ KILIÇOĞLU, (Fikrî Haklar), s. 431, 432.

⁸⁹⁶ A.e., s. 428.

⁸⁹⁷ TEKİNALP, a.g.e., s. 345.

FSEK m. 77’de ref davalarını da kapsayacak şekilde alınacak ihtiyati tedbirlerde tecavüzün kapsamı, ağırlığı, etkisi, coğrafi alanı, ulaştığı kitle, verdiği zararın büyüklüğü veya acının derinliği gibi hususlar dikkate alınmalıdır⁸⁹⁸.

Elbirliği ile veya müşterek eser sahipliğinde eser sahiplerinden her birinin ihtiyari dava arkadaşlığı nedeniyle ihtiyati tedbir talep etme hakkı vardır⁸⁹⁹.

Müşterek eser sahipleri TMK m. 693/f. 3’deki, *"paydaşlardan her biri bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir."* hükmü gereği her bir eser sahibi tedbir talep etme hakkına sahip olacaktır. TMK m. 702/f. 4’de elbirliği mülkiyetine ilişkin *"ortaklardan her biri topluluğa giren menfaatlerin korunmasını sağlayabilir."* hükmü gereği tedbir talep edebilir⁹⁰⁰.

FSEK m. 77/ f. 2 ve 3, gümrüklerde el koymayı düzenlemiştir⁹⁰¹. Haklara tecavüz oluşturması ihtimalinde ithalat veya ihracat sırasında, 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun m. 57 hükümleri uygulanır. Eşyanın hak sahibinin belirlediği tutarda teminatla iadesine ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği hükümde

⁸⁹⁸ YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, C. II, s. 2371.

⁸⁹⁹ ÖZEKES, a.g.e., s. 107 vd.

⁹⁰⁰ KILIÇOĞLU, (**Fikir ve Sanat**), s. 430. Sinema eserleri gurubunda yönetmen, senarist, diyalog yazarı besteci ve canlandırma tekniği ile yapılmış olanlarda animatör elbirliği halinde eser sahibidir. (FSEK m. 8/f.3). NAL, SULUK, a.g.e., s. 764630 sayılı Kanunla 2001 yılında yapılan değişiklikle "Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibi oldukları yine canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasında olduğu düzenlenmiştir; Bir eserin meydana getirilmesindeki teknik çalışma veya ayrıntılara ilişkin yardımlar, iştirak sayılmaz. Bir hizmet sözleşmesi kapsamında yazı kurulu, editör vs. FSEK m. 18 anlamında çalıştıran olmadığından malî hakları da kullanamazlar. TEKİNALP, a.g.e., s. 146; "...eser sahipleri sözleşme ile aksini kararlaştırmadıkları sürece, birliğe katılmaları, kâr ve zarardaki payları BK. 523 ve 524 maddelerine kıyasen birbirine eşittir. Telif ücretlerinin bölüşümü ve hakların kullanılması ve gerekli nisap konularında da yine aksi kararlaştırılmadıkça BK m. 523 ve 524 hükümleri uygulanacaktır. Eser sahiplerinden her biri, esere ve birliğin ortak çıkarlarına yönelik olarak dışarıdan meydana gelecek tecavüzlerde tek başına yetkilidir. Özellikle ihtiyati tedbir talep etmek, hukuk ve ceza davaları ile tazminat davası açmak hususunda her eser sahibinin birliği temsil yetkisi vardır.(FSEK 10/2) Açılan dava sonucunda, hükmedilecek tazminat tutarı üzerinde hiçbir eser sahibi tek başına tasarruf edemez...". 11.HD., T.24.06.2002, E. 2002/2751, K. 2002/6456; OĞUZMAN, BARLAS, a.g.e., s. 149TEKİNALP, a.g.e., s. 154.152; KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 76.

⁹⁰¹ KILIÇOĞLU, (**Fikir ve Sanat**), s. 343; TEKİNALP, a.g.e., s. 346; SULUK, ORHAN, a.g.e., s. 957; ERDİL, (**İşlenme**), s. 181; ŞAHİN, a.g.e., s. 222.

düzenlenmiştir⁹⁰². Gümrüklerde el koyma uluslararası alanda fikrî hakların korunması amacıyla TRİPS m. 51 vd.’de düzenlenmiş ve korsan eserlerle mücadele amacıyla buna ilişkin kuralların düzenlendiği FSEK m. 77 hükmüne de dayanak olmuştur⁹⁰³.

Hak sahipliğinden doğan haklara karşı mevcut veya muhtemel tecavüz fiillerinin durdurulması ve hak sahipliğinden doğan haklara tecavüz edilerek üretilen, gümrük bölgesine giren, 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanununun m. 3/ b. 14 ve 15 anlamında gümrükçe onaylanmış bir işlem ya da kullanıma tabi tutulan ürünlere veya münhasıran bunların üretiminde kullanılan araçlara Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest bölge gibi yerler dahil bulundukları her yerde el konulması ve bunların muhafazası, tecavüz hallerinde, zararın tazminini güvence altına almak amacıyla, zararın tazminini tehlikeye atabilecek koşulların varlığının hak sahibi tarafından ispatlanması şartıyla, ihlalin ağırlığı ile orantılı olarak, davalının taşınır mallarına el konulması, taşınmaz mallarının tapu kayıtlarına şerh düşülmesi veya banka hesaplarının bloke edilmesi tedbirlerini kapsayabilir. Mahkeme gerektiğinde, davalının banka hesaplarının, muhasebe kayıtlarının, ticarî dokümanların ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin sunulmasını isteyebilir. Maddenin mevcut birinci fıkrasında ihtiyati tedbirler için aranan ispat ölçütü HMK’den daha yüksek olarak “*yaklaşık ispat*” değil, “*kuvvetle muhtemel görülme*” düzeyinde bir ispatı içermektedir. Maddede ihtiyati hacze de yer verilmesi, HMK sisteminden farklı olan yerinde bir değişiklik ile FSEK kapsamındaki davalar için ayrıntılı bir düzenleme yapılması isabetli olmuştur. Tecavüzün ref’i ve tecavüzün men’i davalarında FSEK 66/f. 4’de düzenlenen özel tedbir maddesi uygulanmakta, bunun dışındaki davalar için FSEK m. 77 hükmü uygulanmaktadır. Somut olayın özelliklerine göre her türlü tedbire başvurulabilir⁹⁰⁴. İhtiyati tedbir dosyası, asıl dava dosyasının eki sayılır.

Kanun Tasarısı m. 27 ile değiştirilen 77 nci maddesinde; “*Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde*

⁹⁰² 31.05.2002 Tarihli Gümrük Yönetmeliği, RG. 24771.

⁹⁰³ EREL (**Fikir ve Sanat**) s. 364; ARIDEMİR, a.g.e., s. 222.

⁹⁰⁴ KILIÇOĞLU, (**Fikir ve Sanat**), s. 431, 385, 386; KARAHAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, a.g.e., s. 113; ŞAHİN, a.g.e., s. 218.

zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, tecavüzün yaklaşık olarak ispat edilmesi koşuluyla”, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebileceği belirtilir. İhtiyati tedbir, hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olmalıdır. Tecavüz teşkil eden ürünlerin ve münhasıran bunların üretiminde kullanılan araçların 4458 sayılı Gümrük Kanununun 3 üncü maddesinin on dördüncü ve on beşinci bentleri anlamında gümrükçe onaylanmış bir işlem ya da kullanıma tabi tutulması halinde aynı Kanununun 57 nci maddesi hükümleri uygulanır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde, ihtiyati tedbire muhalefetin yaptırımları da dahil olmak üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ihtiyati haciz bakımından İcra ve İflas Kanunu hükümleri uygulanır.”⁹⁰⁵.

İhtiyati tedbir kararının infazı HMK m. 393 hükmünce verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Kişi yokluğunda verilen karara itiraz edilebilir. İhtiyati tedbirin uygulanması esnasında karşı taraf hazır ise infaz tutanağının tebliğinden itibaren bir hafta içinde, ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak, kararı veren mahkemeye itiraz edebilir. İhtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler. Mahkeme, ilgilileri davet ederek, gelmedikleri takdirde dosya üzerinden inceleme yaparak kararını verir. İtiraz üzerine mahkeme, tedbir kararını değiştirebilir veya kaldırabilir. İtiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir. Kanun yoluna başvurulmuş olması, tedbirin uygulanmasını durdurmaz.

İhtiyati tedbir talebinin reddi veya kabulü hâlinde, “*itiraz üzerine mahkemece verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir*” hükmü gereği Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı ile İstinaf mahkemelerinin faaliyete

⁹⁰⁵ <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>, Erişim T. 22. 05. 2017.

başlama tarihi olan 20.07.2016 tarihine kadar, bu tür kararlara temyiz yolu kapatılmıştır⁹⁰⁶.

İhtiyati tedbir kararlarına aykırılıkta, FSEK m. 77 delaletiyle İİK m. 343 hükmü uygulanır. İhtiyati tedbire muhalefet suçunda HUMK kararın tebliği şartını aramakta iken HMK tebliğ şartı getirmemiştir.

Kanun İİK. 24 ve 30 hükümlerini saklı tutarak sinema eserleri dışındaki eserlerin alenileşmesi ile cebri icraya konu olabileceğini düzenler. Bir şeyin yapılmasına ilişkin ilamlar, alenileşmemiş eserlerde de uygulanabilir. Eser sahibi, teslimin imkansız olduğunu ispatlarsa, eseri teslim borcu, tazminat borcuna dönüşür⁹⁰⁷.

İsviçre Federal Kanunu m. 63 gereği *“Hakim, meşru olmayan bir yolla meydana getirilen veya kullanılmakta olan ve karşı tarafın elinde bulunan nesnelere el konulmasına, bunların imhasına/tahrip edilmesine veya kullanılmaz hale getirilmelerine hükmedebilir. Daha önceden meydana getirilmiş olan mimarlık eserleri bunun istisnasıdır.”* düzenlemesi ile müsadereye ve imhaya ilişkin hüküm getirmiştir. Kanun’un 65inci maddesi hükmü ile de ihtiyati tedbirlere ilişkin düzenleme getirilmiştir⁹⁰⁸.

TRİPS m. 50’de *“Geçici Önlemler”* başlığı altında şartları varsa davalı taraf dinlenmeden geçici önlemlere başvurulabileceği belirtilmiştir.

⁹⁰⁶ “.. HMK’nun 391 ve 394. maddelerinde geçen “kanun yolu” ibaresi ile kastedilenin istinaf yolu olduğu, geçici 3.madde yollamasının sadece HUMK’nun temyize ilişkin hükümlerini kapsadığı ve ihtiyati tedbire ilişkin kararların nihai nitelikte kararlardan olmadığı, ayrıca bu konuda özel bir düzenlemenin de bulunmadığı gözetildiğinde bu tür kararların temyiz yolu kapsamında incelenemeyeceği kanaatine varılmıştır.” İBGK, T. 21.2.2014, E. 2013/1, K. 2014/1, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 30.06.2014.

⁹⁰⁷ GÖRGÜN, L. Ş, **“Eser Üzerinde Rehin Tesisi ve Cebri İcra Konusu Olarak Eser”**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi. D. 1973, C. 5, S. 1, s. 152 vd.

⁹⁰⁸ Kanunun m. 65/f. 1 hükmü, *“Telif hakkının veya bir komşu hakkın ihlal edildiğini/tecavüze uğradığını ya da ihlal edilme/tecavüze uğrama tehlikesinin bulunduğunu kuvvetle muhtemel gösteren herkes, söz konusu tecavüz/ihlal kendisi bakımından telafisi güç bir zarara sebep olma ihtimalini taşıyorsa, ihtiyati tedbir talep edebilir. “ikinci fıkrası ise “Bu kimse, özellikle hakimden; delillerin muhafazasının sağlanması, meşru olmayan bir yolla meydana getirilen ya da piyasaya sürülen nesnelerin/şeylerin kaynağının/menşeinin araştırılması, mevcut durumun korunması veya önleyici/ihtiyati tedbir yahut tehlikeye son verilmesi iddialarının yerine getirilmesinin geçici olarak sağlanması için zorunlu tedbirleri almasını isteyebilir.” hükmünü dördüncü fıkrası ise “Bununla birlikte, Medenî Kanun’un 28 c ilâ 28 f maddeleri kıyas yolu ile uygulanır” şeklindedir.*

Fikrî Mülkiyet Haklarının Güvence Altına Alınmasına İlişkin 2004/48/EC Sayılı AB Direktifi m. 5 b. (b), bağlantılı hak sahipleri için de aynı düzenlemenin geçerli olacağı hükmünü getirerek, hem FSEK m. 11 hem de Alman Hukukundan UrhG § 10'dan daha geniş ve bağlantılı hak sahipleri lehine bir düzenleme getirilmektedir. Direktifin 7nci maddesine göre; tedbirler, hakkı ihlal eden nesnelere veya numunelere el konularak veya el konulmaksızın ayrıntılı tasvirlerinin yapılmasını ve üretim veya dağıtımı için gerekli hammadde, alet ve ilgili belgeleri kapsar. Gecikme nedeniyle telafisi mümkün olmayan bir zarar ya da delillerin karartılması gibi ispat edilebilir bir tehlike mevcutsa, karşı tarafın ifadesi alınmadan da tedbir kararı alınabilir. İlgili taraflar tedbirlerin icrasından hemen sonra derhal haberdar edilmelidir⁹⁰⁹. Aynı direktif m. 9 ilave tedbirlerin yanı sıra aracı kişilere karşı da bu tedbirlerin alınabileceğini belirtir. Türk ve Alman Hukuklarında tedbirin kural olarak karşı yana yönelik yapılabilmesi, internet ortamındaki araçlara karşı tedbir uygulanması problemi doğurduğundan bu hakkın araçlara karşı kullanılması yönünde hak tanınması yerinde olacaktır⁹¹⁰.

İnternet üzerinden yapılan ihlallere ilişkin olarak Hamburg Eyalet Mahkemesi 12.11. 2008 tarihli kararında, koruma altındaki sinema eserlerinin umuma sunulduğu internet sitesine erişimin engellenmesi talebini menfaatler dengesini gözeterek, ayrıca alan adı sunucularının değiştirilerek erişime kapatılan alan adına tekrar erişilebilmesi nedeniyle tedbir yaptırımının olamayacağını belirterek reddetmiştir⁹¹¹. İsviçre hukukunda da erişim engellenmesi, çok çabuk dolanılabilmesi ve orantılı olmaması nedeniyle uygulanmamaktadır⁹¹². Bu tür engellemelerle ihlallerin üzerleri örtülerek kesin sonuç alınamaması nedeniyle uygun görülmemektedir.

⁹⁰⁹ BİLGE, a.g.m., prg. 18, 23.

⁹¹⁰ A.e., prg.39.

⁹¹¹ K&R 2009, 272, Karar gerekçesinde “*davalı ihlali gerçekleştirmediği gibi katılımı da olmamıştır. Davalı erişim sağlayıcıdır ve pasif olarak başkalarının içeriğine erişim imkanı sunmaktadır. Mahkemece erişim sağlayıcılar açısından hukuka aykırı içerikten haberdar edilmeleri ve erişimin engellenmesinin teknik olarak mümkün ve tahammül edilebilir olması gerekir.*”,(Savaş BOZBEL, “Fikrî hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?” Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, XII Levha Yayınları, s. 145’den naklen).

⁹¹² ROHN, *Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht*, s. 67, 198, 217, (BOZBEL, “İnternet”, s. 149 dpn. 20’den naklen).

2004/48/EG Sayılı AB Direktifi, ihtiyati tedbir veya asıl davada yetkili mahkemelerin hizmeti veren aracı üçüncü kişilere de emirler verebileceğini; ancak üye ülkelerin, aracılara karşı ihtiyati tedbirin tanınması konusunda usul düzenlemesinde serbest olduklarını belirtir. Karşı tarafın talebi üzerine, dilekçe sahibi, uygun bir sürede ya da böyle bir süre yoksa 20 iş günü veya 31 gün içinde esasa ilişkin işlemleri başlatmamış veya devam ettirmemiş ise tedbir mahkemece kaldırılır⁹¹³.

Tecavüzlere ilişkin verilen mahkeme kararlarının kamuya duyurulması, caydırıcı bir unsur olması nedeniyle tüm ülkelerin kanunlarında düzenlenmektedir. TRİPS’in “*şeffaflık*,” başlıklı 63/1inci paragrafında, üyeler tarafından anlaşmanın konusunun fikrî mülkiyet haklarının geçerliliği, kapsamı, kazanılması, uygulanması ve kötüye kullanımın önlenmesi ile ilgili olarak yürürlüğe konulmuş olan kanun ve yönetmeliklerle kesinleşmiş mahkeme kararları ve genel uygulamaya ilişkin idari kararların, ulusal bir dilde yayımlanacağı ya da imkan olmadığı takdirde, herkesin kullanımına açık bulundurulacağı belirtilir⁹¹⁴.

FSEK m. 67/f. 2 son cümlesi gereği, eser sahibi masrafı davalıdan alınmak suretiyle hükmün en fazla üç gazetede ilanına karar verilmesini talep edebilir. Kanun koyucunun m. 78’de öngördüğü hak düşürücü sürenin m. 67 kapsamında da geçerli olduğunun anlaşılabileceğini varsaydığı kabul edilebilir⁹¹⁵. FSEK m.78’de düzenlenen kural temel bir kural niteliği taşıdığından 67inci madde kapsamındaki kararların da kesinleşmeden itibaren 3 ay içinde ilan hakkının kullanılması gerekir. İlan şekli ve içeriği verilen kararda tesbit edilir⁹¹⁶. FSEK m. 68 gereğince sözleşmesel ilişki kuran hüküm gereği ilanda davacının menfaati ve haklı bir sebebi

⁹¹³ A.e., prg. 24-37.

⁹¹⁴ Aynı yönde, ERDİL, a.g.e., 876, 877; YAVUZ, ALICA, MERDİVAN, a.g.e., s. 1973. Sözleşmesel ilişki kurulduğundan hükmün ilan edilmesinde davacının bir menfaati veya haklı bir sebebi bulunmamaktadır. Bu durum karşısında hükmün ilanı isteminin reddi gerekir. 11. HD. 2012/13254, K. 2014/3487 K. (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 01.06.2014.

⁹¹⁵ Madde 78 hükmü “67/2. fıkrasında yazılı halden maada, haklı olan taraf, muhik bir sebep veya menfaati varsa, masrafı diğer tarafa ait olmak üzere, kesinleşmiş olan kararın gazete veya buna benzer vasıtalarla tamamen veya hulasa olarak ilan edilmesini talep etmek hakkını haizdir. İlanın şekil ve muhtevası kararda tesbit edilir. İlan hakkı, hükmün kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde kullanılmazsa düşer.” şeklindedir.

⁹¹⁶ BEŞİROĞLU, a.g.e., s. 879.

bulunmadığından bahisle Yargıtay kanaatimizce hatalı bir şekilde ilana ilişkin talebin reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir⁹¹⁷. Caydırıcılığı amaçlayan FSEK 68inci maddesi uyarınca üç katı bedele hükmolunurken yine davalı ve üçüncü kişilerde caydırıcılık yaratacağı kesin olan hükmün ilanı düzenlemesinin de kullanılması gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtay'ın ekonomik boyutlarını dikkate alarak caydırıcılığı gerekçesi ile üç katında ısrar ederken, parasal olmayan fakat manevi caydırıcılığı çok fazla olan ilan hükmünün uygulanamayacağını belirtmesi kanaatimizce hatalı bir uygulamadır. Üç katı bedele hükmolunmasına dair kararın ilanı ihlali gerçekleştirenler dışındaki üçüncü kişiler için caydırıcılık unsuru taşıyacaktır.

6. Kanunlar İhtilafı

Fikri haklarda, ülkesellik prensibi hakimdir. Fikri hakların her ülke bakımından taşıdığı büyük ekonomik önem ve devletlerin bu gücü ellerinden bırakmak istememeleri bunda etkili olmaktadır⁹¹⁸. Fikri hakların ülkeselliği özelliğinden kastedilen, bu haklar ile bunların bulunduğu ülke arasında varolan doğal bağdır⁹¹⁹.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda m. 88 ile telif hakkına ilişkin düzenleme yapılmış iken, 5718 sayılı MÖHUK m. 23'de fikrî haklara ilişkin kurallar

⁹¹⁷ 11. HD. T. 25. 02. 2014, E. 2012/13254, K. 2014/3487, (Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr, Erişim T. 23. 08. 2014. Yargıtayın başka bir kararında da, bağlantılı hak sahibi olan davacının TV kanalında canlı yayınlanan futbol müsabakasına ait görüntülerin davalıya ait internet sitesinde izinsiz ve hiçbir bedel ödenmeksizin 3 dakika 25 saniye kullanılması nedeniyle FSEK 68. maddesi gereğince 3 katı bedele hükmolunması nedeniyle taraflar arasında artık sözleşmesel bir ilişki kurulduğu gerekçesi ile hükmün ilan edilmesinde davacının menfaati veya haklı bir sebebi bulunmadığı belirtilmiştir. 11. HD. 5.11.2015, E 2015/3924 K. 2015/11647, www.uyap.gov.tr. Erişim T. 11.01.2016.

⁹¹⁸ Aysel ÇELİKEL, B. Bahadır ERDEM, **Milletlerarası Özel Hukuk Genel Kurallar Milletlerarası Özel Hukuk Milletlerarası Usul Hukuku Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6100 Sayılı Hukuk Mukakemeleri Kanunu'na göre Yenilenmiş 11. Bası**, Beta, 2012 İstanbul, s. 312.

⁹¹⁹ GROVES, s. 4, (ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 312'den naklen)

getirildiğinden Kanunlar ihtilafı bakımından fikri haklara ilişkin tek düzenleme olan FSEK 88 inci maddesi, 5728 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.⁹²⁰.

5718 sayılı MÖHUK m. 23 fikrî mülkiyetten kaynaklanan tüm haklara uygulanan milletlerarası hukuk kuralını düzenleyerek “*Fikrî mülkiyete ilişkin haklar hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o ülkenin hukukuna tabidir.*” kuralını (lex loci protectionis) kabul etmektedir⁹²¹. Bağlama noktasının tespitinde ülkesellik ilkesi gereği koruma istenilen ülke kanunları mülkiyetin varlığı ve kapsamını belirler⁹²². Avusturya Devletler Özel Hukuku Kanunu paragraf 34 gereği fikri haklarla ilgili olarak bu hakların kullanıldığı veyahut ihlal edildiği ülkenin hukukunun geçerli olacağı, İsviçre IPRG m. 110/1’e göre ise fikri hukuk alanında korumanın talep edildiği ülke hukukunun uygulanacağı düzenlenir. Türk hukukunda İsviçre IPRG’nin 110/1 hükmünü esas alan bir düzenleme getirilmiştir⁹²³.

Haksız fiillerde, haksız fiilin işlendiği yer mahkemeleri MÖHUK m. 34 gereğince yetkilidir. Haksız fiille beraber zarar da doğmuşsa zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanacaktır.

Fikrî hukukta yabancılık unsuru taşıyan sözleşmenin tarafları MÖHUK m. 47 şartlarına uygun olarak yaptıkları yetki sözleşmeleri ile de yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendirebilirler. Bir hakkın tümüyle devri veya lisans sözleşmesiyle

⁹²⁰ Mülga FSEK 88. maddesi; “*Bu Kanun hükümleri: .Eser sahibinin vatandaşlığı gözetilmeksizin Türkiye’de ilk defa umuma arzedilen ve Türkiye’de bulunupta henüz umuma arzedilmemiş olan bütün eserlerle Türkiye’de bulunan bütün mektup ve resimlere; Türk vatandaşlarının henüz umuma arzedilmemiş yahut ilk defa Türkiye dışında umuma arzedilmiş bütün eserlerine; Türkiye Cumhuriyetinin bağlı bulunduğu milletlerarası bir andlaşmada uygun hükümler bulunmak şartıyla yabancıların henüz umuma arzedilmemiş veya ilk defa Türkiye dışında umuma arzedilmiş bütün eserlerine; uygulanır. Eser sahibinin mensup bulunduğu devletin; Türk eser sahiplerinin haklarını کافی derecede koruması veya milletlerarası bir andlaşmanın yabancı eser sahiplerine taallük eden hususlarda istisna ve tahditlere cevaz vermesi hallerinde Kurulunca bu maddenin birinci ve üçüncü bentleri hükümlerinden istisnalar yapılması kararlaştırılabilir.*” Şeklinde ülkesellik esasını benimsemiş ve 2. Bendinde “*Türk vatandaşlarının henüz umuma arzedilmemiş yahut ilk defa Türkiye dışında umuma arzedilmiş bütün eserlerine*” diyerek ülkesellik prensibinin bu bent için de geçerli olup olmadığını müphem bırakmaktaydı. ARSLANLI, H. **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1958, s. 229.

⁹²¹ TEKİNALP, age., s. 49.

⁹²² ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 314; Türkiye’de korumanın 70 yıl İsviçre’de 50 yıl olması nedeniyle 50 yıl sonrasında eser sahibinin izni İsviçre’de gerekmezken Türkiye’de izin gerekir. (DALYAN, a.g.e., s. 280’dan naklen).

⁹²³ ÇELİKEL, ERDEM, a.g.e., s. 316.

kullanımının devrinde ileride doğabilecek ihtilaflar için yabancı bir devlet mahkemesini sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle yetkilendirebilirler. Bu halde yabancı mahkemenin yetkisi, MÖHUK m. 47 uyarınca münhasırdır. Türk mahkemesinde dava açıldığı takdirde, yetki itirazında bulunulabilir. Yabancı devlet mahkemesinde dava görülürken Türkiye’de dava açılır ise bu kez derdestlik itirazı ile karşılaşılabilir. Ancak yabancı devlet mahkemesi kendini yetkisiz sayarsa veya Türk mahkemesinde yetki itirazında bulunulmazsa dava yetkili Türk mahkemesinde görülebilir. İhlal aynı zamanda haksız fiil teşkil ettiğinden MÖHUK m. 47 uyarınca, haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkilerinde de yetki sözleşmesi yapılması mümkündür. Manevî tazminat davaları davacı gerçek kişinin yerleşim yerinde açılabileceği gibi davacı tüzel kişi şirket ise şirketin ikametgahı mahkemesinde de açılabilir.

SONUÇ

Ülkemizde fikrî hak alanındaki çalışmalar ve fikir ve sanat eserlerine verilen değer ve önem dolayısıyla bu alan, 1990'lı yıllardan itibaren sürekli değişim ve gelişim göstermekte, halen bu değişim ve gelişimin sürdüğü görülmektedir.

Sınai mülkiyete ilişkin ancak bu yıl Kanun Hükmündeki Kararnamelerden kurtulmak suretiyle yeni bir Kanun yürürlüğe konulmuşken, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu yamalı bohça misali zaman zaman değişiklikler yapılarak uygulanmakta halen yeni Kanun'un yürürlüğe girmesi beklenirken bu çalışmanın da Kanun'a eklemeler yapan kısmi değişiklikler olduğu gözlemlenmektedir.

Kanunda eser sahibi ve eser sahibinin hakları ile bağlantılı hak sahiplerinin haklarının belirlenmesi, korunması, bu haklara ilişkin tasarrufun esas ve usulleri, yargı yolları ve ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar ile diğer konular düzenlenmektedir.

Fikrî hukukta açılan davalar diğerlerinden farklı olarak eşyanın cisminde ilişkin değil, maddî olmayan fikri mülkiyete ilişkin ihlaller nedeniyle açılır. Konusu para olan davalar ise FSEK m. 68 hükmündeki malî hak bedeli davası, FSEK m. 70/f. 2'de yer alan TBK m. 49 vd'daki haksız eylemden kaynaklanan tazminat davası, FSEK m. 70/f. 3'de yer alan TBK m. 526 vd'daki gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan elde edilen kârın iadesi ve FSEK m. 82-84 yollaması ile TTK m. 56 hükmündeki haksız rekabete dayalı zarar ve ziyan veya davalının elde etmesi mümkün menfaatin karşılığı hakkında açılan davalar veya mektup, resim portrelere ilişkin FSEK 85, 86 maddeleri uyarınca TBK 58. maddesi gereğince açılan davalardır. Bu davalardan sadece FSEK m. 70/f. 2'de düzenlenen dava türü gerçek anlamda tazminat davası olup, fiilî zarar veya kâr yoksunluğu talebi içerir.

Fikri hukuka özgü bir düzenleme olan FSEK m. 68 hükmü dışındaki diğer davalar FSEK'de düzenlenmemiş olsaydı dahi TTK ve TBK hükümleri uygulanmak suretiyle sonuç alınabilirdi. TBK'nun haksız fiillere ilişkin düzenlemesi ile açılan davalar ile tazminat talep edilebilse de kanundaki bu özel düzenleme ödemede tekrerr

olmaması kaydı ile klasik tazminat talebi ile diğer parasal taleplerle birlikte veya bağımsız olarak ileri sürülebileceğini göstermesi açısından maddenin düzenlemesi uygun olmuştur.

Fikrî mülkiyet sistemini güçlendirerek yatırımcının önündeki engellerin kaldırılması ve yatırım ortamının iyileştirilmesini sağlayacak yönde 1996 tarihli Telif Hakları Sözleşmesi ve İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi gibi Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü tarafından koordine edilen uluslararası sözleşmeler ile AB müktesabı ve sektörel talepler dikkate alınarak korunan fikrî ürünlerin kullanımına ilişkin meslek birlikleri ile kullanıcılar arasında yaşanan sorunların giderilmesi amaçlanarak FSEK’de zaman zaman değişiklikler yapılmıştır. Yapılan bu değişiklikler genelde haklı ve isabetli değişiklikler olsa da bazı konularda eser sahibi lehine davranma amacıyla abartılı uygulamalara neden olduğu gözlenmektedir.

Eser sahibi, fikrî mülkiyet hakkının yeterli şekilde korunduğunu düşündüğünde, bu alanda rahat fikrî ürün ortaya çıkartabilecektir. Ancak bu koruma kişinin orantısız zenginleşmesine neden olmamalı, ihlali gerçekleştirenin de fakirleşmesine yol açmayacak şekilde hakkaniyete uygun ve adil bir şekilde düzenlenmelidir.

FSEK m. 66 eser sahibinin malî haklar yanında manevî hakların da ihlalinde ihlali gerçekleştirene karşı tecavüzün men’i, ref’ini isteyebileceği, manevî haklara yapılan tecavüzün kapsamını, kusurun varlığı, varsa ağırlığı veya tecavüze uğrayanın karşılaştığı veya muhtemel zararlarını takdir ederek duruma göre ref ve menine yönelik gereken tedbirlerin alınabileceğini belirtir. Maddenin ilk fıkralarında kusurun aranmayacağı belirtilirken son fıkrasında çelişkili olarak tecavüz edenin kusuru olup olmadığı, varsa kusurun ağırlığı aranmaktadır. Mülga BK m. 49’un 3444 sayılı Kanun ile değiştirilmesi sonucu FSEK m. 70’in değiştirilerek manevî tazminat davalarında, haksız fiilde bulunan kişinin kusurunun aranmayacağı şeklindeki yoruma açık hale getirilmesi karşısında, 5846 sayılı Kanun’un 70 inci maddedeki düzenlemesinin çelişkili olduğu ve düzeltilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Kanunda 70 inci maddenin ilk halinde olduğu şekilde kusur unsurunun karışıklığa neden olmaması için yeniden maddeye konulması isabetli olacaktır.

FSEK m. 69 hükmündeki men davasının sadece eser sahibi tarafından açılabileceği hükmü doktrinde eleştirilmektedir. Zira, ref davasındaki taleplerin daha kapsamlı olmasına rağmen eser sahibinin yanı sıra eser sahibinin ölümü halinde FSEK m. 19'da belirtilen kimseler de bu davayı açabilmektedirler. Bu nedenle men davasının FSEK m. 69/f. 1 gereği sadece eser sahibi tarafından değil, ölümü halinde FSEK m. 19 hükmünde sayılan kimseler tarafından da açılabilmesi gerekir. Kanaatimizce kanunun yeni düzenlemesinde bu durumun da göz önüne alınarak Tasarıya konulması yerinde olacaktır.

FSEK m. 19, manevî hakların tümünü içermediği gibi FSEK 19/f. 2, 3 ve 5'de anılan kişilerin, hakları kendi namlarına kullanacakları belirtilmişse de Kanunda m. 19 /f. 1'deki kimselerin bu hakları kendi namlarına kullanacaklarına dair bir ibare bulunmaması nedeniyle Yargıtay bu kimselerin manevî tazminat isteyemeyeceklerini belirtmektedir. FSEK m. 19/f. 3 ve 5 hükümlerindeki malî hakları ve Kültür Bakanlığı da bu yetkileri kendi namlarına kullanabildikleri halde, Yargıtay bu kişilerin manevî tazminat davası hakkının olmadığını belirtir. Bu halde m. 19/f. 1'de bu ibarenin bulunmaması, Yargıtay kararlarına dayanak olamaz. FSEK m. 19/f. 2'deki durumda yakınların manevî hakların kullanım yetkisi ve manevî tazminat davası hakkı bulunmakta iken FSEK m. 19/f. 1'dekilerin bu davayı açamayacakları çelişki yaratır. Manevî tazminat davası açma hakkı, eser sahibinin yakınlarına verilir. Vasiyeti tenfiz memuru ve yakınların dışındaki eser sahibinin belirlediği kişiler manevî tazminat davası açamazlar. FSEK'de amaç eser sahibinin haklarını korumak olduğundan yorum yoluyla eksikliklerin doldurulması gerekir.

Eser sahibinin manevî haklarının ihlali halinde maddî tazminat davası açılabilmesine yönelik kanunda düzenleme yapılmamışsa da şartları oluştuğunda maddî tazminat talep edilebilmesi gerekir. Bu durumun da 70inci madde kapsamında kanunda düzenlenmesi yerinde olacaktır. Eser sahibinin manevî hakkının ihlali maddî zarar oluşabilir. Eser sahibinin eserinde, onun rızası dışında yapılan değişiklik ile eserin ana temasının bozulması, eserin kötü şöhret ile anılması, edebiyat veya sanat camiasında eleştirilmesi sonucu eserin sürümünün azalması, çoğaltılan nüshaların elde kalması gibi maddî zarar oluşabilir. Bir bilimsel eserin izinsiz olarak değiştirilip magazin ağırlıklı olarak piyasaya sürülmesi yazarın kariyerini etkilediği

gibi satışları da düşürebilir. Bu tür maddi bir zararın doğması halinde hak sahibi maddî tazminat talepli dava açabilmeli ve ilgili maddede bir değişiklik yapılmalıdır

FSEK m. 70/f. 1 hükmünde açıkça uğranılan manevî zarara karşılık manevî tazminat istenebileceği düzenlendiğinden manevî zararın bulunması manevî tazminata hükmedilebilmesi için gerekli bir şarttır. Kanun düzenlemesinin dışına çıkan tarzda manevî tazminata hükmedilmesi için manevî hak ihlalinin yeterli olduğu manevi zararın bulunmasının gerekmediğine ilişkin Yargıtay uygulaması tazminat hukuku ilkelerine aykırıdır.

Mali haklara tecavüz durumunda FSEK m. 68’de kullanılan rayiç bedel, talep edenin ihlal edenle bir sözleşme yapmış olması halinde isteyebileceği bedeldir. Buradaki üç katı bedel, doktrinde bir kısım yazarlar ve Yargıtay uygulamalarında hatalı olarak uzun süre hakimın takdir hakkı olmayan kesin uygulanması gereken bir oran olarak belirtilmiştir. Eser sahibinin lehine hareket etme amacıyla yapılan bu uygulamadan Yargıtay, Anayasa Mahkemesi’nin kararı sonrasında geç de olsa vazgeçmiş ve somut olaydaki kusur ve kusurun ağırlığını da dikkate alarak hakimın takdir hakkının bulunduğuna hükmetmiştir. FSEK m. 68 hükmü ile eser sahibi aslında hiçbir şekil ve şart altında sözleşme yapmak istemediği bir kişiyle sözleşme yapmış gibi kabul edileceğinden ihlali yapan eser sahibine bir bedel ödediğini düşünerek hukuka aykırı da olsa müdahalesine devam etme hakkını kendinde bulacaktır. Bu durum ise sözleşmeler hukuku bakımından sözleşmenin kurucu unsuru olan iradenin göz ardı edilmesi ve ücret karşılığı hukuka aykırılığa izin veren bir uygulama olması nedeniyle yerinde değildir. Hak sahibinin bedel talebi sonucu, ödeme yapıldığında çoğaltılan nüshalar piyasaya sürülürse, çoğaltılan nüshaların piyasaya sürülmesi meşrulaşır. Yargıtay uygulamalarında da görüldüğü üzere sözleşmesel ilişki doğduğundan bahisle, FSEK m. 68 gereği bu nüshalar sözleşme yapılmışcasına davalı kullanımına bırakılmaktadır. Bizim katılmadığımız bu uygulama tecavüzü teşvik edici ve tecavüze prim veren bir düzenlemedir. Kanuna aykırılığa, hakkaniyet ve fedakârlığın denkleştirilmesi gerekçesiyle kanun düzenlemesi çerçevesinde yol açılması düşünülemez. Farazî sözleşmede kanunî ruhsat ilke olarak benimsenmese de ihlali gerçekleştiren lehine bir tür ruhsat sağlayan ve hukuka aykırılığı para karşılığı kanunî hale dönüştüren bu görüş

kanaatimizce hatalıdır. Doktrindeki görüşler ve Yargıtay uygulamaları ise bu yöndedir. İhlal ile meydana gelen fiilî durumun mütecavizin yanına kâr kalmaması düşüncesi ve Kanun gereği hakkı ihlal edilen yönünden kurulan sözleşmesel ilişkinin mütecaviz yönünden kurulmaması gerektiği, mütecavizin elinde ihlale ilişkin hiçbir eser yahut malzeme bırakılmaması; buna karşın cezaî niteliğe uygun bir bedel takdir edilmesi daha adil olacaktır.

Piyasada aynı anda korsan olan ve özgün baskıların bir arada bulunması ihtimali bulunduğundan sadece hak sahibinin kullanacağı seçimlik hakka ilişkin bakış açısıyla konunun değerlendirilmesi uygun değildir. 2013 yılının başlarında AYM'nin 68. maddeye ilişkin yapılan itirazı reddederken karar gerekçesinde hakimnin takdir hakkı bulunduğunu açıklamasına rağmen bu yorum sonrasında da Yargıtay uzun süre aksi uygulamada ısrarcı olmuştur. Yine aynı şekilde, eser sahibi lehine yorum ilkesi amacıyla haksız fiillere ilişkin iki yıllık kısa sürenin de uygulanmayarak farazî sözleşme gerekçesi ile TBK'nın sözleşmelere uygulanan genel on yıllık zamanaşımı uygulanması da yapılan diğer bir hatadır. Çünkü yargılama esnasında taraflar arasında henüz sözleşmesel ilişki bulunmamaktadır. Bu durum hükümle birlikte doğacaktır. Oysa zamanaşımı yargılama esnasında ileri sürülen bir def'dir. İleri sürüleceği zaman da henüz sözleşmesel ilişki doğmamıştır. Bu bağlamda, sözleşmelere ilişkin zamanaşımı burada uygulanamaz.

FSEK m. 70 f. 3'deki davanın, kendi menfaatine vekâletsiz iş görmenin uygulanma hallerinden birini oluşturması nedeniyle, bu talebin, tazminatı düzenleyen m. 70'den ayrı bir maddede düzenlenmesi gerekmektedir. Bu hükmün yeri de 70. madde değildir.

Yargıtay'ın FSEK m. 68'in uygulamasında kusur şartını aramaması kanun gereğidir. Fakat kusur ve varsa ağırlığı bedelin tespitinde göz önünde tutulmalıdır. Nitekim kusur ve derecesinin gözönünde tutulmadan doğrudan üç kat bedele hükmedilmesi doğru olmadığı gibi TBK 112 gereği sözleşmeler hukukunun ana ilkesinin kusur sorumluluğu olması nedeniyle Yargıtay tarafından da benimsenen farazî sözleşme görüşü de kusurun değerlendirilmesini gerektirir. Bu kapsamda, hükmedilecek bedelin miktarı, kusurun varlığı ve ağırlığı gözönüne alınarak belirlenmelidir.

Dava sonucunda davalıyı maddî tazminat ödemeye mahkûm eden ilâm, taraflar arasında gerçekte sözleşme ilişkisi kurmamaktadır. Farazî sözleşme kavramı, eser sahibinin haklarına tecavüz dolayısıyla meydana gelen maddî zararın tazmin edilmesine ilişkin bir tazminat hesaplama yöntemi değildir. Bu bir medenî cezadır. Fakat uygulamada tazminat davası olarak algılanmaktadır. Yargıtay da bu şekilde değerlendirmektedir.

Taraflar arasında sözleşme varsa davacı sözleşmeye dayalı olarak fesih, cezaî şart, tazminat gibi taleplerde de bulunabilir. Telif ücretinin üç katı ödenmişse çoğaltılmış nüshalar yayımlanabilmektedir. Oysa çoğaltılmış nüshaların mütecavizin eline bırakılması hatalı bir uygulamadır. Farazî sözleşme adı altında ihlale konu nüshaların yasallaştırılması, ihlali teşvik edici bir tutumdur. Yargıtay'ın, farazî sözleşme ilişkisi kavramını tazminat hesaplama yöntemi olarak değil de mütecaviz ile hak sahibi arasında rıza dışı kurulan gerçek bir sözleşme ilişkisi olarak görmesi fikri ürünlerin üretimini sekteye uğratacaktır. FSEK m. 68'deki bedelin mütecavizin kusuru ve ağırlığı kapsamında belirlenerek kanunî bir ceza olarak davacıya verilmesi makul olmakla birlikte dava konusu ürünlerin davalıya bırakılması hatalıdır.

Üç katına kadar tazminat talep edilen hallerde nispi karar ve ilam harcının hesaplanmasında talep edilen tazminat miktarına göre hesaplama yapılması halinde üç katına kadar tazminat talebine göre harç yatırılmasının dava şartı olarak gözönüne alınmaması gerekir. Üç katı bedelin bir ceza olduğu düşünüldüğünde, kanaatimizce harcın rayiç bedel üzerinden alınması yeterli olacaktır. Ayrıca eser sahibi lehine yorum ilkesi gereği harç tamamlanacaksa da dava sonunda veya asıl hükümle birlikte tamamlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Tazminat tutarının belirlenmesinde bilirkişi, dosyadaki delillerden yola çıkarak farazî bir tespitte bulunmaktadır. Bu objektif, değişmez, kesin bir tespit olmamakta, hatta her alınan bilirkişi raporunda verilerdeki farklı unsurlara önem verilmesi sonucu farklı farklı sonuçlar alınmaktadır. Bu nedenle bilirkişi raporlarında ulaşılan sonuca ilişkin dayanaklarının gerekçelendirilmiş ve açık olması gerekir. Bilirkişi tarafından yapılan hesaplama rağmen hakim, dosyadaki delillere göre gerekçelendirerek rapor dışına çıkılmak suretiyle hüküm kurabilmelidir. Oysa Yargıtay bu durumlarda yeniden rapor alınmasını zorunlu tutmaktadır.

İhtisas mahkemeleri kararlarının temyiz incelemesini yapan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, ticarî davalara ilişkin ihtilafların yanı sıra fikrî hak uyuşmazlıklarına da baktığından uzmanlık gerektiren bu ihtilaflarda hatalı ve farklı kararlar çıkmaktadır. Bu yıl faaliyete geçen istinaf mahkemelerinde bu uyuşmazlıkların ticarî davalara bakan daireden ayrı bir dairede görülmesi ve bu ihtilaflara ilişkin davalar için ayrı bir ihtisas dairesi kurulması yerinde olacaktır. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m. 168 ile getirilen Fikri Mülkiyet Akademisi ve Sınai Mülkiyet Hakları Eğitim Merkezi ise uygulamaların birliği, doğruluğu isabetli kararların verilmesi açısından faydalı kurumlar olacaktır.

Ülkemizde güçlü rekabet gücüne sahip sektörlerin ortaya çıkması, hukuka uygun fikrî mülkiyetin kullanımı ve bunun teşviki ile ihlallerin önlenmesi ve bunun yaptırıma bağlanması ile gerçekleşir. Pazarda yatırım ortamının iyileştirilmesi, yabancı yatırımcılara ve eser sahiplerine cazip bir hukukî alan yaratılması, uluslararası alanda yarışabilmemiz, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu yanında, fikrî mülkiyetin korunmasına yönelik haksız rekabete ilişkin yasal düzenlemeler yapılması ile de mümkün olacaktır.

Bu yıl Mecliste kabul edilmesi düşünülen ve bugünlerde Kültür Bakanlığı sayfasında incelemeye açılan KanunTasarısı, Kanun'un belli başlı maddelerinde değişiklik yapılmaya çalışılan ve Meslek Birliklerine yönelik ağırlıklı düzenleme içeren kısmî bir Kanun değişikliği olmuştur. Yıllardır beklenen ve eksiklikleri ve hataları giderecek şekilde yukarıda eleştirdiğimiz hususların ilgili Kanun maddelerinde yapılması elzemdir.

Tazminat davalarına ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yapılan değişikliklerde Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümlerin gözönüne alınması ve Meclisteki Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun da daha kapsamlı bir şekilde düzenlenerek eksiklikleri giderecek şekilde tamamlanarak yürürlüğe girmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKIN, Levent: “Fikrî haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları” Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, C. V, Ankara 2000, (s. 105-146).
- AKINTÜRK, Turgut/
ATEŞ KARAMAN, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış, Beta 20. Baskı, İstanbul 2009.
- AKİPEK, Şebnem/
DARDAĞAN, Esra: “Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/289/2630.pdf>, Erişim T. 12. 10. 2012.
- AKİPEK, Jale G.,
AKINTÜRK, Turgut,
ATEŞ, KARAMAN, Derya: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, 8. Bası, İstanbul, 2011.
- AKKANAT, Halil: Türk Medenî Hukukunda İyiniyetin Korunması, Filiz Kitabevi İstanbul 2010.
- AKSU, Mustafa: Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul 2006.
- AKSU, Mustafa: “Bilgisayar Programlarının Eser Niteliği ve Bunların Temelinde Yatan Fikir ve İlkelerin Korunması Sorunu”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan C. II, İstanbul 2010, (s. 1255-1258).
- AKSU, Mustafa : Eser Yaratıcısının Eser Üzerindeki Manevî Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı Üzerine Bir Deneme, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, (s. 121-158).

- ALTOP, Atilla: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi” Prof Dr. Ergon Çetingil ve Prof Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, (s. 254-260).
- ARDUÇOĞLU, M. Artuk: “Türk İdare Hukukuna Yeni Bir Katkı: Erişim Sağlayıcılar Birliği”, İnönü Üniversitesi Ocak-Haziran 2014, C. 5. S. 1. (s. 127-137).
- ARIDEMİR, Arzu Genç: Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, Vedat Kitapçılık, Kasım 2003.
- ARIKAN, Serkan; “Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması”, FMHD, Y. 2006, S. 3.
- ARIKAN, Ayşe Saadet: “Fikri Haklar Bağlamında Komşu Haklar ve Türkiye”, İstanbul Barosu Dergisi C. 70, İstanbul 1996.(175-204).(Komşu Haklar)
- ARKAN, Azra Serim: Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri, I. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul Şubat 2017.(Yayım Sözleşmesi)
- ARKAN, Azra Serim: “Fikrî hak İhlalleri ve Davaları” Fikrî ve sınai Haklar İhlaller & Davalar, 2008 İstanbul Barosu Yayınları, (s. 72-78).
- ARKAN Azra Serim: “Fikri ve Sınai Haklarda Problemler ve Çözüm Yolları”, İstanbul Barosu Yayınları, 2016, s. 117-120.
- ARKAN, Azra: Eser sahibine Bağlı Haklar, İÜSBE, Doktora Tezi, İstanbul 2005.
- ARKAN, Azra: Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.(Bağlantılı Haklar).
- ARKAN AKBIYIK, Azra: Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 1999. (Vekaletsiz İş Görme)
- ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, C. II, Ankara, 1998.
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2014.
- ARPACI, Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler) 2. Bası, İstanbul 2000.

- ARSLANLI, Halil: Fikrî hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1954.
- ARSLANLI, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1958.
- ATEŞ, Mustafa: Fikrî hukukta Eser, Turhan Yayınevi, Ankara 2007.
- ATEŞ, Mustafa : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003. (Hakların Kapsamı).
- ATEŞ, Mustafa: İstisna (Eser) Sözleşmesi Kapsamında Meydana Getirilen Eser Üzerindeki Fikrî haklar”, BATİDER, Y. 2012, C. XXVIII, S. 1.(İstisna).
- ATEŞ, Mustafa: “Fikir ve Sanat Eserlerinde Tescil, Tevdi ve İşaret Koyma Gibi Formalitelerin Hukukî Boyutu” Fikrî Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 3, (s. 15-22).
- ATEŞ, Mustafa: “Fikir ve sanat eserlerinin kamuya sunulması: Alenileşmemiş ve yayımlanmamış eserler fikri hukuka göre korunamaz mı?”, Batider, C. 33, S. 3, Y. 2006, s. 227-253, Erişim T. 8.5.2012. (Çevrimiçi) www.fikrimulkiyet.com/images/kamu.pdf.
- ATEŞ, Mustafa: Fikir ve Sanat Hukukunda Sinema Eseri ve Eser Sahipliği, Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2009, XII Levha Yayınları,(s. 59-116), (Sinema Eseri).
- ATEŞ, Mustafa: “Fikri Ürünlerin Umumi Mahallerde Kullanımından Doğan Hakların Takibi Sistemi ve Anayasa Mahkemesinin FSEK’in Md. 41/12 Hükmüne İlişkin İptal Kararı Üzerine Bir Değerlendirme “Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı, Y. 2010, C. II, (s. 56-68), (Hakların Takibi).
- ATEŞ, Mustafa: “Hak Arama Özgürlüğü ve Meslek Birlikleri Üzerinden Hak Takibi: Anayasa Mahkemesinin FSEK Madde 41/12 Hükmüne İlişkin İptal Kararına Dair Bir Tenkit”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 5 Sayı:51 Kasım 2010.
- AYDINCIK, Şirin: Fikrî haklarda Lisans Sözleşmeleri, Arıkan Yayınları, 2006.

- AYİTER, Nuşîn: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri 2. Bası Sevinç Matbaası, Ankara 1981.
- ASLAN, Ramazan: Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, 1989.
- BAK, Başak: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “Yayın Sözleşmesine” İlişkin Getirdiği Yenilikler ve Bu Düzenlemelere Yönelik Eleştiriler” <http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1195>.
- BAYINDIR, Sinan: “Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu”, tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2014-113-1404, (s. 307-338).
- BECKER, H.: İsviçre Medenî Kanununun Şerhi C. IV. Fasikül II, (Çeviren Kemal Reisoğlu).
- BELGESAY, Mustafa Reşit: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, Temel Yayınlar, Yayına Hazırlayan, Osman Selim Kocahanoğlu, İstanbul 2001.
- BELLİCAN, Cüneyt: Fikrî hukukta Manevî Haklar ve Manevî Hakların Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, İstanbul 2008.
- Lionel BENTLY,
Brad SHERMAN: Intellectual Property Law, Oxford University Press-2003.
- BERBER, Leyla Keser: “ABD Haksız Rekabet Yasası (Unfair Competition Act) Çerçevesinde Fikrî mülkiyet Haklarına Uyumun Bilişim Teknolojisi Sektörü Özelinde Sürdürülebilir Ekonomik Kalkınmaya Etkisi ve Sağlayacağı Avantajlar”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. X S. 2 Y. 2013. (s. 97-140).
- BEŞİROĞLU, Akın: Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Beta Mart 2004.
- BİLGE M. Emin: “Fikrî mülkiyet Haklarının Güvence Altına Alınmasına İlişkin 2004/48/EG Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile

Getirilen Temel Esaslar ve Türk Hukukuyla Mukayese”, e-akademi dergisi, Y. 2005/Mayıs, (Çevrimiçi) www.e-akademi.org Erişim T. 11.02.2013.

Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa, Adalet Bakanlığı 2011.

BOZBEL, Savaş: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 1. Baskı İstanbul, Aralık 2012, XII Levha Yayınları. (Fikir ve Sanat)

BOZBEL, Savaş: “Fikrî hakların İhlali Nedeniyle İhtiyatî Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?” Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, XII Levha Yayınları, s. 135-164. “İnternet”

BÜLTER, Ahmet: “Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar”, TBB Dergisi, Sayı 59, 2005, s. 90-107. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-59-155>.

COLSTON, Catherine: Principles of Intellectual Property Law, Great Britain 1999.

CORNISH, William Rodolph: Intellectual Property, Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Four Edition, London 1999.

CORREA, M. Carlos: Fikrî Mülkiyet Hukuku: Gelişmekte Olan Ülkelerden Bir Perspektif, (Tercüme eden: İlhami Güneş) FMR, C. 5, Y. 2005, S. 2, s. 15-33.(Perspektif).

ÇELİK Ahmet Çelik: Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı, İstanbul 2004. (Zamanaşımı).

ÇELİKEL Aysel/

ERDEM, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk Genel Kurallar Milletlerarası Özel Hukuk Milletlerarası Usul Hukuku Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6100 Sayılı Hukuk Mukakemeleri Kanunu’na göre Yenilenmiş 11. Bası, Beta, 2012 İstanbul.

ÇETİNKAYA, Faruk: “Fotoğrafın Tarihi ve 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Fotoğraf Eserleri” Fikrî ve sınaî Haklar Özel Sayısı, İstanbul Barosu Dergisi Özel Sayı 4, s. 29-40.

- ÇEVİK, Orhan Nuri: İctihatlı-Notlu Fikrî hukuk Mevzuatı, Ankara 1988.
- ÇINAR, Ömer: “Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medenî Kanununa Göre Cezaî Şartın İndirilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y. 8, S. 16, Güz 2009, s. 91-115.
- ÇOLAK, Uğur: “Televizyon Programı Formatlarının Korunması”, FMR, Y. 4 C. 4, S. 3.
- DALYAN, Şener: Bilgisayar Programlarının Fikrî hukukta Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- DAVIES, Gillian: Copyright and the Public Interest, Second Edition, Thomson, Sweet&Maxwell, London 2002.
- DEMİR, Başak Aslı: Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Tazminat Davaları, 2011, İÜSBE. Yüksek Lisans Tezi.
- DEMİRBAŞ, Ali: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sahibinin Malî Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, XII Levha Yayıncılık, 1. Baskı İstanbul Eylül 2015.
- DESCHENAUX, Henri/
TERCIER, Pierre, (Çeviren: Salim Özdemir), Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1983.
- DİRİKKAN, Hanife: Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, 2003.
- DOĞANAY, İsmail: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Hükümleri Bakımından Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kimler (Manevî Hakları) Kullanabilirler?”, Batider, C. XII, S. 1, Haziran 1983, (05- 105).
- DOMANIÇ, Hayri: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1988.
- DOMANIÇ, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988.

- DURAL, Mustafa/
SARI, Suat: Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- DURAL, Mustafa/
ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- DURGUT, Ramazan: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.B
- EDİS, Seyfullah: “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, AÜHFD, 1973/1-4, s. 183-184.
- ERDİL, Engin: 6102 sayılı TTK, 6098 sayılı BK, 6100 sayılı HMK, 551- 554- 556 sayılı KHK Hükümleri Çerçevesinde Hazırlanmış Haksız Rekabet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.(Rekabet).
- ERDİL, Engin: İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, Beta, Nisan 2005, İstanbul.
- ERDİL, Engin: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul 2003.(İşlenme).
- EREL, Şafak: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20. Bası, Yetkin Yayınları, İstanbul 2016. (Genel Hükümler)
- EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, Ankara 1975.(İlliyet).
- EKİNCİ, Hüseyin: Doktrin ve Uygulamada Cezaî Şart, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- ERİŞ, GÖNEN: En Son Değişikliklerle Gerekçeli- Açıklamalı- İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, Seçkin Ankara 2005.
- FEYZİOĞLU, Necmettin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I,1976, C.II, 1977.

- FRANKO, Nisim I: “Türk Borçlar Kanununa Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri (BK 373-381)”, Ankara -1981.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin: Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Temmuz 2010.
- GÖKYAYLA, K. Emre: "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68.Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", Legal Fikrî ve Sinaî Haklar Dergisi, C.8, S.30, Y. 2012. (Yargıtay Kararları).
- GÖKYAYLA, K. Emre: “5728 sayılı Kanunla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. md. de Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Fikrî Mülkiyet Hukuku, (Editör Tekin Memiş) İstanbul 2010, 282-304. (68. madde).
- GÖKYAYLA, K.Emre: Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, 2. Bası, Ankara 2001.(Telif Hakkı).
- GÖKYAYLA, K.Emre: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2005, (Değerlendirmeler)
- GÖLE, Celal: Aldatıcı Reklâmlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1981.
- GÖNEN, Doruk: Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, İstanbul 2011, Oniki Levha Yayıncılık.
- GÖRGÜN, L. Ş.: “Eser Üzerinde Rehin Tesisi ve Cebri İcra Konusu Olarak Eser”, Ankara İTİAD 1973, C:5, S:1, s:152 vd.
- GÖZLER, Kemal: İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları, Ekin Basım Yayın, 8. Baskı Eylül 2011.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- GÜNDOĞDU, Gökmen: Türk Hukuku’nda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması, İstanbul 2006.
- GÜNEŞ, İlhami: “Eser Sahibinin Manevî Hakları” FMR, Y. 3 C. 3, S. 2003/4. s. 11-19. (Manevî Haklar).

- GÜNEŞ, İlhami: Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: "Manevî Zarar ve Tazmini", AÜHFD, C. 30, S. 1-4, s. 1-55. dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/313/3028.pdf.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: "Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)", AHFD 1974, C. XXXI, S. 1-4, s. 149-184.
- HATEMİ, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul, 1998. Filiz Kitabevi.
- HATEMİ, Hüseyin/
SEROZAN, Rona/
ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölümü, İstanbul 1992.
- HELVACI, Serap: "Tazminat Davalarında Yetkili Mahkeme (Karar İncelemesi), Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2001, Beta, (s. 905-915).
- HIRSCH, Ernst E.: Hukukî Bakımdan Fikri Say, C. II. İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu İstanbul 1943.
- HIRSCH, Ernst E.: Fikrî ve Sinaî Haklar, Ankara, Ar Basımevi 1948.
- HIRSCH, Ernst E.: "Memleketimizde Mer'î Olan Telif Hakkı Kanunu'nun Tahlili", İHFM, C.VI, S. 3-4, 1940.
- Guide on Intellectual Property Rights in the EU. And Impact on Foreign Direct Investment, yased, Publication no: Yased e 2008/11-58
- İNCEOĞLU, Murat: "Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevî Tazminat Talepleri", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Aralık 2008, C. XXIV, S. 4, (s. 77-122).
- KAÇAK, Nazif: Açıklamalı – İçtihatlı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kartal Yayınevi.
- KAHYAOĞLU, Emin Cem: " Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Yazar ve Yayıncı Hakları",

<http://ataturkkitapligi.ibb.gov.tr/ataturkkitapligi/dosyalar/File/FSEK.pdf>, Erişim T. 22. 04. 2016.

- KALENDER, Emre: “Alman Federal Mahkemesi’nin (BGH) 13.11.2013 Tarihli I ZR 143/12 Sayılı “Doğum Günü Treni” Kararının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Önemi ve Türk Hukukuna Etkisi” , 28.11. 2014 tarihli 1. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu. (103-114).
- KALİ, Sevgi: “Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tüketilmesi ve Sınai Mülkiyet Hukuku ile İlişkisi” FMR, C. I, (53-73). www.rekabet.gov.tr/File/?path...pdf.
- KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 20. Baskı, MimozaYayınları, Eylül 2011.
- KARAHAN, Sami/
SULUK, Cahit/
SARAÇ, Tahir,
NAL, Temel: Fikrî Mülkiyet Hukukunun Esasları, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- KARAHASAN, M. Reşit: Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1995.
- KARAHASAN, M. Reşit: Manevî Tazminat Öğreti Yargıtay Kararları, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş Altıncı Baskı Beta 2001 (Manevî).
- KARAHASAN, M. Reşit: Türk Borçlar Hukuku, C. 4, Ankara 1992.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku I. Giriş –Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968.
- KAYA, Arslan: Marka Hukuku, Arıkan Yayınevi 2006.
- KAYA, Arslan: “Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür?”, Prof. Dr. Kemal

- Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 431-458, (Bilgisayar).
- KAYA, Arslan: “Şehir Planları (Rehberleri) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser midir?”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, (s. 321-333), (Şehir Planları).
- KAYA, Arslan: “Reklamın ve Reklam Ajanslarının Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri” Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, (s. 444- 478).
- KAYA, Arslan: “Adi ve Ticari İşlerde Faiz”, İHFM, C. LIV, 1994, s. 347-366).
www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023004159/1023003754.
- KAYNAK KOÇ, Selva/
TEVETOĞLU, Mete: “Bilgisayar Oyunlarının Telif Hakkı Korumasından Yararlanması,, Legal Fikrî ve sınaî Haklar Dergisi, C. 8, S. 30, Y. 2012.
- KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012.
- KENDİGELEN, Abuzer/
BOZBEL, Savaş: “Telif Hukuku Açısından İnternette Veri Paylaşımı(Peer to Peer File Sharing)”, İnternet ve Hukuk, Derleyen Yeşim M. Atamer, İstanbul 2004, s. 492-537.
- KILIÇ, Bilge: Ankara Üniversitesi SBE. Özel Hukuk ABD., Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Eser Sahipliği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî haklar, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2013. (Fikrî Haklar)

- KILIÇOĞLU, Ahmet M: “Fikrî mülkiyette Kazancın İadesi Davası”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta Yayınları, Ankara 2008. (Kazanç İadesi).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M: “5846’daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevî Hakların İhlalinden Doğan Zararların Tazmini”, Ankara Barosu Fikrî mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 1, S. 3, 2001, (s. 23-28), (Manevî Haklar).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M: Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2008, Turhan Kitabevi. (Tazminat Esasları).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: “Fikrî Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınaî Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)”, TBB Dergisi, S. 54, Y. 2004, (s. 51-104), http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2004-54-61.pdf Erişim T. 11. 01. 2013, (Hukuksal Koruma).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Tazminat Hukuku, Legal Yayınevi 2010. (Tazminat).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.; “Medenî Hukukta Manevî Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik”, Prof Dr. Haluk Tandoğan Armağanı. 1. Baskı 1990. (Değişikliklerin Değerlendirilmesi).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2004. (Borçlar Hukuku)
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: “Fikrî haklara İlişkin Bazı Sorunlar ve Yasa Tasarısının Eleştirisi” TBBD, 1994/3, (s. 336-338), (Eleştiri).
- KLETT Alexander R: The Development of Copyright Since Mid 2010, (Çeviren Cansu Polat), Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2011, (s. 245-267).
- KOCATÜRK, Ayşegül: “Mimari Eserlerin Fikrî haklar Yönünden Korunması” Fikrî ve sınaî Haklar Özel Sayısı, İstanbul Barosu Dergisi Özel Sayı 4, (s. 15-24).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/

HATEMİ, Hüseyin/

SEROZAN, Rona/

ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. II, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 2. Bası İstanbul 1998.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/

HATEMİ, Hüseyin/

SEROZAN, Rona/

ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 5. Tıpkı Bası, İstanbul, 2010.

KOÇ, Nevzat/

ULUSOY, Erol/

AKİPEK, Şebnem: 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, Eylül 2012 Ankara, Türkiye Adalet Akademisi.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, C. II. 2001.

KURU, Baki: “Hukuk Usulünde Görevsizlik ve Yetkisizlik Kararları Üzerine Yapılacak Muameleler”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/336/3421.pdf>, Erişim T. 23. 12. 2016.

KURU, Baki/

ARSLAN, Ramazan/

YILMAZ, Ejder: Medenî Usul Hukuku, Genişletilmiş 17. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006.

KURU, Baki/

BUDAK, Ali Cem: Tespit Davaları, Tamamen Yeniden Yazılmış Dört Misli Genişletilmiş 2. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010.

KURU, Baki,

DURAK, Ali Cem: “Hukuk Muhakemeleri Kanunun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 5, Y.

- 2011,
<http://www.istanbulbarosu.org.tr/makaleler/hmk/bakikuru-alicembudak.pdf>.
- KÜÇÜKALİ, Canan: “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 68. Maddesindeki Hakimin Takdir Hakkı”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. İlhan Uluhan’a Armağan, C. 15, S. 2, Y. 2016 (Özel Sayı), Armağan Cilt II, s. 241-256)
- KÜÇÜKKAYA, H. Gül: Sinema Eseri Üzerindeki Mali Haklar, İktisadi Araştırmalar Vakfı Ünal Aysal Tez Değerlendirme Yarışması 2015/5, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.
- LICHTMAN, Douglas/
LANDES William: Indirect Liability For Copyright İnfringement: an Economic Perspective, Harvard Journal of Law & Technology, Volume 16, Number 2, Spring 2003, s. 395-410, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=379201, Erişim T. 11.05.2013.
- MCDONALD, Rob/
JAMIESON, Emery: Copright Protection of Multimedia Works” Prepared for University of Alberta Research Institute for Multimedia Systems “RIMS” April 15 1998. <http://www.expressnews.ualberta.ca/ualberta/.../copyright.html>.
- MEMİŞ, Tekin: “Fikrî ve sınai Hukukunun Koruma Alanının Genişlemesi ve Ülke Hukuk Politikası Açısından Değerlendirmeler”, ” Fikrî ve sınai Haklar Özel Sayısı, İstanbul Barosu Dergisi Özel Sayı 4, s. 3-14.(Değerlendirmeler).
- MEMİŞ, Tekin: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile İnternet Ortamında Fikrî hak İhlallerinin Engellenmesi İçin Getirilen Usul ve

Bu Usulün Değerlendirilmesi”, Türkiye II. Fikrî haklar Sempozyumu, Bilişim Hukuku, (Derleyen Metin Tevetoğlu), Vedat Yayınevi.

MEMİŞ, Tekin/

NAL, Temel/

SULUK, Cahit:

“Telif Hukukunda Yayın Sözleşmeleri Örnekleri, İTO, Basım Yayın Meslek Birliği, Münih Barosu, İstanbul Barosu Yayın no: 2009-25 İstanbul 2009.

MERDİVAN, Fethi:

“Manevî Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması ve Yakınların Dava Hakkı (Konuyla İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)”, FMR Ankara Barosu Fikrî mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y. 15, C.15, S. 2014/1, s. 95-144.

MILLER, A.R./

DAVIS, M.H.:

Intellectual Property, St. Paul Minnesota 1990.

NART, Serdar:

“Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi (TBK m. 72)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, Prof Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 2011 (226-248)

NOMER, Haluk:

Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996. (Maddi Tazminat)

OĞUZ, Arzu/

ÖZDEN, Selin:

“Fikrî ve sınâî Hakların İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri “Prof Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II, Ankara 2013, Ankara Üniversitesi Yayınları no 391, s. 951-974.

OĞUZMAN M. Kemal/

- BARLAS, Nami: Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası Vedat Kitapçılık İstanbul 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal/
ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, Cilt 2, 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal/
SELİÇİ, Özer: Kişiler Hukuku 5. Baskı Filiz Kitabevi, İstanbul.
- OĞUZMAN, M.Kemal/
SELİÇİ, Özer/
OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2009.
- OĞUZMAN, M.Kemal/
SELİÇİ, Özer/
OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul 2012.
- OKUTAN NILSSON, Gül: “İleride Vücuda Getirilecek Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Devri”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y. 4, S. 15, (Hakların Devri).
- OKUTAN, Gül: Exhaustion of Intellectual Property Rights:A-Non Tariff Barrier to International Trade? Annales XXX/46.
- OKUTAN NILSSON, Gül: “Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu, Uğur Alacakaptan’a Armağan (Derleyen: Mehmet Murat İnceoğlu)”, C. 2, İstanbul 2008, (s. 469-500), (Tüzel Kişiler).
- OKUTAN NILSSON, Gül: “Fikir ve Sanat Eserlerinin Bireyler Arası Ağlar Üzerinden Paylaşımı (P2P) Konusunda Uluslararası

- Gelişmeler”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2010, (s. 379-394), (Paylaşım).
- OLGAÇ, Senai: Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C. I, Ankara 1976, (Borçlar).
- OLGAÇ, Senai : Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri, Ankara 1979.(Fikir Hakları)
- ORUÇ, Murat: Haksız Rekabette Maddî Tazminat Davası, İstanbul Üniversitesi SBE. Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.
- ÖĞÜZ, Tufan: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul 2007.
- ÖRS, Halil Fahri: Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet (Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi), Ankara 1958.
- ÖZEKES, Muhammet: “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2002, C. 4, S. 2.
- ÖZEKES, Muhammet: “FSEK’de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, Legal Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi, 2005/1, s. 78 vd.
- Aytül ÖZKAN/
Ahmet Fatih ÖZKAN: “Fikir ve Sanat Eserleri Bağlamında Tecavüzün Ref’i Davası ve Üç Kat Bedel Sorunu” Hacettepe HFD, (s.103–134).
<http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C6S1makale5.pdf>.
- ÖZSUNAY, Ergün: Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Baskı, İstanbul 1982.
- ÖZTAN, Bilge: Medenî Hukuk’un Temel Kavramları, 36. Bası, 2012 Turhan Kitabevi, (Temel Kavramlar).
- ÖZTAN, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008. (Fikir ve Sanat)
- ÖZTAN, Fırat: “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler” Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1999, s. 221 vd.

- ÖZTRAK, İlhan: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 1971.
- ÖNGÖREN, Gürsel/
SÖNMEZ, Pınar: "Resim, Heykel ve Diğer Sanat Eserlerinde Kanunî Pay ve Takip Hakkı", Legal Fikrî ve Sinaî Haklar Dergisi, C. 8, S. 30, Y. 2012, (s. 33-39).
- ÖNGÖREN, Gürsel/
CERİTOĞLU, Filiz: Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Mimarî Eserler ve İlgili Yargıtay Kararları, İstanbul 2007.
- PEKCANITEZ, Hakan: Belirsiz Alacak Davası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.
- PEKCANITEZ, Hakan: Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, 3. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998.
- PEKCANITEZ, Hakan: İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- PEKCANITEZ Hakan/
ATALAY Oğuz/
ÖZEKES Muhammet: Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- PİROĞLU, Ünsal: "Eserden Doğan Manevî Haklar Tazminatı ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ağustos 2003.
- PİROĞLU, Ünsal: Fikrî hak İhlallerinin Tazmininde FSEK 68. Maddenin Konumu ve Niteliği", Yargıtay Dergisi Ekim 2004, (s. 433-457).
<http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/dergi/yrgergi/Ekim2004/Ekim2004/assets/basic-html/page66.html>,
Erişim T. 12. 03. 2014. (68. Madde)
- PİROĞLU, Ünsal: "FSEK 19. Maddeyle İlgili Son Yargıtay Kararlarının Analizi", FMR Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, (s. 146-164), (Analiz).
- PITTA, Laura A.: "Economic and Moral Rights Under U.S. Copyright Law, Protecting Authors and Producers in the Motion

- Picture Industry”, Entertainment and Sports Lawyer, Winter 1995, Volume 12, Number 4, Winter 1995, pp. 3-23, www.westlaw.com.
- RADO, Türkan: Roma Hukuku Dersleri, “Borçlar Hukuku”, İstanbul 1992.
- REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onsekizinci Bası, Beta İstanbul 2006.
- RÜZGAR, Eser: Obligation Of The Presentation Of The Documents at the Actions Related to the Intellectual and Industrial Rights”, Eser RÜZGÂR TAAD, Cilt:1, Yıl:2, Sayı:6 (20 Temmuz 2011).
- SAĞLAM, İpek: “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, Prof Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 2011 (s. 226-248)
- SAMUELS, Edward: The Illustrated Story of Copyright, New York 2000.
- SARAÇ Tahir: Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- SAYMEN, Ferit H.: Manevî Zarar ve Tazmini Sureti, Doktora Tezi, İstanbul 1940.
- SAYMEN, Ferit H./
ELBİR, Halid: Türk Borçlar Hukuku, 1. Umumi Hükümler, İstanbul 1958.
- SEMİZ, Özgür: "Batıda ve Türkiye'de Fikrî hakların Gelişim Süreci ve Günümüzdeki Durumu" Yüksek Lisans Tezi, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004) <acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/281/573.pdf.
- SCHWARZ, Andreas: Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, (Çeviren Bülent DAVRAN) İstanbul 1948.

- SEROZAN, Rona: Tüzel Kişiler Özellikle Dernekler ve Vakıflar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- STERLING, J. A. L: World Copyright Law: Protection of Authors' Works, Performances, Phonograms, Films, Video, Broadcasts and Published Editions in National, International and Regional Law, Second Edition, London, Sweet&Maxwell, 2003.
- SULUK, Cahit/
ORHAN, Ali: Uygulamalı Fikrî Mülkiyet Hukuku, C. II, Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri, Arıkan Basım Yayım 2005.
- SULUK, Cahit: Korsanlıkla Mücadele ve Matbaa Sektörü, 2. Uluslararası Katılımlı Kâğıt, Karton, Mürekkep, Matbaa Sempozyumu ve Sergisi, 2-5 Aralık 2004, (s.1-21), <http://www.fikrimulkiyet.com/makalelerim/cevirilenler/BIL.pdf>, Erişim T. 11.02.2013.
- SULUK, Cahit: “Telif Yasa Taslağı Işığında Telif Birlikleri ile Kullanıcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Halli” , Terazi Hukuk Dergisi, 2013/78, (s. 24-27).
- ŞAHİN, Ayşenur: Fikrî hukukta Eser Sahibinin malî Haklarının Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- ŞAHİN, Murat: Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2013.
- ŞEKER, Muzaffer :Yazılmamış Sayılma (BK. M. 21/1, 21/2, 24) Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması, 2015, XII Levha Yayınları.
- TEKİNALP, Gülören/
TEKİNALP, Ünal: “Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korumadan Yararlanabilecek Kişiler ve Asgari Haklar İlkesi.”, Prof. Dr. Bülent Davran’a Armağan, İstanbul 1998, (s. 155-166).

- TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2012.
- TEKİNAY, Selahattin S./
AKMAN, Sermet/
BURCUOĞLU, Haluk/
ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- TANDOĞAN, Halûk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk- İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme, Ankara Hukuk Fakültesi Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957. (Mukayeseli Hukuk).
- TANDOĞAN, Halûk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara 1961. (Mes'uliyet Hukuku).
- TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Basıdan (Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 1987) 5. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Yayınevi, 2010.
- TBMM Tutanak Dergisi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Adalet ve Millî Eğitim Komisyonları Raporları (1/722).
- TOPALOĞLU, Mustafa: Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, TBV, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul 1997.
- TOSUN, Yalçın: Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar, I. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2016.
- TOSUN, Yalçın: Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul 2009.
- TOSUN, Yalçın/

- İNCEOĞLU, Murat: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevî Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu ile İlişkisi”, Y. 2012, C. XXVIII, (s. 75-113), BATIDER.
- TUHR, Andreas Von: (Çeviren Av Cevat Edege) Borçlar Hukuku Umumi Kısım, C.I-II, Ankara 1983.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963, (Cezai Şart)
- TÜYSÜZ, Mustafa: Fikir ve Sanat Eserleri Çerçevesinde Fikrî haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara-2007.
- TÜZÜNER, Özlem: Farazî Sözleşme İlişkisi Hakkında Bir Yargıtay Kararının Tazminat Hukukunun Esasları Çerçevesinde İncelenmesi Ankara Barosu Dergisi 2012/ 2 Hakemli Dergi.(s. 70-95)
- TÜZÜNER, Özlem: Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2011.
- ULAŞ, Kaan: “ 5728 sayılı Yasa ile Fikrî ve sınaî Haklara İlişkin Düzenlemelerde Yapılan Değişiklikler”, FSHD, 2008/13, (s. 137-156).
- ULUSAN, İlhan/
BELLİCAN, Cüneyt: “Katalog ve Broşür gibi Tanıtıcı ve Bilgi Verici Çalışmaların Farklı Hukuki Koruma Türleri Bakımından Değerlendirilmesi” Prof Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2016/XII, (s. 107-168).
- UYAR, Talih: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 4, Sekiz Misli Genişletilmiş 4. Baskı, Turan Kitabevi, Ankara Şubat 2008.
- UYAR, Talih: İcra Hukukunda İtiraz, Feryal Matbaacılık – Ankara 1990.

- UYGUR, Atiye B.: Eser Sahibine Tanınan Haklara Getirilen Kısıtlamalar, AÜ. SBE, Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi Ankara 2004,(1-198).
<http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ve>.
- ÜLGÜN, Hüseyin/
TEOMAN, Ömer/
HELVACI, Mehmet/
KENDİGELEN, Abuzer/
KAYA, Arslan/
NOMER, Ertan Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 1. Bası İstanbul 2006.
NOMER ERTAN, Füsün: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul Haziran 2016.
- ÜSTÜN, Gürsel: Fikrî hukukta İşleme Eserler, İstanbul 2001. (İşleme Eser)
- ÜSTÜN, Gürsel: Fikrî hukukta Maddî Tazminat Davaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 1995.
- ÜSTÜN, Gürsel: Fikri Hukukla İlgili Bilirkişi Raporları I, İstanbul 2001.
- ÜSTÜN, Gürsel: “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın Son Metnindeki FSEK ile İlgili Hükümler ve Eleştirilerimiz” İBD 2007/1, (Çevrimiçi) www.istanbulbarosu.org.tr/Yayinlar/.../fsek.pdf. (Eleştiri)
- ÜSTÜN, Gürsel: “Fikrî hukuk Açısından Çevirmen Hakları” Ankara Barosu Fikrî mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y. 2005, C.5, S.2, (s. 74-111).
<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/2012yayin/dergi/fmr/fmr-2005-2.html> (Çevirmen Hakları).

- YARSUVAT, Duygun: Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, Genişletilmiş 3.Bası, İstanbul 1984, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınevi.
- YASAMAN, Hamdi: “Fikrî haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002. (Tazminat).
- YASAMAN, Hamdi: Fikri ve Sınâî Mülkiyet Hukuku Fikir ve Sanat Eserleri Endüstriyel Tasarımlar Patentler ile İlgili Makaleler Hukukî Mütalâalar Bilirkişi Raporları, Vedat Kitapçılık İstanbul 2006.(Fikir ve Sanat).
- YASAMAN, Hamdi: Fikri ve Sınâî Mülkiyet Hukuku, Fikir ve Sanat Eserleri Endüstriyel Tasarımlar Patentler ile İlgili Makaleler Hukukî Mütalâalar Bilirkişi Raporları, Vedat Kitapçılık İstanbul 2012 (Fikir ve Sanat II).
- YASAMAN, Hamdi: “Fikir ve Sanat Eserlerinde İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı” FMHD, Y. 2005- 2006, S.1. (s. 25-37).
- YASAMAN Hamdi: Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukukî Mütalâalar Bilirkişi Raporları, İstanbul, 2003.
- YASAMAN Hamdi/
POROY, Reha: Ticarî İşletme Hukuku, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- YASAMAN, Hamdi/
ALTAY, Anlam/
AYOĞLU Tolga/
YÜKSEL, Sinan: Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, C. 2, 2004, İstanbul.
- YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 7. Bası İstanbul 2007.
- YAVUZ, Levent: Eser Kavramı ve Eser Sahibinin Hakları, Sempozyum 2005, Ankara Barosu Fikrî mülkiyet ve Rekabet Hukuku Kurulu. www.ankarabarosusu.org.tr, Erişim T. 12.05.2013.

YAVUZ, Levent/

ALICA, Türkay/

MERDİVAN, Fethi: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C. I, II, Doktrin ve Yargıtay Kararları Işığında Açıklamalı Karar Özetli FSEK Şerhi, Seçkin Yayınevi, 2012.

YEH Brian T.: Intellectual Property Rights Violations: Federal Civil Remedies and Criminal Penalties Related to Copyrights, Trademarks, and Patents, s. 13,(Çevrimiçi) www.fas.org/sgp/crs/misc/RL34109.pdf, Erişim T. 03.04.2013.

YENİOCAK, Umut: “ Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal denetimi ” (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-107-1288>, (s. 76-96) Erişim T. 12.01.2016,

YILDIRIM, Ayça Akkayan: “4630 Sayılı Kanun Değişikliği ve Gelişmeler Işığında Sinema Eseri ve Sinema Eser Sahipliği”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. I, Beta İstanbul 2001.(Sinema Eseri).

YILDIRIM, Ayça Akkayan: “Cezaî Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme” İÜHFM, C. LX1, S. 1-2, Y. 2003, S. 357-414.(Cezai Şart).

YILMAZ, Ejder: “Yeni HMK’yla getirilen değişiklikler” http://www.muglabaros.org.tr/upload/UserUpload/file/hmk_yenilikler.pdf.

YİĞİT, İlhan: Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık İstanbul 2013.

YÜCE, Özden: Fikrî ve sınaî Haklar Hukukunda Entegre Devre Topografyaları, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, Haziran 2010.

ZEVKLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınevi, 10. Bası, Ankara 2008.

ZEVKLİLER, Aydın/

AYDOĞDU, Murat/

PETEK, Hasan: Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınevi, 6. Bası, Ankara 1998.

TC. Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü 19. 04. 2016 Tarihli 5846 FSEK çalışma Sunumu.

FAYDALANILAN WEB SİTELERİ

(Çevrimiçi) www.kazanci.com.

(Çevrimiçi) www.uyap.gov.tr.

<http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz4-2/PDF/ozekes4.pdf>.

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/289/2630.pdf>.

<http://www.rekabet.gov.tr/nisan2001.html>.

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-135/10>.

http://www.tobb.org.tr/Documents/ttk/ttk_madde_gerek%C3%A7e.pdf.

www.istanbulbarosu.org.tr/Yayinlar/.../fsek.pdf.

www.ankarabarusu.org.tr.

<http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>.

http://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_349175.pdf

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.sorgu_yonlendirme?Kanun_no=6769.

<http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-1/PDF/gokyayla1.pdf>.

http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi.

<http://www.fikrimulkiyet.com/makalelerim/cevirilenler/BIL.pdf>.

<http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:195:0016:0025:en:PDF>

(Çevrimiçi) www.copyright.gov/title17/92chap5.pdf.

<http://legalbank.net/belge/hmk-ve-iikda-yer-alan-parasal-sinirlar-2017-yili/1506239/>

(Çevrimiçi) www.westlaw.com.

http://www.tobb.org.tr/Documents/ttk/ttk_madde_gerek%C3%A7e.pdf.

(Çevrimiçi) www.fas.org/sgp/crs/misc/RL34109.pdf.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c083/tbmm19083095ss0771.pdf>.

ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı : Canan Küçükali
Öğrenim Durumu : Lisans İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1976-1983.
Yüksek Lisans Özel Hukuk Kültür Üniversitesi 2006-2008.
Doktora Özel Hukuk İstanbul Üniversitesi 2009 -2017.
Mesleki Durum: Hakim
Unvan Yer Yıl: İstanbul Adliyesi 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk
Mahkemesi Hakimi 1986-2017
Yabancı Diller : İngilizce- Bahçeşehir Üniversitesi Hazırlık Okulu
Doktora Tez Başlığı : Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Tazminat
Davaları

Doktora Tez Danışmanı : Prof. Dr. Halil Akkanat

Yüksek Lisans Tez Başlığı : Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi

Yüksek Lisans Tez Danışman : Doç. Dr. Hanife Dirikkan

Yayınlar:

ULUSLARARASI KİTAPTA BÖLÜM

1. Information And Communication Technology For The Public Prosecutor's Office: Turkey, in Information And Communication Technology For The Public Prosecutor's Office: Country Reports, Bologna-Italy, October 2007, (s. 209-223).

KİTAP

1. Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

MAKALE

1. "Taşıyıcının Ziya ve Hasar Halinde Sorumluluktan Kurtulması", İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 4, 2007.
2. "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Limited Şirketlerde Yönetim ve Temsil" İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 2, 2011.
3. "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 68. Maddesindeki Hakimin Takdir Hakkı", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. İlhan Uluşan'a Armağan, C. 15, S. 2, Y. 2016 (Özel Sayı), Armağan Cilt II, s. 241-256).