

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

TELİF HAKKI SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

Yüksek Lisans Tezi

Ayşenur ÖZTÜRK

İstanbul, 2018

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

TELİF HAKKI SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

Yüksek Lisans Tezi

Ayşenur ÖZTÜRK

Danışman: PROF. DR. SİBEL ÖZEL

İstanbul, 2018



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

ÖZEL HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi AYŞENUR ÖZTÜRK'nın TELİF HAKKI SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 10.08.2018 tarih ve 2018-23/11 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 4 / 9 / 2018

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1.	Tez Danışmanı	Prof. Dr. SİBEL ÖZEL	
2.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. HATİCE SELİN PÖRSELİM ARNING	
3.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. HATİCE ÖZDEMİR KOCASAKAL	

ÖZET

Telif hakkı sözleşmesi, eser sahibinin eseri üzerindeki hakları yahut bu hakların kullanımını bir başkasına devretme yükümlülüğü altına girdiği sözleşmedir. Bu sözleşme, eser üzerindeki mali haklara yönelik olup eserin çoğaltılması, yayılması, temsili yahut umuma iletimi gibi konularda yapılabilmektedir. Çalışmamızın amacı, milletlerarası nitelikli telif hakkı sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti yapmaktır. Bu tespit yapılırken öncelikle Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukukta telif hakkı kavramı ve telif hakkı sözleşmesi incelenmiştir. Takiben sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti yapılmış; Avrupa Birliği hukuku ve Amerika Birleşik Devletleri hukuku ile karşılaştırmalı olarak 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 28. maddesi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Telif hakkı sözleşmesi, milletlerarası özel hukuk, uygulanacak hukuk

ABSTRACT

Copyright agreement is an agreement in which the author enters into obligation of transferring his right on the work or the right of the usage of this work to another person. This agreement is about the financial rights upon the work; thus, can be signed for the issues such as the reproduction, distribution, performance of the work, and its communication to the public. The aim of this study is to identify the law which should be applied to the international copyright agreements. While doing this identification, first of all, the notion of copyright and copyright agreement in the Turkish law and comparative law are examined. Then, applicable law to the agreement is tried to be determined. Article 28 of the Act on Private International and Procedural Law, which is the law numbered 5718, is examined comparatively with the European Union law, the law of the United States of America and the Swiss law.

Key words: Copyright agreement, private international law, applicable law

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	II
ÖZET.....	III
ABSTRACT.....	IV
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR.....	X
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MADDİ HUKUK BAKIMINDAN TELİF HAKKI SÖZLEŞMESİ

I. TELİF HAKKI	4
A. KAVRAM	4
B. TARİHSEL GELİŞİMİ.....	8
1. İlk Gelişmeler	8
2. Milli Hukuklardaki Gelişmeler	9
a. İngiliz Hukuku	9
b. Fransız Hukuku	10
c. Alman Hukuku.....	10
3. Milletlerarası Alandaki Gelişmeler	11
4. Türk Hukukundaki Gelişmeler	17
C. HAKKIN NİTELİĞİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER	19
1. Fikri Mülkiyet Teorisi	19
2. Malvarlığı Hakkı ve Kişilik Hakkı Teorileri	21
3. Dualist (İkici) Teori ve Monist (Tekçi) Teori.....	22
4. Hakkın Niteliğini Açıklayan Teorilerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz	24

II. TÜRK HUKUKUNDA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ESER VE ESER SAHİBİ KAVRAMI.....	24
A. ESER KAVRAMI.....	24
B. ESER TÜRLERİ	26
1. İlim ve Edebiyat Eserleri	27
2. Musiki Eserleri.....	28
3. Güzel Sanat Eserleri	29
4. Sinema Eserleri.....	30
5. İşlenmeler ve Derlenmeler.....	30
C. ESER SAHİBİ KAVRAMI	33
D. ESER SAHİBİNİN HAKLARI	37
1. Manevi Haklar	37
2. Mali Haklar.....	40
III. TELİF HAKKI SÖZLEŞMESİ.....	47
A. GENEL OLARAK.....	47
B. SÖZLEŞMENİN KONUSU.....	49
C. ŞEKİL	51
D. HUKUKİ NİTELİĞİ	52
E. TARAFLARI	56
F. TARAFLARIN BORÇLARI	59
1. Devreden	60
a. Hakkın Varlığını Tekeffül Borcu	60
b. Eseri Teslim Borcu.....	61
2. Devralan	62
a. Bedeli Ödeme Borcu	62
b. Hakkı Kullanma Borcu.....	63
G. SONA ERMESİ.....	65

İKİNCİ BÖLÜM

TELİF HAKKI SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

I. GENEL OLARAK.....	69
II. VASIFLANDIRMA.....	77
A. GENEL OLARAK.....	77
B. TELİF HAKKI SÖZLEŞMESİNİN VASIFLANDIRILMASI	82
III. TÜRK HUKUKUNDA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA	
UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ.....	86
A. STATÜ TESPİTİ	87
1. Hak Statüsü.....	87
a. Hak Statüsünün Kapsamı.....	87
b. Hak Statüsüne Uygulanacak Bağlama Kuralı	90
(1) Menşe Ülke Hukuku	90
(2) Koruma Ülkesi Hukuku.....	94
2. Sözleşme Statüsü.....	102
a. Sözleşme Statüsünün Kapsamı.....	102
b. Sözleşme Statüsüne Uygulanacak Bağlama Kuralı	104
(1) ABD Hukuku Yaklaşımı Uyarınca En Yakın İrtibatlı Hukuk.....	104
(2) Karakteristik Edim Teorisi Uyarınca En Yakın İrtibatlı Hukuk ..	108
(a) Genel Sözleşme Kuralı Bakımından Karakteristik Edimin Tespiti	
.....	109
(b) Telif Hakkı Sözleşmeleri Bakımından Karakteristik Edimin	
Tespiti	112
(i) Kanuni Düzenlemeler Uyarınca Karakteristik Edimin	
Tespiti.....	112

(ii) Sözleşme Tiplerinin İncelenmesi Yoluyla Karakteristik Edimin Tespiti.....	121
(iii) Sözleşmesel Edimlerin İncelenmesi Yoluyla Karakteristik Edimin Tespiti.....	123
B. SÖZLEŞMENİN ESASINA UYGULANACAK HUKUK.....	126
1. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Belirlenmesi Durumunda (Subjektif Bağlama Kuralı)	126
a. İsviçre Hukuku.....	136
b. Avrupa Birliği hukuku	136
c. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku	139
d. Türk hukuku	141
2. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Belirlenmemesi Durumunda (Objektif Bağlama Kuralı).....	142
a. Telif Hakkını Devreden Tarafın İşyeri Hukuku.....	143
(1) İşyeri Kavramı	143
(a) Milletlerarası Sözleşmelerde	144
(b) Avrupa Birliği Hukukunda.....	144
(c) İsviçre Hukukunda.....	145
(d) Türk Hukukunda	145
(2) İşyeri Hukukunun Belirlenmesi.....	146
b. Telif Hakkını Devreden Tarafın Mutad Mesken Hukuku	149
(1) Mutad Mesken Kavramı.....	149
(a) Milletlerarası Sözleşmelerde	150
(b) Avrupa Birliği Hukukunda.....	150
(c) İsviçre Hukukunda.....	152
(d) Türk Hukukunda	152
(2) Mutad Mesken Hukukunun Belirlenmesi	153
c. Daha Sıkı İlişkili Hukuk (İstisna Kuralı).....	156
(1) İsviçre Hukuku.....	158
(2) Avrupa Birliği Hukuku.....	160
d. İşçilerin Meydana Getirdiği Eserlere Uygulanacak Hukuk.....	162
(1) Genel Olarak	162

(a) İsviçre Hukuku	164
(b) Avrupa Birliği Hukuku	165
(c) Türk Hukuku	165
(2) İş Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuk	166
(a) İsviçre Hukuku	168
(b) Avrupa Birliği Hukuku	169
(c) Türk Hukuku	171
C. SÖZLEŞME YAPMA EHLİYETİNE UYGULANACAK HUKUK	172
1. Avrupa Birliği Hukuku	173
2. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku	173
3. Türk Hukuku	174
D. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUK	177
1. Avrupa Birliği Hukuku	182
2. İsviçre Hukuku	183
3. Türk Hukuku	183
IV. UYGULANACAK HUKUKUN SINIRLANDIRILMASI	184
A. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR	184
B. KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ	193
SONUÇ	200
KAYNAKÇA	204

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ALI	: American Law Institute
Art./art.	: Article/ article
aşa.	: aşağı
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakóltesi Dergisi
BGBI	: Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts
BGBI	: The Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich
BK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.	: Bakınız/ bakınız
C.	: Cilt
CISG	: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale Of Goods
CLIP	: Conflict of Laws in Intellectetual Property
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
Ed.	: Editör
EIPR.	: European Intellectual Property Review
f.	: fıkra
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GATT	: General Agreements on Tariffs and Trade
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası
L.	: Legislation

LRA	: Locus Regit Actum
M./m.	: Madde/madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk Bülteni
MÖHUK	: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
No.	: Number
OJEC	: Official Journal European Community
OJEU	: Official Journal of European Union
RG.	: Resmî Gazete
RIDA	: Revue Internationale du Droit D'Autheur
S.	: Sayı
s.	: sayfa
sec.	: section
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TRIPS	: Trade Related Aspects on Intellectual Property Agreement
TVK	: 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Comissionson International Trade Law
UNESCO	: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
WIPO	: World Intellectual Property Organization
WTO	: World Trade Organization
Y.	: Yıl
yuka.	: yukarı
yy.	: yüzyıl

GİRİŞ

Düşünme kabiliyeti, insanı diğer canlılardan ayıran yegâne özellik olup insan var olduğu günden bu yana düşünmekte; bu düşünceleri sonucu bir şeyler üretmekte; bu sayede gelişmekte ve ilerlemektedir. Gerçekten de düşünce ürünü olarak fikri ve fikri çaba sonucu ortaya çıkan eser, insanın bulunduğu her yerde ve her zamanda var olagelmıştır. Mağara duvarlarına çizilen resimler, dilden dile yayılan destanlar fikri bir emek sonucu ortaya çıkmış ürünlerdir. Ayrıca tekerleğin icadı, matbaanın icadı yahut internetin keşfi gibi insanlığın dönüm noktalarını oluşturan keşifler de fikri bir çabanın ürünüdür. Fikri emek sonucu ortaya çıkan bu ürünlerin hukuken korunması gerektiği tartışmasız bir gerçektir. İşte bu koruma, fikri hukuk olarak adlandırılan hukuk dalı ile sağlanmaktadır. Fikri hukuk bünyesinde hem fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları hem de sınai eserler üzerindeki hakları barındırmaktadır. Çalışma konumuz fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları konu alan telif hakkına ilişkin sözleşmelerdir. Telif hakkı sözleşmeleri, eser üzerindeki mali haklara yönelik sözleşmeler olup eserin çoğaltılması, yayılması, temsili yahut umuma iletimi gibi konularda yapılabilmektedir.

Günümüzde telif hakkı sözleşmelerini tek bir ülke ile irtibatlı olarak düşünmemek gerekir. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte insanlar arası iletişim artmış ve bu durum insanların fikir ve sanat dünyasını da doğrudan etkilemiştir. Gerçekten de günümüzde, bir romanın yayınevi tarafından basılıp yayımlanması veyahut daha ileri bir örnek olarak bir fotoğrafın internete yüklenmesi ile eser bir anda dünya çapında ulaşılabilir hale gelmektedir. Bu sayede bu eserler ile ilgili sözleşmeler sadece bulundukları ülke ile sınırlı olarak yapılmamakta; farklı ülkeler ile bağlantılı sözleşmeler ortaya çıkabilmektedir. Bunun gibi birden çok ülke ile irtibatlı olan sözleşme, milletlerarası nitelikli sözleşme olarak adlandırılır ve milletlerarası özel hukukun kapsamına girer. Milletlerarası özel hukuk ise kanunlar ihtilafı kuralları yardımı ile birden çok hukuk ile irtibatlı bu sözleşmelerin hangi hukuk uyarınca çözüme kavuşturulacağını tespit eder. İşte bu nokta, çalışmamızın temelini oluşturmaktadır. Çalışmamızın amacı, milletlerarası nitelikli telif hakkı sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitini yapmaktır.

Çalışmamızın Birinci Bölümü, “Maddi Hukuk Bakımından Telif Hakkı Sözleşmesi” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde öncelikle telif hakkı sözleşmesinin temelini oluşturan “telif hakkı kavramı” üzerinde durulmuştur. Kavram, Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlar verilerek açıklanmış; bunu takiben hakkın tarihsel süreçte milli hukuklardaki ve milletlerarası alandaki gelişimi ve hakkın niteliğini ortaya koyan teoriler incelenmiştir. Bu incelemeler yapıldıktan sonra hak bakımından önem teşkil eden kurumlar ele alınmıştır. Bu kapsamda eser, eser türleri ve eser sahibi kavramları açıklanmış ve hakkın bahsettiği mali ve manevi yetkiler tek tek incelenmiştir. Bu kavramların her birinin telif hakkı sözleşmesinin ayrı bir unsurunu oluşturması hasebiyle bu inceleme özellikle önemli görülmektedir. Bu bölümde son olarak hukuki çerçevesi çizilmeye çalışılan telif hakkı sözleşmesi üzerinde durulmuştur. Telif hakkı sözleşmesi; konusu, şekli, tarafları ve sözleşmeden doğan hak ve borçlar ayrı ayrı incelenmek suretiyle ortaya konulmuştur. Çalışmamızda telif hakkı sözleşmeleri bakımından yapılan bu inceleme, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 28. maddesi esas alınarak devir ve lisans sözleşmeleri ile sınırlandırılmış; eser sahiplerinin meslek birlikleri ile yaptıkları sözleşmeler ve eserin rehni ile ilgili sözleşmeler inceleme dışında bırakılmıştır.

İkinci Bölüm, “Telif Hakkı Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Tespiti” başlığı taşımaktadır. Bu doğrultuda ilk olarak vasıflandırma meselesi üzerinde durulmuştur. Hak statüsü ve sözleşme statüsü ayrı ayrı incelenmiş ve bu statülerin kapsamaları belirlenmiş olup bu sayede telif hakkı sözleşmesinin vasıflandırılmasının ne şekilde yapılacağı tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu tespit yapılırken sırasıyla bu statüler bakımından uygulama alanı bulan menşe ülke hukuku, koruma ülkesi hukuku, sözleşmenin kurulduğu yer hukuku ve en yakın irtibatlı ülke hukuku bağlama noktaları irdelenmiştir. Vasıflandırma yapıldıktan sonra uygulanacak hukukun tespiti yapılmaya çalışılmıştır. Bu tespit bakımından öncelikle Avrupa Birliği hukuku ve Amerika Birleşik Devletleri hukuku düzenlemeleri incelenmiştir. Daha sonra bu düzenlemeler sırasıyla esasa uygulanacak hukuk, sözleşmenin şekline uygulanacak hukuk ve sözleşme yapma ehliyetine uygulanacak hukukun tespiti bakımından Türk hukuku ve İsviçre hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Sözleşme statüsü bu şekilde belirlendikten sonra, son

olarak uygulanacak hukukun sınırlandırıldığı haller kamu düzeni müdahalesi ve doğrudan uygulanan kurallar ve bunların telif hakkı sözleşmeleri bakımından etkileri inceleme alanı bulmuştur.



BİRİNCİ BÖLÜM

MADDİ HUKUK BAKIMINDAN TELİF HAKKI SÖZLEŞMESİ

I. TELİF HAKKI

A. Kavram

Telif hakkı, en genel tanımıyla eser sahibinin bir fikir ve sanat eseri üzerindeki haklarının bütünüdür¹. Tanım bu olmakla birlikte gerek fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları gerekse bu hakların bütünü tanımlayacak kavram konusunda fikir birliğine varılamamıştır. Fikri hukuk ile ilgili ilk düzenlemelerde, telif hakkı kavramının sadece ilim ve edebiyat eserleri üzerindeki hakları kapsadığı, diğer eser türleri üzerindeki hakların ise fikri hak olarak adlandırılması gerektiği savunulmuştur². Fakat fikri hak, hem fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları hem de sınai eserler³ üzerindeki hakları kapsayacak şekilde geniş bir anlamda kullanılmaktadır⁴. Bu sebeple “5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda-FSEK⁵” eser üzerindeki hakları tanımlamak için fikri hak kavramının kullanılması haklı olarak eleştirilmiştir⁶. Diğer yandan günümüzde telif hakkı kavramının, sadece ilim ve edebiyat eserleri üzerindeki hakları değil, FSEK uyarınca korunan eser türlerinin tümü üzerindeki hakları ifade eder şekilde kullanıldığını söylemek yanlış olmayacaktır⁷. Bu yüzden çalışmamızda eser sahibinin fikir ve sanat eserleri

¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, “Telif Hakkı ve Yayın Sözleşmesinin Ayırt Edilmesi”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Y. 2001, C. 1, S. 1, s. 43 (Yayın Sözleşmesinin Ayırt Edilmesi).

² Ernst Hirsch, **Hukuki Bakımdan Fikri Say**, İkinci Cilt, Fikri Haklar (Telif Hukuku), İstanbul: İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, 1943, s. 4; Nuşin Ayiter, **Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1972, s. 5; Duygun Yarsuvat, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul: Güryay Matbaacılık, 1984, s. 3; Emre Gökyayla, **Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**, En Son Değişiklikler ile 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2001, s. 23.

³ Fikri hakların bir alt disiplini olan sınai haklar, çalışmamızın inceleme alanının dışında kalmaktadır. Sınai haklar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 353 vd.; Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 159; Engin Erdil, **Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 121 vd.; Ernst Hirsch, **Hukuki Bakımdan Fikri Say: Nazari Esaslar, Sınai Haklar (İhtira Beratları ve Sınai Modeller)**, İstanbul: Kenan Basımevi, 1942, s. 113 vd.; Nuşin Ayiter, **İhtira Hukuku**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968, s. 3 vd..

⁴ Hirsch, s. 5; Halil Arslanlı, **Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1954, s. 77; İlhan Öztrak, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1971, s. 5; Ayiter, s. 5; Yarsuvat, s. 2-3; Gökyayla, s. 23; Esra Dardağan, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara: Betik Yayıncılık, 2000, s. 8.

⁵ RG T. 13.12.1951, S. 7981.

⁶ Arslanlı, s. 77; Ayiter, s. 4-5; Yarsuvat, s. 81.

⁷ Şafak N. Erel, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 27-28; Arslanlı, s. 77; Gökyayla, s. 23.

üzerindeki haklarını tarif etmek için, telif hakkı kavramının kullanılmasının sistematik açıdan daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Telif hakkı, sahibinin, söz konusu eseri meydana getirmesi itibarıyla ve bu eserin sahibi olması dolayısıyla kendiliğinden⁸ kazandığı hakların bütünü olarak tanımlanabilir⁹. Öyleyse telif hakkından bahsedebilmek için öncelikle bir eserin varlığı gerekir¹⁰. Ancak bir eserin telif hakkının konusunu oluşturabilmesi için FSEK'in tasvir ettiği türde bir "fikir ve sanat eseri olması" gerekmektedir. FSEK'de eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve kanunda sayılan eser türlerinden birine dahil olan fikir ve sanat mahsulü olarak tarif edilmiştir¹¹. O halde, bu şartları taşıyan bir eser üzerinde bu eserin sahibinin telif hakkı vardır, denilebilir. Bu noktada eser sahibinin tanımlanması gerekir. Kanunda "*eseri meydana getiren kişi*" olarak tarif edilen eser sahibi, telif hakkının sahibi ve bu hakkı kullanma yetkisini haiz olan kişidir¹².

Telif hakkı, mali ve manevi yönleri bulunan çifte karakterli bir haktır¹³. Buna göre eser sahibi bu hakkın sahibi olmakla eseri umuma arz etme, eserde adının belirtilmesine karar verme, eserde değişiklik yapılmasını men etme gibi kendi şahsıyla kaim hakların yanında; işleme, çoğaltma, yayma, temsil gibi ekonomik yönü ağır basan haklar elde eder¹⁴. Fakat önemle vurgulanmalıdır ki; sahibine bu şekilde mali ve manevi yetkiler bahşeden telif hakkı, kural olarak tek bir haktır¹⁵. Yani burada birden fazla hak, diğer bir deyişle "telif hakları" değil; bütün bu yetkileri kapsamına alan ve tek bir hak olan "telif hakkı" söz konusudur. Bünyesinde bulunan mali ve manevi yetkiler ise bu

⁸ Telif hakkının eserin meydana gelmesi itibarıyla kendiliğinden kazanılması ve Hakkı Telif Kanunu'ndaki durum ile karşılaştırma ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Arslanlı, s. 37 vd.; Hirsch, s. 105; Öztrak, s. 39; Ayiter, s. 100; Tekinalp, s. 12; Telif hakkı, hakkın doğumu için herhangi bir kayda gerek duyulmaması bakımından sınai haklardan ayrılır. Inge Govaere and F. G. Jacobs, **The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E. C. Law**, London: Sweet and Maxwell, 1996, s. 23; D. M. Kloss, "Copyright and the Conflict of Laws", **European Intellectual Property Review (EIPR)**, Y. 1985, Vol. 6, s. 15.

⁹ Arslanlı, s. 78; Tekinalp, s. 8; Erel, s. 28; Gökyayla, s. 124; Kılıçoğlu, **Yayın Sözleşmesinin Ayırt Edilmesi**, s. 43; Pervin Dedeler Bezirci, "Telif Hakları Kapsamında Kiralama ve Ödünç Verme Hakkı ile İlgili AB Direktifleri ve Kütüphanelere Yansımaları", **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, Y. 2008, S. 16, s. 831.

¹⁰ Kılıçoğlu, **Yayın Sözleşmesinin Ayırt Edilmesi**, s. 44; Eser ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. Birinci Bölüm, II. A.

¹¹ FSEK m. 1/B(a): "*Eser: Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini, ...ifade eder.*"

¹² FSEK m. 8/1.

¹³ Tekinalp, s. 9; Gökyayla, s. 121.

¹⁴ Gökyayla, s. 121.

¹⁵ Arslanlı, s. 77; Ayiter, s. 108; Hirsch, s. 114-115; Erel, s.135; Gökyayla, s. 24.

hakkın veçheleridir¹⁶. Hakkın ekonomik yönünü oluşturan mali haklar, birbirlerinden bağımsız olarak devredilebilir ve mirasa konu olabilirler. Hakkın şahsi yönünü oluşturan manevi haklar ise doğaları gereği devredilemez ve mirasa konu olamazlar¹⁷. Ancak bu hakların kullanımı, eser sahibi tarafından bir başkasına devredilebilir.

Telif hakkı ile ilgili üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, eserin meydana gelmesi itibarıyla kendiliğinden kazanılan bu hakkın, süresiz bir koruma bahşetmemesidir¹⁸. Bir eser üzerindeki telif hakkı, eser sahibinin yaşamı boyunca devam ederken; söz konusu kişinin kişiliğinin sona ermesinden 70 yıl sonra sona erer¹⁹. Bu sürenin geçmesinden sonra eser üzerinde telif hakkı korumasının varlığından söz edilemez ve eser kamuya mal olur²⁰. Fakat bahsedilen koruma süresi, telif hakkının mali yönü ile ilgilidir. Eser sahibinin ve mirasçılarının eser üzerindeki manevi haklarının kullanımı ise herhangi bir süreye tabi değildir²¹.

Türk hukuku bakımından görünümü yukarıda açıklanmaya çalışılan telif hakkı kavramı, hukuk sistemlerinde farklı şekillerde ele alınmıştır²². Örneğin, Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan Fransız hukukunda telif hakkı kavramı, eser sahibinin eseri üzerindeki hakkı anlamına gelen “*droit d’auteur*” olarak ifade edilmekte ve bu hukuk sisteminde eser sahibinin eseri üzerinde mali haklarının yanında manevi haklarının da

¹⁶ Hirsch, s. 114.

¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. Birinci Bölüm, II. D. 1.

¹⁸ Hirsch, s. 197; Arslanlı, s. 91; Öztürk, s. 71; Gökyayla, s. 124; Dedeler Bezirci, s. 831.

¹⁹ Annette Kur ve Thomas Dreier, **European Intellectual Property Law, Text, Cases & Materials**, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2013, s. 241; Robin Jacob, **IP and Other Things A Collection of Essays and Speeches**, Portland: Hart Publishing, 2015, s. 417; Bu süre FSEK’in ilk düzenlemesinde 50 yıl olarak belirlenmişken, 4110 sayılı kanunun 10. maddesi ile yapılan değişiklikle 70 yıla çıkartılmıştır. Erel, s. 111; Gökyayla, s. 124; Koruma sürelerinin değişimi bakımından Fransız ve Alman hukuklarındaki gelişim için bkz. Yves Gaubiac, Brigitte Lindner ve John N. Adams, “Duration of Copyright”, Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (148-192), Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009, s. 150 vd.; J. A. L. Sterling ve Trevor Cook (Ed.), **Sterling on World Copyright Law**, Fourth Edition, Croydon: Sweet & Maxwell, 2015, s. 593 vd.; İngiliz hukuku ve AB hukuku için bkz. William Cornish, David Llewelyn ve Tanya Aplin, **Intellectual Property Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights**, Eight Edition, London: Sweet & Maxwell, 2013, s. 458 vd.; Hugh Laddie, Peter Prescott ve Mary Victoria, **The Modern Law of Copyright and Designs Volume I**, Second Edition, Edinburgh: Butterwords & Co, 1995, s. 493 vd. (Volume I); Tanya Aplin ve Jennifer Davis, **Intellectual Property Law, Text, Cases and Materials**, Third Edition, New York: Oxford University Press, 2017, s. 155 vd.; David I. Bainbridge, **Intellectual Property**, Second Edition, Norwich: Pitman Publishing, 1994, s. 50 vd.; David Lester ve Paul Mitchell, **Joynson-Hicks on UK Copyright Law**, London: Sweet & Maxwell, 1989, s. 85 vd..

²⁰ FSEK m. 26/1: “Eser sahibine tanınan mali haklar zamanla mukayyettir. ...koruma süresinin bitiminden sonra herkes, eser üzerindeki mali haklardan faydalanabilir.”

²¹ Yarsuvat, s. 119; Tekinalp, s. 162-163.

²² Mustafa Ateş, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 110; Govaere ve Jacobs, s. 24.

olduğu kabul edilmektedir²³. Buna karşın Anglo-sakson hukukunda hakkın daha çok ekonomik yönü üzerinde durulmakta ve kavram “*copyright*”, kopyalama hakkı, olarak ifade edilmektedir²⁴.

Fikri hakların hukuk sistemlerince farklı şekillerde ele alınması sebebiyle ulusal üstü ve uluslararası belgelerde bu konuda yeknesak bir düzenleme yapmaktan kaçınılmıştır. Buna örnek olarak Avrupa Birliği hukukunun (AB hukuku) kurucu antlaşması olarak adlandırılan “Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma²⁵” verilebilir. Antlaşmanın 345. maddesinde bu sözleşmenin üye devletlerin mevcut mülkiyet sistemine ilişkin kurallarını etkilemeyeceği taahhüdü bulunmaktadır²⁶. Bu maddeden çıkarılması gereken sonuç; üye devletlerin fikri haklarla ilgili iç hukuk düzenlemelerinin tanındığı ve AB hukukunca fikri hak düzenlemesinin yapılmayacağıdır²⁷.

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere telif hakkı kavramı, hukuk sistemlerince farklı şekillerde ele alınmış ve içeriği farklı şekillerde doldurulmuştur. Bu yüzden gerek AB hukukunda gerekse uluslararası sözleşmelerde hak bakımından bir tanımlama yapılmamış, genel çerçeve çizilerek hukuk sistemlerinin uyumlaştırılması sağlanmaya

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sterling ve Cook, s. 789; David T. Keeling, **Intellectual Property Rights in EU Law Volume I Free Movement and Competition Law**, New York: Oxford University Press, 2003, s. 263; Kur ve Dreier, s. 242; Necla Giritlioğlu, **Yayın Sözleşmesi (Doktora Tezi)**, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967, s. 1; Paul Goldstein and Bernt Hugenholtz, **International Copyright**, Second Edition, New York: Oxford University Press, 2010, s. 6-7; Virginia Brown Keyder, **Intellectual Property Rights and Customs Union**, İstanbul: Intermedia, 1996, s. 37; Mehmet Özcan, **Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar**, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 1999, s. 208; Ateş, s. 110 vd.; Mireille van Eechoud, **Choice of Law in Copyright and Related Rights Alternative to Lex Protectionis**, The Hague: Kuwer Law International, 2003, s. 50.

²⁴ Robert Maugham, **A Treatise on The Laws of Literary Property**, London: Longman, Rees, Orme, Brown and Green, Papernoster Row, 1828, s. 1; Laddie, Prescott ve Vitoria, **Volume I**, s. 493; Sterling ve Cook, s. 788; Skone James, **Copinger on the Law of Copyright**, Tenth Edition, London: Sweet&Maxwell, 1965, s. 1; van Eechoud, s. 50; Keeling, s. 263; Brown Keyder, s. 37; Kur ve Dreier, s. 242; Özcan, s. 208; Goldstein ve Hugenholtz, s. 6-7; Bainbridge, s. 25; Ateş, s. 113 vd..

²⁵ OJEU, Vol. 59, 07.06.2016, 2016/C 202/01.

²⁶ M. 345 (ex Article 295 TEC): “*The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member states governing the system of property ownership.*” Sözleşme metninin tamamı için bkz. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_2016.202.01.0001.01.ENG&toc=OJ.C:2016:202:TOC#C_2016202EN.0100130_1 (18 Kasım 2017).

²⁷ Terence Prime ve David Booton, **European Intellectual Property Law**, Aldershot: Dartmouth Publishing, 2000, s. 5; Agnes Lucas-Schloetter, “Is There a Concept of European Copyright Law? History, Evolution, Policies and Politics and the Acquis Communautaire”, Irini Stamatoudi ve Paul Torremans (Ed.); **EU Copyright Law** içinde (7-22), Fourth Edition, Croydon: Sweet & Maxwell, 2015, s. 8; Kur ve Dreier, s. 243-244; Bainbridge, s. 197-198; P. Bernt Hugenholtz and others, **Harmonizing European Copyright Law The Challenges of Better Lawmaking**, Great Britain: Kluwer Law International, 2009, s. 2; Josephine Steiner ve Lorna Woods, **EU Law**, 10th Edition, New York: Oxford University Press, 2009, s. 713; Laddie, Prescott ve Vitoria, **Volume I**, s. 719-720; Keeling, s. 56-57; Gülören Tekinalp ve Ünal Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku**, 2. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2000, s. 687.

çalışılmıştır. Buna göre, Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta düzenleniş şekli incelenen telif hakkı bakımından kavramsal birlikten bahsetmek mümkün gözükmemektedir.

B. Tarihsel Gelişimi

1. İlk Gelişmeler

Telif hakkının temel taşı olan fikri emek ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan eser yahut daha genel tabiriyle fikri ürünün tarihsel geçmişini insanlığın başlangıcına dayandırmak gerekir. Gerçekten de insan, var olduğu günden beri fikri bir çabanın içerisinde. Fakat bu fikri çabanın hukuken korunması çok daha sonra olmuştur. Özellikle İlk Çağ ve Orta Çağ'da fikri çaba, üzerinde somutlaştığı fikri üründen ayrı olarak düşünülmemiş ve bu fikri ürün üzerinde yalnızca malikinin mülkiyet hakkı olduğu kabul edilmiştir²⁸. Bu anlayış Roma hukukunda da hüküm sürmüş ve dönemin ünlü hukukçuları Gaius ve Paulus bunu “Bu tablonun mülkiyetinin tahtanın mülkiyetine bağlı kalması zorunludur; çünkü tahta olmasaydı, tablo da mevcut olmayacaktı.” şeklinde ifade etmiştir²⁹.

Fikri çabanın, üzerinde somutlaştığı üründen ayrı olduğunun kabulü ve bunun sonucu olarak bir hak olarak tanınmaya başlanması matbaanın icadı ile olmuştur³⁰. Matbaanın icadı ile yazılı eserlerin daha hızlı ve serbestçe çoğaltılmaya başlanması üzerine, özellikle eserin ilk baskısını yapan matbaacının korunması ihtiyacı doğmuştur³¹. Bunun üzerine matbaacılara “matbaa imtiyazı” verilmeye başlanmıştır³². Matbaa imtiyazı ile matbaacılar; bir ücret karşılığında, belirli bir süre zarfında ve belirli bir bölge ile sınırlı olarak söz konusu eseri basma hakkı elde etmişlerdir³³. Fakat, matbaa imtiyazının fikri çabanın korunmasına yönelik bir adım olduğunu söylemek yanlış olur. Matbaa imtiyazı ile amaçlanan daha çok sermaye sahibinin korunması ve matbaacılık mesleğine teşvikin sağlanmasıdır³⁴. Matbaa imtiyazını takip eden süreçte eser sahiplerine eserleri üzerinde

²⁸ Yarsuvat, s. 18; Tekinalp, s. 83-84; Erel, s. 36; Gökyayla, s. 28.

²⁹ Giritlioğlu, s. 3; Erel, s. 36; Gökyayla, s. 29.

³⁰ Dardağan, s. 15; Giritlioğlu, s. 5; Ayiter, s. 15; Erel, s. 36; Gökyayla, s. 31.

³¹ Ayiter, s. 15; Dardağan, s. 15; Yarsuvat, s. 20; Gökyayla, s. 31; Erel, s. 36; Giritlioğlu, s. 5.

³² Erel, s. 36; Giritlioğlu, s. 5; Ayiter, s. 15; Yarsuvat, s. 20; Dardağan, s. 15; Gökyayla, s. 31.

³³ Gökyayla, s.31; Erel, s. 36.

³⁴ Dardağan, s. 16; Gökyayla, s. 32; Ayiter, s. 16.

mali ve manevi yetkiler içeren imtiyazlar tanınmıştır. İlk defa 1486 yılında, Venedik’te, Venedik Tarihi isimli eseri için Sabellicus’a verilen “yazar imtiyazı”, eserin basılması dolayısıyla sahibinin bundan pay alma hakkını içermektedir³⁵. Eser ile eser üzerindeki fikri hakkın birbirinden ayrı düşünölmeye başlanması bakımından önemli bir adım olan imtiyazların, eser sahibine yeterli korumayı sağlayamadığı açıktır³⁶. Eser üzerindeki hakkın tam manasıyla kavranması imtiyazlar döneminden çok daha sonraki dönemlere rastlamaktadır³⁷.

2. Milli Hukuklardaki Gelişmeler

a. İngiliz Hukuku

18. yüzyıla gelindiğinde eser sahibinin eseri üzerindeki hakkının Devletler tarafından tanınmaya başlandığı görölmektedir³⁸. Bu konuda ilk düzenleme, 1709 yılında İngiltere’de çıkartılan “Act Anne’dır”³⁹. Modern fikir ve sanat eserleri kanunlarının temeli kabul edilen bu kanun, eser sahiplerine⁴⁰ ve mirasçılara belirli sürelerle sınırlı, ekonomik yönü ağır basan inhisari nitelikli bir hak tanımıştır⁴¹. Bu düzenlemeyi takiben İngiltere’de fikri hukuk alanında birçok düzenleme yapılmıştır. 1734 ve 1814 yıllarında hakkaklar ve heykeltraşların eserleri üzerindeki haklarını; 1882 ve 1888 yıllarında ise sahiplerinin tiyatro eserleri ve müzik eserleri üzerindeki haklarını düzenleyen kanunlar çıkartılmıştır⁴². 1911 yılına gelindiğinde, sayılan tüm bu kanunlar yürürlükten kaldırılmış ve fikir ve sanat eserleri ile ilgili düzenlemeler tek bir çatı altında toplanmıştır⁴³. Bu

³⁵ Yarsuvat, s. 22; Ayiter, s.16; Erel, s. 37; Gökyayla, s. 32.

³⁶ Ayiter, s. 17; Gökyayla, s. 32; Erel, s. 37; Dardağan, s. 16-17.

³⁷ Erel, s. 37; Ayiter, s. 17-18; Gökyayla, s. 32.

³⁸ Dardağan, s. 17; Gökyayla, s. 33; Yarsuvat, s. 23.

³⁹ Cornish, Llwelyn ve Aplin, s. 391; Bainbridge, s. 28; Aplin ve Davis, s. 58; Laddie, Prescott ve Vitoria, **Volume I**, s. 18; James, s. 9; Andreas B. Schwarz, “Yabancı Memleketlerde Telif Hukukunun Bugünkü Durumu”, **İÜHF**, Y. 1941, C. 7, S. 2-3, s. 521; Giritlioğlu, s. 6; Ayiter, s. 18; Yarsuvat, s. 23; Erel, s. 37; Savaş Bozbel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015, s. 19; Goldstein ve Hugenholtz, s. 16; Dardağan, s. 17; Gökyayla, s. 33; Ayrıca madde metni için bkz. Maugham, s. 1 vd..

⁴⁰ Act Anne’da tanınan hakların sahibi, eserin yazarıdır. Bu kanun döneminde sadece yazarlar ve onların mirasçuları korunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Laddie, Prescott ve Victoria, **Volume I**, s. 18; Yarsuvat, s. 24; Goldstein ve Hugenholtz, s. 16; Gökyayla, 33; Cornish, Llewelyn ve Aplin, s. 391-392.

⁴¹ Maugham, s. 1; Jacob, s. 416; Laddie, Prescott ve Victoria, **Volume I**, s. 18-19; Aplin ve Davis, s. 60; James, s. 9; Giritlioğlu, s. 6; Ayiter, s. 18; Goldstein ve Hugenholtz, s. 16; Dardağan, s. 17.

⁴² Goldstein ve Hugenholtz, s. 17; Bainbridge, s. 28-29; James, s. 11-12; Ayiter, s. 18; Yarsuvat, s. 24; Dardağan, s. 17; Cornish, Llewelyn ve Aplin, s. 392-392; Laddie, Prescott ve Victoria, **Volume I**, s. 23; Gökyayla, s. 33-34; Erel, s. 37.

⁴³ James, s. 13-14; Bainbridge, s. 29; Laddie, Prescott ve Victoria, **Volume I**, s. 22; Dardağan, s. 17; Ayiter, s. 18; Yarsuvat, s. 24; Erel, s. 37; Goldstein/Hugenholtz, s. 17; Gökyayla, s. 34; Cornish, Llwelyn ve Aplin, s. 394-395; Aplin ve Davis, s. 60.

kanun, 1957 yılında “Copyright Act” in (Telif Hakkı Kanunu) yürürlüğe girmesine kadar uygulamada kalmıştır. Günümüzde yürürlükte olan kanun ise, 1988 tarihli “Copyright, Designs and Patents Act” (Telif Hakkı, Dizayn ve Patent Kanunu) dir⁴⁴.

b. Fransız Hukuku

Fransa’da fikri haklar ile ilgili ilk düzenlemeler Fransız Devrimi öncesinde yapılmış olmakla birlikte; bu konudaki ilk kapsamlı kanunlaştırma hareketi, 1791 ve 1793 yıllarında temsil ve çoğaltma haklarına ilişkin olarak yapılmıştır⁴⁵. Daha sonra bu kanunları, 1886, 1902, 1910, 1920 ve 1925 tarihli kanunlar izlemiş; fakat bu düzenlemeler de ihtiyaçları karşılayamamıştır⁴⁶. Bunun üzerine 1957 yılında fikri haklar bakımından daha kapsamlı hükümler içeren “Edebi ve Sınai Mülkiyet Hakkında Kanun” (Loi sur la Propriété Littéraire et Artistique) yürürlüğe girmiştir⁴⁷. Bu kanun, telif hakkı ve sınai haklar ile ilgili düzenlemeler içeren 1985 tarihli “Fikri Mülkiyet Kanunu’nun” (Code de la Propriété Intellectuelle) yürürlüğe girmesine kadar uygulama alanı bulmuştur⁴⁸.

c. Alman Hukuku

Almanya’nın siyasi birliğini çok geç tamamlaması, bu alanda yaptığı ilk düzenlemelerin İngiltere ve Fransa’ya nazaran çok daha geç tarihli olmasına sebep olmuştur⁴⁹. Bu alandaki ilk düzenleme 1837 yılında, “Bilim ve Sanat Eserleri Üzerindeki Mülkiyetin Prusya’da Himayesi Kanunu”dur⁵⁰. Bu kanun, 1871 yılında Alman birliğinin sağlanması sonrasında İmparatorluk Kanunu olarak kabul edilmiştir⁵¹. Kanun, 1876, 1901 ve 1907 yıllarında revizyona uğramış; buna rağmen, bu kanunun günün ihtiyaçlarını

⁴⁴ Kanun metni için bkz. Hugh Laddie, Peter Prescott ve Mary Vitoria, **The Modern Law of Copyright and Designs Volume II**, Second Edition, Edinburgh: Butterworth & Co., 1995, s. 10 vd.; Jeremy Phillips, **Butterworths Intellectual Property Law Handbook**, Second Edition, Kent: Butterworths & Co. 1994, s. 185 vd.; Goldstein ve Hugenholtz, s. 17; Aplin ve Davis, s. 61; Ayrıntılı bilgi için bkz. Laddie, Prescott ve Victoria, **Volume I**, s. 25 vd. Bainbridge, s. 29; Cornish, Llewelyn ve Aplin, s. 399.

⁴⁵ Schwarz, s. 520; Giritlioğlu, s. 7; Ayiter, s. 19; Yarsuvat, s. 24; Erel, s. 38; Dardağan, s. 17; Gökyayla, s. 34; Bozbel, s. 19.

⁴⁶ Dardağan, s. 18.

⁴⁷ Ayiter, s. 19; Yarsuvat, s. 25; Erel, s. 39; Gökyayla, s. 34.

⁴⁸ Dardağan, s. 18.

⁴⁹ Ayiter, s. 19; Erel, s. 38; Bozbel, s. 19; Dardağan, s. 18; Gökyayla, s. 34.

⁵⁰ Dardağan, s. 18; Ayiter, s. 20; Erel, s. 38; Gökyayla, s. 34; Bozbel, s. 19.

⁵¹ Erel, s. 38; Dardağan, s. 18; Ayiter, s. 20; Gökyayla, s. 34.

karşılayamadığı düşünülmüş ve yeni kanun hazırlıklarına başlanmıştır⁵². Bunun üzerine 1965 yılında “Telif Hakkı ve Komşu Haklar Hakkında Kanun” (Gesetz über Urheberrecht und Verwandte Schutzrechte) isimli yeni bir kanun çıkartılmıştır⁵³.

3. Milletlerarası Alandaki Gelişmeler

Devletlerin kendi iç hukuklarında telif hakkının bir hak olarak tanınmasının tarihsel süreçteki gelişimi yukarıda anlatılan şekilde olmakla birlikte; bu konu bakımından değinilmesi gereken bir diğer husus, bu hakkın milletlerarası düzeyde tanınması ve korunması meselesidir. Gerçekten de tabiatı gereği her yerde hazır olabilen telif hakkının, devletlerin kendi hukuklarının yanında milletlerarası düzeyde de korunması son derece önemlidir. Çünkü, gelişen teknoloji ve ilerleyen iletişim ağı sayesinde bir eser umuma arz edilmekle sadece arz edildiği ülkede değil, neredeyse dünyanın her yerinde aynı anda bilinirlik kazanabilmektedir⁵⁴. Bu durumda ilgili eser bakımından yalnızca umuma arz edildiği ülkenin tanıdığı hukuki koruma yetersiz kalmaktadır. Çünkü bir devletin bir esere tanıdığı hukuki koruma, yalnızca kendi sınırları içinde hüküm ifade eder⁵⁵. O halde, bu eserin milletlerarası korumaya da ihtiyacı olduğu açıktır.

Tüm bu düşünceler doğrultusunda 9 Eylül 1886 tarihinde İsviçre’nin Bern şehrinde on devletin katılımı ile bir sözleşme imzalanmıştır⁵⁶. Tam adı “1886 tarihli Edebi ve Artistik Eserlerin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi-Bern Sözleşmesi⁵⁷” (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) olan bu sözleşmenin 2.

⁵² Schwarz, s. 521; Ayiter, s. 20; Dardağan, s. 18; Bozbel, s. 19; Gökyayla, s. 34; Erel, s. 38.

⁵³ Ayiter, s. 20; Erel, s. 38; Bozbel, s. 19; Dardağan, s. 18; Gökyayla, s. 34.

⁵⁴ Ernst Hirsch, “Bern Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-AÜHFD*, Y. 1950, C. 7, S. 1-2, s. 134, (Bern).

⁵⁵ Hirsch, *Bern*, s. 134; Öztrak, s. 7; Keeling, s. 265-266; Ayrıca “ülkesellik prensibi” için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, III, A, 1, b, (2).

⁵⁶ İmzacı devletler; Almanya, Belçika, Fransa, Haiti, İngiltere, İspanya, İngiltere, İtalya, Liberya ve Tunus’tur. Eugen Ulmer, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*, Luxembourg: Kluwer Law and Taxation Publishing Division, 1978, s. 28; Vincent Porter, *Beyond The Berne Convention Copyright, Broadcasting and the Single European Market*, London: John Libbey & Company Ltd., 1991, s. 2; M. M. Boguslavsky, *Copyright in International Relations: International Protection of Literary and Scientific Works*, N. Poulet (Çev.), Davit Catters (Ed.), Sydney: Australian Copyright Council Limited, 1979, s. 74; İlhan Öztrak, “Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Korunması Yönünden Pozitif Hukuktaki Tarihi Gelişim”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi-AÜSBFD*, Y. 1970, C. 25, S. 3, s. 2 (Tarihi Gelişim); Aplin ve Davis, s.65; Sterling ve Cook, s. 809; Öztrak, s. 8; Ayiter, s. 22; Yarsuvat, s. 26; Erel, s. 39; Bozbel, s. 20; Goldstein/Hugenholtz, s. 35; Dardağan, s. 27; Gökyayla, s. 37; Keeling, s. 284.

⁵⁷ RG T. 12.07.1995, S. 22341.

maddesi ile uygulama alanı belirlenmiş olup⁵⁸ sözleşmede telif hakkı kavramı ile ilgili olarak doğrudan bir düzenleme yapılmamış⁵⁹, yalnızca devletlerin uyması gereken asgari şartlar belirlenmeye çalışılmıştır⁶⁰. Ayrıca, taraf devletlere eser sahiplerini korumak için tüzel kişiliği olan bir birlik kurma yükümlülüğü getirilmiş ve bunun sonucunda “Bern Birliği” (Berne Union) kurulmuştur⁶¹. Buna göre koruma kapsamındaki bir eserin Birlik üyesi devletlerde sahibinin vatandaşı olduğu ülkenin asgari koruması saklı kalmak kaydıyla korunacağı kabul edilmiştir⁶².

Bern Sözleşmesi, imzalandıktan sonra altı kere tadil edilmiş ve böylece ortaya çıkan ihtiyaçlar doğrultusunda sözleşmenin uygulama alanı genişletilmiştir⁶³. Bu tadillerden 14 Temmuz 1967 tarihinde Stokholm’de yapılmış olanı oldukça önemlidir. Stokholm’de yapılan bu konferans sonucunda “Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü⁶⁴” (World Intellectual Property Organisation-WIPO) kurulmuştur⁶⁵. Bern Birliği’nin idari organı olarak çalışan WIPO, fikri haklar alanında devletlerin iç hukuklarının uyumlaştırılmasını sağlamak ve bu alanda hukuki yardım talep eden devletlere yardımcı olmak gibi görevleri üstlenmiştir⁶⁶. WIPO ile ayrıca, devletler ve gerekirse milletlerarası kuruluşlarla iş birliği yapılarak fikri hakların dünya çapında korunması amaçlanmıştır⁶⁷.

⁵⁸ Maddeye göre, sözleşmenin adında da zikredilen *edebi ve artistik eserler* terimi ile, ifade şekli ne olursa olsun edebiyat ve bilim alanındaki tüm ürünler kastedilmektedir. Maddede ayrıca bu kapsamda sayılabilecek eser türleri örnek olarak sayılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dardağan, s. 28; Ayrıca madde metni için bkz. http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698#P85_10661 (4 Kasım 2017).

⁵⁹ Sözleşmede telif hakkı kavramı hususunda doğrudan bir düzenleme yapılmayıp korumanın eser sahibinin vatandaşı olduğu ülkenin koruması nispetinde yapılmasının sebebi, sözleşmenin hazırlanması sırasında yeknesak bir telif hukuku oluşturulmasının mümkün olmadığı düşüncesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, s. 39; Dardağan, s. 27.

⁶⁰ Ulmer, s. 1; Cornish, Llwyn ve Aplin, s. 404; van Eechoud, s. 58; Aplin ve Davis, s. 66; Ayiter, s. 22; Erel, s. 39; Gökyayla, s. 37.

⁶¹ Stih Strömholm, *Copyright and the Conflict of Laws A Comparative Survey*, Munich: Carl Heymanns Verlag, 2010, s. 15; Hirsch, *Bern*, s. 138; Öztrak, *Tarihi Gelişim*, s. 2; Öztrak, s. 8; Ayiter, s. 22; Yarsuvat, s. 26; Erel, s. 39; Bozbel, s. 20; Goldstein ve Hugenholtz, s. 37; Dardağan, s. 21; Gökyayla, s. 37.

⁶² “Asgari Koruma Prensibi” (National Treatment) olarak adlandırılan bu prensiple ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Öztrak, *Tarihi Gelişim*, s. 2; Öztrak, s. 8; Strömholm, s. 14; Ayiter, s. 22; Erel, s. 39; Goldstein ve Hugenholtz, s. 37; Gökyayla, s. 37.

⁶³ Sözleşme, 1896 yılında Paris’te, 1908 yılında Berlin’de, 1928’de Roma’da, 1948’de Brüksel’de, 1967’de Stokholm’de, 1971 ve 1979’da Paris’te tadil edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Strömholm, s. 13; Aplin ve Davis, s. 65; Keeling, s. 284; Öztrak, *Tarihi Gelişim*, s. 2; Ayiter, s. 22; Yarsuvat, s. 26; Tekinalp, s. 67; Erel, s. 39; Goldstein/Hugenholtz, s. 48 vd.; Gökyayla, s. 37; Porter, s. 4 vd.; van Eechoud, s. 61.

⁶⁴ RG. T. 19.11.1975, S. 15417.

⁶⁵ WIPO ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.wipo.int/about-wipo/en/> (5 Kasım 2017).

⁶⁶ Strömholm, s. 13; Brown Keyder, s. 22; Boguslavsky, s. 81 vd.; Keeling, s. 284-285; Yarsuvat, s. 31; Erel, s. 40; Bozbel, s. 21; WIPO’ya günümüz itibarı ile 191 ülke taraftır. Bu sayı, WIPO’nun etki alanını göstermek bakımından oldukça önemlidir. Taraf devletlerin listesi için bkz. <http://www.wipo.int/members/en/> (5 Kasım 2017).

⁶⁷ Brown Keyder, s. 22; Strömholm, s. 13; Ayiter, s. 22-23; Erel, s. 40; Boguslavsky, s. 82.

Türkiye, öncelikle Bern Sözleşmesinin 1948 tarihli Brüksel metnini kabul etmiş⁶⁸; fakat, 12 Temmuz 1995 tarihinde, 1979 yılında tadil edilen Paris metnine taraf olmuştur⁶⁹. Bern Sözleşmesine, günümüz itibarıyla 176 ülke taraftır⁷⁰. Sözleşmeye taraf devlet sayısının bu denli çok oluşu telif hakkı koruması bakımından sözleşmenin önemini ortaya koymaktadır.

Bern Sözleşmesi'nin imzalanmasından hemen sonra 1889 yılında, yedi Güney Amerika Devleti tarafından "Montevideo Sözleşmesi" imzalanmıştır⁷¹. Bu devletlerin Bern Sözleşmesi'ne katılmayıp farklı bir sözleşme çatısı altında birleşmelerinin sebebi, Bern Sözleşmesi'nin temelindeki fikri hukuk algısının kendi fikri hukuk algılarından farklı olduğunu düşünmeleridir⁷². Sözleşmeyi yine yalnızca Amerika kıtasındaki devletler ile sınırlı olmak üzere 1902 tarihli Mexico, 1906 tarihli Rio de Janerio, 1910 tarihli Buenos Aires, 1911 tarihli Caracas ve 1928 tarihli Havana Sözleşmeleri takip etmiştir⁷³. Fakat, 1946 tarihli Washington Sözleşmesi ile bu tarihten önce imzalanan bütün iki taraflı ve çok taraflı sözleşmeler yürürlükten kaldırılmıştır⁷⁴.

Telif hakkının Anglo-sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde değişik şekillerde düzenlenmiş olması, bu alanda milletlerarası bir düzenleme ile bu farklılığın giderilmesi ihtiyacını doğurmuştur⁷⁵. Böylece iki hukuk sistemi arasında uzlaşma sağlanmış olacak ve bu alanda tam anlamıyla bir milletlerarası korumadan

⁶⁸ Türkiye, sözleşmenin bu metnini 8. maddeye koyduğu ihtirazi kayıtlarla kabul etmişti. Buna göre, on sene önce yayımlanmış bir eserin hiçbir bedel ödemeksizin Türkçe'ye çevrilmesi mümkün olmaktadır. Türkiye'nin koyduğu bu ihtirazi kayda Birlik üyesi on devlet itiraz etmiş, Türkiye de bunun üzerine katılma taahhüdüne bağlı kalmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akın Beşiroğlu, **Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar, Fikir Hukuku**, 3. baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2004, s. 28; Dardağan, s. 26; Erel, s. 39; Gökyayla, s. 37.

⁶⁹ Tekinalp, s. 69; Erel, s. 39; Gökyayla, s. 37.

⁷⁰ Sözleşmeye taraf devletlerin listesi için bkz. http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15 (11 Ağustos 2018).

⁷¹ L. S. Rowe and Redro de Alba, **Copyright Protection in the Americas under National Legislation and Inter-American Treaties**, Washington D. C.: Pan American Union, 1943, s. 3; Ulmer, s. 31; Öztrak, **Tarihi Gelişim**, s. 3; Öztrak, s. 9; Yarsuvat, s. 27; Tekinalp, s. 69; Erel, s. 40; Dardağan, s. 21; Gökyayla, s. 38; Goldstein ve Hugenholtz, s. 69.

⁷² Dardağan, s. 21; Bu devletler Anglo-sakson hukuk sistemi çerçevesinde telif hakkının sadece mali yönünü dikkate almaktaydılar. Bu sebeple Bern Sözleşmesi gibi farklı telif hakkı sistemlerini aynı potada eritmeye çalışan bir sözleşmenin tarafı olmaya yanaşmamış; ayrı bir sözleşme çatısı altında birleşmeyi daha uygun görmüşlerdir.

⁷³ Rowe ve Alba, s. 4-5; Öztrak, **Tarihi Gelişim**, s. 3; Öztrak, s. 9; Yarsuvat, s. 27; Erel, s. 40; Dardağan, s. 21; Gökyayla, s. 38; Goldstein ve Hugenholtz, s. 69.

⁷⁴ Öztrak, **Tarihi Gelişim**, s. 3-4; Yarsuvat, s. 27; Erel, s. 40.

⁷⁵ Ayiter, s. 23; Beşiroğlu, s. 37; Arpad Bogisch, **The Law of Copyright Under The Universal Convention**, Third Revised Edition Second Printing, Netherlands: A. W. Sijthoff, 1970, s. 1; Erel, s. 41; Goldstein ve Hugenholtz, s. 43-44; Dardağan, s. 21; Gökyayla, s. 38.

bahsedilebilecektir⁷⁶. Tüm bu amaçlar doğrultusunda 6 Eylül 1952 tarihinde, UNESCO’nun önderliğinde, Cenevre’de “Telif Hakkı Evrensel Sözleşmesi” (Universal Copyright Convention) imzalanmıştır⁷⁷. Bern Sözleşmesi ile kıyaslandığında eser sahiplerine daha kısıtlı bir koruma sağlayan sözleşme, telif hakkı hususunda iki farklı hukuk sistemini uzlaştırmayı ve özellikle Amerika kıtası devletlerinin sözleşmenin tarafı olması dolayısıyla dikkat çekicidir⁷⁸. Sözleşmeye halihazırda 100 ülke taraftır⁷⁹. Türkiye ise, bu sözleşmenin tarafı değildir⁸⁰.

Milletlerarası alanda imzalanmış bir başka çok taraflı sözleşme, “Dünya Ticaret Örgütü⁸¹” (World Trade Organization- WTO)⁸² tarafından 1993 yılında Uruguay Müzakereleri çerçevesinde hazırlanan ve 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe giren “Ticaretle Bağlantılı Fikri ve Sınai Haklar Sözleşmesi⁸³” (Trade Related Aspects on Intellectual Property Agreement-TRIPS Agreement) dir⁸⁴. Bu sözleşme, telif hakkının korunması hususunda Bern Sözleşmesi’ne paralel düzenlemeler içermektedir⁸⁵. Fakat, Bern Sözleşmesi’ne ek olarak bu sözleşmede, uyumsuzlukların çözümü ile ilgili hükümler de bulunmaktadır⁸⁶. Sözleşmeye günümüz itibarı ile 96 ülke taraftır⁸⁷.

Telif hakkı hususunda imzalanan çok taraflı milletlerarası sözleşmeler sayılanlar ile sınırlı değildir. 26 Ekim 1961 tarihinde, Roma’da “İcracı Sanatçılar, Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Roma Sözleşmesi⁸⁸” (Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting

⁷⁶ Öztrak, **Tarihi Gelişim**, s. 4; Ayiter, s. 23; Bogisch, s. 2; Erel, s. 41; Goldstein ve Hugenholtz, s. 44; Dardağan, s. 21; Gökyayla, s. 38.

⁷⁷ Ulmer, s. 30; Stömholm, s. 26; Boguslavsky, s. 77; Keeling, s. 286; Giritlioğlu, s. 10; Öztrak, **Tarihi Gelişim**, s. 4; Öztrak, s. 11; Ayiter, s. 23; Bogisch, s. 1; Yarsuvat, s. 27-28; Tekinalp, s. 70; Erel, s. 41; Beşiroğlu, s. 37; Bozbel, s. 21; Goldstein ve Hugenholtz, s. 44; Dardağan, s. 21; Gökyayla, s. 38; Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/creativity/creative-industries/copyright/universal-copyright-convention/> (5 Kasım 2017).

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bogisch, s. 2; Ulmer, s. 30; Ayiter, s. 23; Keeling, s. 286; Goldstein ve Hugenholtz, s. 43-44.

⁷⁹ Sözleşmeye taraf devletlerin listesi için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/parties.jsp?treaty_id=208&group_id=22 (5 Kasım 2017).

⁸⁰ Öztrak, **Tarihi Gelişim**, s. 5; Yarsuvat, s. 28; Beşiroğlu, s. 37; Erel, s. 41; Gökyayla, s. 38.

⁸¹ RG. T. 25.02.1995, S. 22213 (Mükerrer).

⁸² WTO ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.wto.org/english/thewto_e/thewto_e.htm (5 Kasım 2017).

⁸³ RG. T. 25.02.1995, S. 22213 (Mükerrer).

⁸⁴ Aplin ve Davis, s. 68-69; Keeling, s. 293; Stömholm, s. 27; Bozbel, s. 23; Goldstein/Hugenholtz, s. 73 vd.; Dardağan, s. 22, 42; van Eechoud, s. 77.

⁸⁵ Goldstein ve Hugenholtz, s. 74; Keeling, s. 293; Dardağan, s. 42.

⁸⁶ Dardağan, s. 42.

⁸⁷ Sözleşmeye taraf devletlerin listesi için bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm (5 Kasım 2017).

⁸⁸ RG. T. 12.07.1995, S. 2234.

Organisations)⁸⁹ ⁹⁰, 20 Aralık 1996 tarihli “WIPO Telif Hakları Sözleşmesi⁹¹” (WIPO Copyright Treaty)⁹² ve yine aynı tarihli “WIPO İcracılar ve Fonogramlar Sözleşmesi⁹³” (WIPO Performances and Phonograms Treaty)⁹⁴ konumuz bakımından dikkat çekicidir.

Telif hakkı hususunda milletlerarası düzenlemeler yapılmasındaki temel amaç, bu husustaki farklı hukuksal yaklaşımların uyumlaştırılmaya çalışılmasıdır. Gerçekten de fikri ürün üzerindeki mülkiyet hakkı olarak tabir edilen ve sahibine bu ürün üzerinde mutlak bir hak bahşeden fikri hak kavramının ve bu hakkın kapsamının ülkeden ülkeye bu denli farklılık göstermesi ülkelerin mevzuatlarının uyumlaştırılması ihtiyacını doğurmuştur. Özellikle AB hukuku gibi ulusal üstü hukuklar bakımından bünyesinde bulunan hukukların bu konudaki düzenlemelerinin uyum içinde olması son derece mühimdir.

Fikri hakların hukuk sistemlerince farklı şekillerde düzenlenmiş olması ve bu hakların doğaları gereği yerel ve inhisari nitelikler taşıması AB hukukunun temel ilkeleri ile çelişki içindedir⁹⁵. Bu çelişki, fikri haklar ile ilgili ortaya çıkan gelişmeler doğrultusunda üye ülkelerin mevzuatlarının uyumlaştırılması gayesiyle hazırlanan Yönergelerle giderilmeye çalışılmıştır⁹⁶. Bu yönergelerden en dikkat çekicileri kronolojik

⁸⁹ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=289795 (18 Mart 2018).

⁹⁰ Sözleşme ile *komşu haklar* denilen icracı sanatçı, plak yapımcıları, radyo yayın kuruluşlarının kendi ürünleri üzerindeki haklarının korunması amaçlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cornish, Llewelyn ve Aplin, s. 406-407; Keeling, s. 287; Aplin ve Davis, s. 66-67; Ayiter, s. 24; Yarsuvat, s. 29; Erel, s. 41; Stömholm, s. 31; Goldstein ve Hugenholtz, s. 55 vd.; Dardağan, s. 21; Gökyayla, s. 39.

⁹¹ RG. T. 14.05.3008, S. 26876.

⁹² Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=295157 (18 Mart 2018).

⁹³ RG. T. 14.05.2008, S. 26876.

⁹⁴ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=295477 (18 Mart 2018).

⁹⁵ Steven Anderman, “The IP and Competition Interface New Developments”, Steven Anderman ve Ariel Ezrachi (Ed.), **Intellectual Property and Competition Law New Frontiers**, New York: Oxford University Press, 2011, s. 3; Agnes Lucas-Schloetter, “Is There a Concept of European Copyright Law? History, Evolution, Policies and Politics and the Acquis Communautaire”, Irini Stamatoudi ve Paul Torremans (Ed.), **EU Copyright Law** içinde (7-22), s. 8; P. Bernt Hugenholtz, “Copyright without Frontiers: The Problem of Territoriality in European Copyright Law”, Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (12-26), Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009, s. 18-19; Stömholm, s. 33; Brown Keyder, s. 93-94; AB hukukunun temel prensibi malların serbest dolaşımı ilkesidir. Böylece Avrupa kıtası çerçevesinde ortak bir pazarın kurulması hedeflenmiştir. Fikri hakların inhisari nitelikte olması sebebiyle Topluluk Hukukunu Kuran Antlaşmanın 36. maddesi ile ulusal hukukların fikri hak düzenlemelerinin malların serbest dolaşımı ilkesini sınırlayabileceğine ilişkin bir istisna kuralı getirilmiştir. Madde metni için bkz. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.202.01.0001.01.ENG&toc=OJ:C:2016:202:TOC#ntr2-C_2016202EN.01001301-E0002 (17 Mart 2018).

⁹⁶ Avrupa Birliği bünyesinde yer alan hukuk sistemlerinin uyumunu sağlayabilmek için yapılan mevzuat uyumlaştırma çalışmaları doğrultusunda telif hakkı ile ilgili çeşitli Yönergeler çıkartılmıştır. Bu Yönergeler ile telif hakkı konusunda

olarak “14 Mayıs 1992 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar ile Komşu Hakların Korunmalarının Arttırılmasına İlişkin Konseyce Çıkarılan Topluluk Kararı⁹⁷” (Council Resolution of 14 May 1992 on Increased Protection for Copyright and Neighbouring Rights), “27 Eylül 1993 tarihli Uydu Yayınlarına ve Kablolulu Yayınlarla Uygulanan Fikir ve Sanat Eserlerine Dair Haklar ile ilgili Haklara İlişkin Bazı Kararların Koordinasyonu Hakkında Konsey Yönergesi⁹⁸” (Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the Coordination of Certain Rules Concerning Copyright and Rights Related to Copyright Applicable to Satellite Broadcasting and Cable Retransmission), “11 Mart 1996 tarihli Veri Tabanlarının Hukuki Korunmasına İlişkin Konsey Yönergesi⁹⁹” (Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases), “29 Nisan 2004 tarihli Fikri Mülkiyet Haklarının Güvence Altına Alınmasına İlişkin Konsey Yönergesi¹⁰⁰” (Corrigendum to Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Enforcement of Intellectual Property Rights), “12 Aralık 2006 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklarının Kiralanması, Ödünç Verilmesi ve Bazı Bağlantılı Haklara İlişkin Konsey Yönergesi¹⁰¹” (Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Rental Right and Lending Right and on Certain Rights related to Copyright in the Field of Intellectual Property (Codified Version)), “23 Nisan 2009 tarihli Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına İlişkin Konsey Yönergesi¹⁰²” (Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the Legal Protection of Computer Programs (Codified Version)), “27 Eylül 2011 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar ile İlgili Hakların Koruma Sürelerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin 2006/116 sayılı Konsey Yönergesinin Değiştirilmesine İlişkin Konsey Yönergesi¹⁰³” (Directive 2011/77/EU of the European

üye devletlerin uyması gereken temel prensipler ve standartlar belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Keeling, s. 24 vd.; P. Bernt Hugenholtz, “Copyright without Frontiers: The Problem of Territoriality in European Copyright Law”, Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (12-26), s. 13; Hugenholtz and others, s. 11; Govaere ve Jacobs, s. 15; Tekinalp ve Tekinalp, s. 726 vd.; Özcan, s. 148 vd.; Goldstein ve Hugenholtz, s. 64-65; Bainbridge, s. 203; Ayrıca yönergeler için bkz. “Part II: The EU Directives”, Irini Stamatoudi ve Paul Torremans (Ed.); **EU Copyright Law** içinde (89-148), s. 89 vd. Kur ve Dreier, s. 244 vd..

⁹⁷ OJEC, Vol. 35, 28.05.1992, 1992/C 138/01.

⁹⁸ OJEC, Vol. 36, 06.10.1993, 1993/L 248/15.

⁹⁹ OJEC, Vol. 39, 27.03.1996, 1996/L 77/20.

¹⁰⁰ OJEU, Vol. 47, 02.06.2004, 2004/L 195/16.

¹⁰¹ OJEU, Vol. 49, 27.12.2006, 2006/L 376/28.

¹⁰² OJEU, Vol. 52, 05.05.2009, 2009/L 111/16.

¹⁰³ OJEU, Vol. 54, 11.10.2011, 2011/L 265/01.

Parliament and of the Council of 27 September 2011 amending Directive 2006/116/EC on the Term of Protection of Copyright and Certain Related Rights) şeklinde sıralanabilir.

4. Türk Hukukundaki Gelişmeler

Türk hukukunda fikri hukuk ile ilgili ilk gelişmeler Batıya kıyasla çok daha yeni tarihlidir. Bunun sebebi matbaanın Türkler tarafından çok geç kullanılmaya başlanmasıdır¹⁰⁴. İlk matbaanın 1727 yılında İbrahim Müteferrika¹⁰⁵ tarafından kurulduğu dikkate alındığında bu hususta ne kadar geç kalındığı görülecektir. Matbaanın kurulması ile birlikte ilk başlarda matbaacılara belirli bir süre yahut sayı ile sınırlı imtiyazlar verilmeye başlanmış; bu imtiyazları hukuki düzenlemeler takip etmiştir¹⁰⁶. Telif hakkı ile ilgili ilk düzenleme, “1850 tarihli Encümen-i Daniş Nizamnamesi” dir¹⁰⁷. Bu nizamname ile eser sahibine mali nitelikli bir hak, telif hakkı, tanınacağı öngörülmüştür¹⁰⁸. Her ne kadar bu hakkın tanınması, eserin incelenmesi şartına bağlı tutulup böylece eser üzerinde bir denetim mekanizması kurulması amaçlanmış olsa da nizamname, telif hakkı kavramının hukukumuzda girmesi bakımından son derece önemlidir¹⁰⁹.

“1857 tarihli Telif Hakkı Nizamnamesi” ise hem matbaacıya hem de eser sahibine tanıdığı haklar bakımından dikkat çekicidir¹¹⁰. Nizamname ile eser sahibinin yaşamı boyunca eser üzerinde imtiyazı olduğu kabul edilmiştir¹¹¹. Ayrıca, eser sahibine eseri basan kişi ile sözleşme yapma hakkı da tanınmıştır¹¹². Eser sahibine verilen bu hak, telif hakkı sözleşmesinin hukukumuzca ilk düzenleniş şekli olarak karşımıza çıkar.

¹⁰⁴ Yarsuvat, s. 35; Gökyayla, s. 39.

¹⁰⁵ İbrahim Müteferrika, tarihimizde ilk Türk matbaacı olarak anılmaktadır. 1727 yılında “dini olmayan kitapların” basılması izni alınmış ve resmi olarak matbaacılık faaliyetlerine başlanmıştır. Bu tarih matbaanın Türkler tarafından kullanılmaya başladığı tarihtir. Bu tarihten önce Osmanlı topraklarında azınlık gruplar tarafından matbaa kullanılmakta ancak Türkçe kitap basımına izin verilmemekteydi. Yarsuvat, s. 35; Gökyayla, s. 40; İbrahim Müteferrika ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.biyografi.net/kisiayrinti.asp?kisiid=2391> (09 Ağustos 2018).

¹⁰⁶ Gökyayla, s. 40; Yarsuvat, s. 37.

¹⁰⁷ Bozbel, s. 24; Giritlioğlu, s. 12; Yarsuvat, s. 38; Gökyayla, s. 40.

¹⁰⁸ Giritlioğlu, s. 12; Yarsuvat, s. 38; Gökyayla, s. 40-41; Tekinalp, s. 87.

¹⁰⁹ Yarsuvat, s. 38; Tekinalp, s. 87; Bozbel, s. 24.

¹¹⁰ Nizamname hükümleri için bkz. Servet R. İskit, **Türkiye’de Matbuat Rejimleri**, İstanbul: Ülkü Matbaası, 1939, s. 873.

¹¹¹ Eser sahibinin eseri üzerindeki bu imtiyazı, daha sonra nizamnameye ek olarak çıkarılan ikinci bir nizamname ile eser sahibinin yaşamı boyunca ve ölümünden sonra 45 yıl olarak belirlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Giritlioğlu, s. 13; Dardağan, s. 24; Ayiter, s. 27; Yarsuvat, s. 38; Erel, s. 47; Gökyayla, s. 41.

¹¹² Giritlioğlu, s. 13; Gökyayla, s. 41; Yarsuvat, s. 38.

Türk hukukunda fikri hukuk alanındaki modern anlamda ilk kanunlaştırma hareketi “1910 tarihli Hakkı Telif Kanunu” dur¹¹³. Hakkı Telif Kanunu’nda telif hakkı, “hakkı temellük” olarak tanımlanmakta ve koruma altına alınan eser türleri¹¹⁴ üzerinde eser sahibinin çoğaltma, neşir, ticaret mevkiine çıkartma, tercüme ve tiyatro piyesi haline getirme hakkı gibi mali hakları olduğu kabul edilmektedir¹¹⁵. Ayrıca bir eserin Kanun kapsamında korunabilmesi o eserin tescil edilmesi şartına bağlı tutulmuştur¹¹⁶. Eser sahibine tanıdığı haklar konusunda Türk hukuku bakımından devrim niteliğinde sayılabilecek olan bu Kanun, aynı tarihlerde yürürlükte bulunan ve modern fikri hukukun temellerini atan Bern Sözleşmesi ile kabul edilen esaslara aykırı hükümler içermektedir¹¹⁷. Fakat bu dönemde Bern Sözleşmesi’ne henüz taraf olunmadığı için bu aykırılıklar dikkate alınmamıştır¹¹⁸.

Lozan Antlaşması ile Türkiye’nin Bern Sözleşmesi’ne katılması öngörülmüştür¹¹⁹. Türkiye, Bern Sözleşmesi’ne yabancı eserlerin Türkçeye çevrilmesi halinde telif ücreti ödenmeyeceği ihtirazi kaydıyla katılmayı taahhüt etmiştir¹²⁰. Bu ihtirazi kayda Sözleşmeye üye devletlerin itirazı üzerine Türkiye, Bern Sözleşmesi’ne katılma taahhüdüne bağlı kalmamıştır¹²¹. Türkiye’nin Bern Sözleşmesi’nin tarafı olması ise, çok daha sonraki bir dönemde olmuştur¹²².

¹¹³ Kanun metni ve TBMM zabıtları için bkz., İskit, s. 117 vd.

¹¹⁴ Kanunda “*her nevi mahsulatı fikriye ve kalemiye*” olarak tarif edilen eser türleri 2. maddede herhangi bir objektif ve bilimsel sınıflandırmaya tabi tutulmaksızın tahdidi olarak sayılmıştır. Bu sayıma göre Kanun kapsamında korunan eser türleri; kitaplar, yazıtları, resimler, levhalar, hatlar, oymacılık eserleri, heykeller, planlar, haritalar, mimari, coğrafi ve diğer fenni satıl ve cisimler ve notalardır. Ayrıca bu sayım, Bern Sözleşmesi’nin kabul ettiği eser türleri ile farklılıklar içermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztrak, **Tarihi Gelişim**, s. 5; Hirsch, s. 7; Yarsuvat, s. 39; Dardağan, s. 24.

¹¹⁵ Hakkı Telif Kanunu ile sayılan mali haklar düzenlenmiş olmakla birlikte manevi haklarla ilgili tek düzenleme eser üzerinde değişiklik yapılmasının eser sahibinin iznine tabi tutulmasına ilişkin 28. madde düzenlemesidir. Bern Sözleşmesi’nde ise eser sahibinin eseri üzerinde manevi haklarının da var olduğu kabul edilmiş ve bu haklar ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dardağan, s. 24-25.

¹¹⁶ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Dardağan, s. 25; Hirsch, s. 98-99; Öztrak, **Tarihi Gelişim**, s. 6; Yarsuvat, s. 39; Erel, s. 47.

¹¹⁷ Bunlardan ilki Kanun ile telif hakkının tescili öngörülmüş olmasıdır. Bunun yanında manevi haklara yer verilmemiş olması da dikkat çekicidir. Dardağan, s. 25; Öztrak, s. 12; Yarsuvat, s. 39; Erel, s. 47.

¹¹⁸ Yarsuvat, s. 39.

¹¹⁹ Giritlioğlu, s. 14; Öztrak, s. 12; Yarsuvat, s. 39-40; Öztrak, **Tarihi Gelişim**, s. 6; Beşiroğlu, s. 20; Erel, s. 48; Dardağan, s. 26; Gökyayla, s. 41.

¹²⁰ Dardağan, s. 26; Öztrak, **Tarihi Gelişim**, s. 6; Gökyayla, s. 42; Giritlioğlu, s. 14; Öztrak, s. 12; Yarsuvat, s. 40; Beşiroğlu, s. 20; Erel, s. 48.

¹²¹ Dardağan, s. 26; Giritlioğlu, s. 14; Öztrak, s. 12; Yarsuvat, s. 40; Erel, s. 48; Öztrak, **Tarihi Gelişim**, s. 6; Gökyayla, s. 42; Beşiroğlu, s. 21.

¹²² Türkiye, 07.07.1995 tarih ve 4117 sayılı kanun ile Bern Sözleşmesi’nin 1979 tarihli Paris metnine taraf olmuştur. Fakat Türkiye 1995 yılına kadar Bern Sözleşmesi’nin tarafı olmamakla birlikte 1929 yılında Fransa ile ve 1930 yılında Almanya ile yaptığı ikili antlaşmalar uyarınca Bern Sözleşmesi’nin 1914 tarihli hükümlerini bu iki devlete karşı

Özellikle 20. yüzyılın ilk yarısında hızla gelişen teknoloji ve ilerleyen iletişim ağı devletlerin bilimsel ve kültürel alanda birbirleriyle daha çok etkileşime geçmesine sebep olmuş ve bu durum fikri hukukun gelişimini de etkilemiştir. Hakkı Telif Kanunu’nun, fikri hukuk alanındaki bu gelişmelere cevap verememesi yeni ve modern bir kanun hazırlanması ihtiyacını doğurmuştur. Bu gayelerle Prof. Dr. Ernst Hirsch¹²³ önderliğinde hazırlanan Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu tasarısı TBMM’ye sunulmuş; 5 Aralık 1951 tarihinde kanunlaşan tasarı, 1 Ocak 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹²⁴. Tam adı “5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu” olan bu kanun, yürürlük tarihinden günümüze kadar birçok defa revizyona uğramıştır¹²⁵. Ayrıca son dönemde “5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı” görüşülmeye başlanmıştır. Bu taslakla Kanunda esaslı değişiklikler yapılması beklenmektedir.

C. Hakkın Niteliğini Açıklayan Teoriler

1. Fikri Mülkiyet Teorisi

Telif hakkının niteliği ile ilgili doktrinde tek bir kabul olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu husus öteden beri hukukçular tarafından tartışılmış ve hakkın niteliğini açıklamak için teoriler ortaya atılmıştır. Bu teorilerden ilki “fikri mülkiyet teorisi” dir. Bu teori, “Tabii Hukuk Okulu” bünyesinde gelişmiş; Fransız İhtilali sonrası çıkarılan 1791 ve 1793 tarihli ihtilal kanunları ile ise ilk defa düzenleme alanı bulmuştur¹²⁶. Tabii hukuk doktrininin izlerini taşıyan bu teori ile sahibinin, fikri emek sonucu ortaya çıkan ürünler üzerinde mülkiyet hakkı gibi doğal hakkı olduğu ileri

karşılıklı olarak uygulamayı kabul etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dardağan, s. 42; Öztrak, **Tarihi Gelişim**, s. 7; Öztrak, s. 13; Beşiroğlu, s. 21-22; Erel, s. 48.

¹²³ Prof. Dr. Ernst Eduard HIRSCH, 20 Ocak 1902’de Nazi rejimi sebebiyle 1 Ekim 1933’te Almanya’dan göç etmiş ve 4 Ekim 1933’te İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde öğretim üyesi olarak çalışmaya başlamıştır. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin ardından Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde de öğretim üyeliği yapan Hirsch başta FSEK olmak üzere birçok kanunun hazırlanmasında öncülük etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.turkiyehukuk.org/meshur-hukukcular-prof-dr-ernst-eduard-hirsch/> (09 Ağustos 2018).

¹²⁴ Öztrak, **Tarihi Gelişim**, s. 7; Dardağan, s. 26; Yarsuvat, s. 40; Beşiroğlu, s. 24; Erel, s. 48; Gökyayla, s. 42.

¹²⁵ Kanunda 05.11.1983 tarih ve 2936 sayılı kanunla (RG. T. 03.11.1983, S. 18210), 12.06.1995 tarih ve 4110 sayılı Kanunla (RG. T. 12.06.1995, S. 22311), 03.03.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanunla (RG. T. 03.03.2001, S. 24335 (Mükerrer)), 03.03.2004 tarih ve 5101 sayılı Kanunla (RG. T. 12.03.2004, S. 25400) ve son olarak 08.02.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunla (RG. T. 08.02.2008, S. 26781) önemli değişiklikler yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Beşiroğlu, s. 35; Erel, s. 49.

¹²⁶ Ayiter, s. 29; Yarsuvat, s. 44; Erel, s. 30; Gökyayla, s. 125.

sürülmüştür¹²⁷. Ayrıca bu teori ile beraber imtiyazlar dönemindeki matbaacı lehine olan hukuki durum değişmiş ve eser sahibinin eseri üzerinde kendine özgü bir hakkı bulunduğu kabul edilmiştir¹²⁸.

Bu teoriye göre telif hakkı, mülkiyet hakkı gibi mutlak haklar kategorisinde bulunmaktadır¹²⁹. Bu iki hak, aynı kategoride bulunmaları ve hak sahiplerine herkese karşı ileri sürülebilen inhisari yetkiler bahşetmeleri sebebiyle birbirlerine benzetilmekle beraber telif hakkına mülkiyet hakkı demek doğru olmayacaktır¹³⁰. Çünkü mülkiyet hakkı, özellikle Türk hukuku gibi Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde maddi eşyaya hasredilmiştir¹³¹. Bu yüzden de fikri hak gibi gayri maddi eşya üzerindeki hakkın mülkiyet hakkı ile açıklanması fikri çok destekçi bulmamıştır¹³². Telif hakkı ve mülkiyet hakkı arasındaki farklılıklar bununla da sınırlı değildir. Telif hakkı mülkiyet hakkı gibi devredilebilir nitelik taşımakla birlikte bu niteliği hakkın mali yönü ile sınırlandırılmıştır¹³³. Gerçekten de telif hakkının bünyesinde bulunan mali yetkiler devredilebilir, rehnedilebilir ve intifa hakkına konu olabilirken; manevi yetkilerin ancak kullanım hakları bu işlemlere konu olabilmektedir¹³⁴. Ayrıca, mülkiyet hakkının devredilmesiyle devredenin bütün hak ve yetkileri yeni malike geçerken; telif hakkında eser sahibinin söz konusu eser üzerinde manevi hakları devam etmektedir¹³⁵.

Fikri mülkiyet teorisi, yukarıda açıklanan sebeplerle eleştirilmekle birlikte bu teorinin fikri hukuk alanına etkileri yadsınamaz niteliktedir. Özellikle bu teori ile ortaya çıkan “fikri mülkiyet terimi” gerek doktrinde gerekse milletlerarası alanda kabul görmüş ve fikri hukukun bütününe kapsayacak şekilde şemsiye kavram olarak

¹²⁷ Giritlioğlu, s. 16; Ayiter, s. 29; Erel, s. 30; Dardağan, s. 100; Gökyayla, s. 125.

¹²⁸ Yarsuvat, s. 44; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2016, s. 603-604; Gökyayla, s. 125.

¹²⁹ Erel, s. 31; Dardağan, s. 100; Gökyayla, s. 127.

¹³⁰ Gökyayla, s. 127; Erel, s. 31.

¹³¹ Türk hukukunda mülkiyet hakkı ancak taşınır (TMK m. 762) ve taşınmaz (TMK m. 704) mallar üzerinde kurulabilir. Bunun mefhumu muhalifinden çıkartmamız gereken sonuç gayri maddi mallar üzerinde mülkiyet hakkının kurulamayacağıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ernst Hirsch, “Eser Sahipliği, Fikri ve Sınai Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni Bir Görüş”, **AÜHFD**, Y. 1944, C. 1, S. 3, s. 335, (Eser Sahipliği); Hirsch, s. 109-110; Giritlioğlu, s. 20; Dardağan, s. 100; Gökyayla, s. 126.

¹³² Teorinin geliştiği Fransız hukuk çevresinde dahi kesin bir şekilde savunulmadığı ve bu hususta çekimser olduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dardağan, s. 100.

¹³³ Gökyayla, s. 126.

¹³⁴ Dardağan, s. 100.

¹³⁵ Erel, s. 31; Gökyayla, s. 126.

kullanılagelmiştir¹³⁶. Ayrıca bu teori kanunlar ihtilafı kurallarını da etkilemiş ve fikri haklar konusunda bağlama kuralı olarak eşya hukuku alanında egemen olan “*lex rei sitae*” kuralının uygulanması gerektiği fikri ortaya atılmıştır¹³⁷.

2. Malvarlığı Hakkı ve Kişilik Hakkı Teorileri

Hukuk öğretiminde haklar, nitelikleri itibarıyla çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur¹³⁸. Bu ayrımlardan biri de kişilik hakkı-malvarlığı hakkı ayrımıdır. Telif hakkı ise bünyesinde mali ve manevi yetkiler bulunduran çifte karakterli bir haktır. Bu yönü sebebiyle hakkın hukuki niteliğini belirlemek de zorlaşmaktadır. Telif hakkını bu ayrım ışığında nitelendirmeye çalışan hukukçular tarafından hakkın mali yönü dikkate alınarak “malvarlığı hakkı teorisi”; hakkın salt kişilik hakkı olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülerek “kişilik hakkı teorisi” ortaya atılmıştır¹³⁹.

Mal varlığı hakkı teorisi, telif hakkının yalnızca mali yönü üzerinde durur. Buna göre, telif hakkı korumasının amacının eser sahibinin izni olmaksızın başka kişilerin eserden iktisaden yararlanmasını önleyerek eser sahibinin kazanç kaybına uğramasını engellemek olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁰. Eser sahibinin manevi haklarının ise telif hakkıyla ilgisi olmadığı, bu hakların kişiliğin korunmasına yönelik genel düzenlemeler çerçevesinde korunması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴¹. Bu teori, telif hakkının mali yönü dikkate alınıp manevi yönü göz önünde bulundurulmadığı için eleştirilmektedir.

Kişilik hakkı teorisi ise, malvarlığı hakkı teorisinin tam aksi olarak telif hakkının, sahibinin kişiliğiyle ayrılmaz bir bütün oluşturduğu ve bu nedenle bu hakkın kişilik hakkı olarak nitelendirilmesi gerektiği kabulü üzerine kurulmuştur¹⁴². Bu teoriye göre, telif hakkının mali yönü, hakkın kişilik hakkı olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak ikincil derecede önem taşır¹⁴³. Yani teoriyi savunanlara göre telif hakkı

¹³⁶ Ulmer, s. 1; GATT-TRIPS gibi önemli sözleşmelerde bu terimin kullanıldığı görülmektedir.

¹³⁷ Yarsuvat, s. 45; Dardağan, s. 101; Malın bulunduğu yer hukuku olarak açıklanabilecek olan “*lex rei sitae*” kuralı aynı haklar bakımından geçerli olan bağlama kuralı olup fikri hak statüsüne uygulanan “*lex loci protectionis*” bağlama kuralının da temelini oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, II, B, 1, b, (2).

¹³⁸ Erel, s. 32.

¹³⁹ Dardağan, s. 101-102; Erel, s. 32.

¹⁴⁰ Erel, s. 33; Gökyayla, s. 129.

¹⁴¹ Dardağan, s. 101; Hirsch, s. 111; Gökyayla, s. 129; Hirsch, Eser Sahipliği, s. 335; Erel, s. 33.

¹⁴² Ayiter, s. 30; Hirsch, Eser Sahipliği, s. 335; Giritlioğlu, s. 18; Yarsuvat, s. 45; Gökyayla, s. 127; Tekinalp, s. 91; Hirsch, s. 111-112; Dardağan, s. 102.

¹⁴³ Erel, s. 32; Hirsch, Eser Sahipliği, s. 335; Hirsch, s. 112; Tekinalp, s. 91; Dardağan, s. 102; Gökyayla, s. 128.

korumasının amacı, hakkın manevi yönlerinin korunmasıdır¹⁴⁴. Kişilik hakkı teorisi, telif hakkı üzerindeki mali hakları ötelediği için ve kişilik hakkının telif hakkını açıklamada yetersiz kalması dolayısıyla eleştirilmiştir¹⁴⁵. Fakat teori gerek ulusal düzenlemeler bakımından gerekse uluslararası alanda eser sahibinin eseri üzerinde manevi haklarının da bulunduğu kabulünü sağlaması bakımından önemlidir¹⁴⁶.

3. Dualist (İkici) Teori ve Monist (Tekçi) Teori

Telif hakkı içerisinde mali ve manevi yetkiler bulunduran çifte karakterli bir haktır. Bu bağlamda hakkın sadece mali yönleri dikkate alınıp malvarlığı hakkı olduğu yahut sadece manevi yönleri dikkate alınıp kişilik hakkı olduğu sonucuna ulaşmak doğru değildir. Bu yüzden bu teoriler eleştirilmiş ve hakkın niteliğini açıklamak için başka teoriler ortaya atılmıştır. Bu kapsamda hakkı, kişilik hakkı ve malvarlığı hakkı olarak birbirinden farklı iki kutba ayıran “dualist teori¹⁴⁷” ve hakkı bünyesinde kişilik hakkı ve malvarlığı hakkına ilişkin yetkiler bulunduran tek bir hak olarak tasvir eden “monist teori¹⁴⁸” ileri sürülmüştür.

Dualist teori telif hakkının, bünyesinde birbirinden ayrılabilen mali ve manevi haklar bulunduran “sui generis” bir hak olduğunu ileri sürmüştür¹⁴⁹. Teori ile hakkın mali ve manevi yönlerinin bulunduğu ve fakat bu yönlerin birbiriyle bağlantısız olduğu kabul edilmiştir. Bu teori, hakkın mali ve manevi yönlerini birbirinden tamamen ayırması sebebiyle eleştirilmiştir¹⁵⁰. Çünkü, her ne kadar mali haklar ve manevi haklar birbirinden farklı özellikler taşısa da telif hakkı bünyesinde birleşen bu haklar birbirleriyle bağlantı içindedirler¹⁵¹. Örneğin, eseri kamuya sunma yetkisi manevi haklar kategorisinde

¹⁴⁴ Esas olanın telif hakkı sahibinin maddi olarak tatmin edilmesi olup hakkın manevi yönünün mali hakların korunması için öngörüldüğüne dair bkz. Hirsch, s. 112; Erel, s. 33; Dardağan, s. 102; Gökyayla, s. 128.

¹⁴⁵ Gerçekten de mahiyetleri itibarıyla kişilik hakkı ve telif hakkının manevi yönü birbirinden farklıdır. Örneğin, kişilik hakkı kişiliği sona erdirecek sebeplerden birinin gerçekleşmesi sonucu sona ererken telif hakkı kişilik sona erse dahi mirasçılara geçer ve koruma, koruma süresince devam eder. Kişilik hakkı, devredilemez ve mirasa konu olamazken; telif hakkının kullanımı devredebilir ve miras yoluyla başkasına geçebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Şahsiyet Hakları ve Fikri Haklar”, *İÜHFİM*, Y. 1939, C. 5, s. 136 vd.; Hirsch, s. 112; Giritlioğlu, s. 19; Yarsuvat, s. 46; Erel, s. 33; Gökyayla, s. 128.

¹⁴⁶ Ayiter, s. 31; Erel, s. 32; Dardağan, s. 102.

¹⁴⁷ Tekinalp, s. 92; Hirsch, *Eser Sahipliği*, s. 336; Hirsch, s. 113; Ayiter, s. 31; Yarsuvat, s. 47; Dardağan, s. 103; Gökyayla, s. 130.

¹⁴⁸ Ayiter, s. 32; Yarsuvat, s. 47; Tekinalp, s. 92; Dardağan, s. 106; Gökyayla, s. 130.

¹⁴⁹ Hirsch, *Eser Sahipliği*, s. 336; Gökyayla, s. 129; Hirsch, s. 113.

¹⁵⁰ Gökyayla, s. 130.

¹⁵¹ Yarsuvat, s. 48; Hirsch, *Eser Sahipliği*, s. 336; Hirsch, s. 114; Ayiter, s. 32; Gökyayla, s. 130.

olmakla birlikte bu hak, eserin mali haklarından yararlanılması amacıyla kullanılabilir¹⁵². Yahut eserin yayma, çoğaltma gibi mali haklarının kullanılması durumunda hakkı devralanın devraldığı bu hakları eser sahibinin manevi haklarına zarar vermeyecek şekilde kullanması gerekir. Görüldüğü gibi, telif hakkını oluşturan mali ve manevi hakları birbirinden ayrı olarak düşünmek mümkün değildir. Zira bu haklar birbirlerinden ayrı değildirler, bilakis bir madalyonun iki yüzü gibi birbirlerini tamamlarlar.

Telif hakkını oluşturan mali ve manevi hakların birbirinden ayrı düşünülmesi kanunlar ihtilafı kurallarını da etkileyecektir. Böyle bir anlayışın kabul edilmesi ihtimalinde mali ve manevi hakların birbirinden farklı statülere tabi olması gündeme gelecektir¹⁵³. Bu da telif hakkı ile ilgili bir uyumsuzluğun vasıflandırması hususunda hakkın parçalanması gibi çözümü güç problemlere neden olacaktır.

Monist teori ise, telif hakkının bünyesinde mali ve manevi yetkiler bulunduran tek bir hak olduğunu kabul etmektedir¹⁵⁴. Teoriye göre, bu hakkın mali ve manevi yönünün birbirinden ayrılması mümkün değildir. Bu sebeple hak, niteliği itibarıyla mal varlığı hakları ile kişilik hakları arasında yer alır¹⁵⁵. O halde eser sahibi için hukuk düzeninde özel bir yeri olan tek bir hakka sahiptir, demek yanlış olmayacaktır¹⁵⁶. Hirsch tarafından eser sahipliği teorisi olarak da adlandırılan bu teorinin izlerini FSEK’de de görmek mümkündür¹⁵⁷. Monist teorinin kabulünün kanunlar ihtilafı sistemine etkisi ise, kuşkusuz hakkın tek bir statüye, telif hakkı statüsüne, tabi olması şeklinde karşımıza çıkacaktır¹⁵⁸.

¹⁵² Ayiter, s. 112; Erel, s. Dardağan, s. 104.

¹⁵³ Bu varsayımda hakkın mal varlığı yönü “lex rei sitae” ye; kişilik hakkı yönü şahsi statüye tabi tutulmalıdır; Dardağan, s. 105.

¹⁵⁴ Hirsch, 116; Giritlioğlu, s. 21-22; Ayiter, s. 33; Erel, s. 34; Dardağan, s. 106; Gökyayla, s. 130.

¹⁵⁵ Yavuz, Acar ve Özen, s. 604; Gökyayla, s. 130.

¹⁵⁶ Ayiter, s. 32; Gökyayla, s. 130; Yarsuvat, s. 37.

¹⁵⁷ Hirsch tarafından öne sürülen eser sahipliği teorisinde ise, monist teori temel alınmış olmakla birlikte bu teoriden bir adım öteye giderek telif hakkının sübjektif bir hak olmayıp objektif bir hukuki durum olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hirsch, **Eser Sahipliği**, s. 341-342; Giritlioğlu, s. 23-24; Yarsuvat, s. 49; Tekinalp, s. 93; FSEK’ in hazırlanmasında temel alınan görüşün eser sahipliği teorisi olduğuna dair bkz. Dardağan, s. 107; Ayiter, s. 33; Erel, s. 34.

¹⁵⁸ Dardağan, s. 108.

4. Hakkın Niteliğini Açıklayan Teorilerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Hakkın niteliğini açıklamak için ileri sürülen teorilerin bu denli çok ve farklı oluşu telif hakkının hukuki mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Hakikaten de telif hakkı mahiyeti itibarıyla diğer haklardan farklı özellikler taşır. Bu özelliklerden ilki, hakkın bünyesinde hem malvarlığı hakkı hem de kişilik hakkı niteliği taşıyan haklar bulundurmasıdır. Ayrıca bu hak, sahibine tanıdığı yetkiler bakımından mutlak haklar kategorisindedir¹⁵⁹. Gerçekten de telif hakkının özellikle manevi yönü sahibine, herkese karşı ileri sürebilen mutlak yetkiler bahşetmektedir.

Hakkın mahiyetini açıklamak bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, telif hakkının konusudur. Telif hakkının konusunu eser niteliğini haiz fikri ürünler oluşturmaktadır. Fakat, telif hakkı ile korunan şey, eserin kendisi değil; bu eser üzerindeki fikirdir¹⁶⁰. Yani, bir ilim veya edebiyat eseri üzerindeki hak, eserin vücut bulmuş hali değil, sahibinin bu eseri yorumlayış şeklidir¹⁶¹. Bu yüzden de telif hakkı için gayri maddi mal üzerinde bulunan mutlak haktır, demek gerekecektir¹⁶².

II. TÜRK HUKUKUNDA ve KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ESER ve ESER SAHİBİ KAVRAMI

A. Eser Kavramı

Telif hakkından söz edebilmek için öncelikle bir eserin varlığı gerekir. Eser, telif hakkının mihenk taşı olmakla birlikte telif hakkı sözleşmesinin konusunu da işbu eser üzerindeki haklar oluşturur¹⁶³. FSEK’de eser, *sahibinin hususiyetini taşıyan ve Kanunda sayılan eser türlerinden birine dahil olan her çeşit fikir ve sanat ürünü* olarak tanımlanmıştır¹⁶⁴. Bu maddeye göre bir şeyin eser sayılabilmesi için öncelikle fikir ve

¹⁵⁹ Mutlak hak, kişiler üzerinde ve malvarlığı üzerinde bulunabilen ve sahibine her zaman ve herkese karşı ileri sürülebilen yetkiler bahşetmektedir. Mutlak hak ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; Tekinalp, s. 9; Ateş, s. 120.

¹⁶⁰ Ateş, s. 101-102; Gökyayla, s. 123.

¹⁶¹ Tekinalp, s. 10.

¹⁶² Erel, s. 25; Tekinalp, s. 10; Ateş, s. 100; Gökyayla, s. 123.

¹⁶³ Gökyayla, s. 65.

¹⁶⁴ FSEK m. 1/B (a).

sanat ürünü olması gerekir. Yani, bu şey fikri bir çaba sonucu ortaya çıkmalıdır. Burada fikri çaba önemli bir unsur olmakla birlikte belirleyici değildir. Çünkü Kanun, fikri çaba sonucu ortaya çıkan ürünlerden hangilerinin eser sayılacağını tahdidi olarak saymış ve bu bağlamda eser sayılabilecek şeylere bir sınırlama getirmiştir¹⁶⁵. Bu durumda ancak Kanunda belirtilen eser türlerinden birine dahil olan fikri ürünler eser vasfını haiz olacaktır¹⁶⁶.

Hükümde verilen bir diğer unsur, eserin sahibinin hususiyetini taşımasıdır. Bu unsur, eserin sübjektif unsuru olarak kabul edilir¹⁶⁷. Ancak sahibinin hususiyetini taşıyan bir fikri ürün eser olarak kabul edilebilir. Hususiyetten ne anlaşılması gerektiği doktrinde farklı şekillerde yorumlanmıştır. Hirsch, hususiyetten anlaşılması gerekenin herkes tarafından vücuda getirilememe olduğunu savunur¹⁶⁸. Bu görüşe göre, herkes tarafından vücuda getirilemeyen fikri ürünler sahibinin hususiyetini taşırlar ve sadece bu ürünler eser olarak korunabilirler¹⁶⁹. Hususiyetten anlaşılması gerekenin yenilik değil “nisbi istiklal” olduğu kabulünden hareketle Arslanlı, her eserin kendisinden önce ortaya çıkmış eserlerden istifade suretiyle meydana geldiğini ve bu istifadenin hududu aşmamak şartıyla caiz olduğunu savunur¹⁷⁰. Tekinalp ise, hususiyetin anlatım ve üslup ile ilgili olduğunu savunmaktadır¹⁷¹. Üslup, sahibinin kişiliğini yansıtarak eseri sahibine özgü kılmakta ve böylece eser sıradan olmaktan kurtulmaktadır¹⁷². Gerçekten de bir fikri ürünü diğerlerinden ayıran, ona eser vasfını veren ve onu hukuken korunabilir hale getiren şey sahibinin hususiyetidir¹⁷³. Hususiyetten anlaşılması gereken ise, sahibinin eser üzerindeki izdüşümüdür. Eserin objektif unsuru ise, iktisaden yararlanmaya elverişli olmasıdır¹⁷⁴.

¹⁶⁵ Sibel Özel, “Türk Sinemasının 100. yılında Hukuki Açıdan Sansür ve Telif Hakları”, Nurşen Mazıcı (Ed.), **Türk Sinemasının 100. Yılına Armağan** (içinde-159-182), İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 172; Ayiter, s. 42; Öztürk, s. 17; Gökyayla, s. 65; Yarsuvat, s. 43; Suluk, Karasu ve Nal, s. 42; Erdil, s. 5.

¹⁶⁶ Gerçekten de Kanun, 1. maddesinde eseri tanımlarken, ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eseri olarak sayılabilecek fikri ürünlerin eser olarak kabul edileceğini belirtmiştir.

¹⁶⁷ Arslanlı, s. 4; Suluk, Karasu ve Nal, s. 42; Hirsch, s. 12; Erdil, s. 5; Ayiter, s. 37.

¹⁶⁸ Hirsch, s. 12; Erdil, s. 6; Tekinalp, s. 98; Suluk, Karasu ve Nal, s. 44, dn. 7.

¹⁶⁹ Tekinalp, s. 98; Hirsch, s. 12.

¹⁷⁰ Arslanlı, s. 7; Suluk, Karasu ve Nal, s. 44, dn. 7; Erdil, s. 6; Öztürk, s. 16; Tekinalp, s. 98-99.

¹⁷¹ Tekinalp, s. 99-100; Erdil, s. 7; Suluk, Karasu ve Nal, s. 44, dn. 7.

¹⁷² Tekinalp, s. 101.

¹⁷³ Ramon Casas Valles, “The Requirement of Originality”, Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (102-132), Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009, s. 102; Aplin ve Davis, s. 107; Suluk, Karasu ve Nal, s. 45; Bainbridge, s. 34.

¹⁷⁴ Hirsch, s. 11; Arslanlı, s. 4; Ayiter, s. 40; Gökyayla, s. 68.

Bu unsuru, fikri ürünün kamuya arz edilmiş olup ondan yararlanabilmenin mümkün olması şeklinde yorumlamak gerekmektedir¹⁷⁵.

Bir fikrin eser niteliğini kazanabilmesi için son şart; söz konusu fikrin dış dünyaya aktarılması, bir diğer tabirle somutlaşmasıdır¹⁷⁶. Bu somutlaşma, bir romanın yazılması şeklinde olabileceği gibi, bir şarkının yorumlanması şeklinde de olabilir¹⁷⁷. Fakat unutulmamalıdır ki burada korunan hukuki değer yine fikir olarak kalmaktadır; ancak bu fikrin korunabilmesi için somutlaşmış olması aranmaktadır¹⁷⁸.

Bern Sözleşmesi'nde, sözleşmenin genel felsefesine uygun olarak telif hakkı kavramı ile ilgili tanım yapılmadığı gibi eser ile ilgili de herhangi bir tanım yapılmaktan kaçınılmış ve bu husus ülkelerin iç hukuklarına bırakılmıştır¹⁷⁹.

B. Eser Türleri

Eser türleri, FSEK'in eseri tanımladığı 1. maddesinde sayılmış ve ancak bu türlerden birine dahil olan fikri ürünlerin eser olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Eser türleri bakımından getirilen bu sınırlı sayım dolayısıyla bir fikri ürünün eser sayılabilmesi, ancak bu fikri ürünün ilim edebiyat, musiki, güzel sanatlar ve sinema eseri yahut işlenme ve derlenme eser¹⁸⁰ kategorilerinden birine girmesi ile mümkün olacaktır. Eser türleri bu şekilde sınırlı sayım ile belirlenmiş olmakla birlikte; eser türlerinin kapsamı bakımından örnekleme yoluna gidilmiştir¹⁸¹. Yani, eser türlerinin kapsamı belirlenirken Kanunda sayılan örneklemlerle sınırlı kalınmamalıdır. Sahibinin hususiyetini taşıyan ve eser türlerinden herhangi birine dahil olan her türlü fikri ürün eser olarak kabul edilebilmektedir.

¹⁷⁵ Hirsch, s. 11-12; Erdil, s. 7-8; Suluk, Karasu ve Nal, s. 47.

¹⁷⁶ Laddie, Prescott ve Vitoria, **Volume I**, s. 61; Gökyayla, s. 66; Tekinalp, s. 101-102.

¹⁷⁷ Şarkının yorumlanması örneğinde somutlaşma gayri sabit bir vasıta ile olmaktadır; romanın yazılması bir kâğıt yahut bir bilgisayar yardımıyla yapılması varsayımında sabit bir vasıta ile olmaktadır. Bu konuda ayrıntılı örnekler için bkz. Arslanlı, s. 13; Ayiter, s. 41; Gökyayla, s. 66.

¹⁷⁸ Antoine Latreille, "From Idea to Fixation: A View of Protected Works", Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (133-147), Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009, s. 135; Ramon Casas Valles, "The Requirement of Originality", Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (102-132), s. 134; Gökyayla, s. 67; Beşiroğlu, s. 71.

¹⁷⁹ Ayiter, s. 36; Beşiroğlu, s. 65; Yarsuvat, s. 41; Ramon Casas Valles, "The Requirement of Originality", Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (102-132), s. 104.

¹⁸⁰ İşlenme ve derlenme eserler FSEK'de eser türleri içinde ele alınmamış olmakla birlikte çalışmamızda mahiyeti ve eser türleri ile bağlantısı dolayısıyla eser türleri ile birlikte incelenmesi uygun bulunmuştur.

¹⁸¹ Cornish, Llewelyn ve Aplin, s. 435; Gökyayla, s. 74; Yarsuvat, s. 43-44.

Türk hukuku bakımından eser türlerinin düzenlenişi sınırlı sayım şeklinde olmakla birlikte hukuk sistemlerinde bu hususta farklı düzenlemeler bulunmaktadır. İngiliz Telif Kanunu, kanunda sayılmış kategoriler dışındaki eserlere telif hakkı koruması sağlamazken, yani koruma hukukumuzdaki gibi sadece Kanunda sayılan eser türlerine hasredilmişken; Kıta Avrupası hukuk sisteminde kategoriler dışındaki fikri ürünler de koruma kapsamına alınabilmektedir¹⁸².

1. İlim ve Edebiyat Eserleri

FSEK’de düzenlenen ilk eser türü “ilim ve edebiyat eserleri”dir. Bu eser türü Kanunumuzda ilim ve edebiyat eseri olarak adlandırılmakla birlikte farklı hukuklarda değişik şekillerde de adlandırıldığı görülmektedir. Örneğin, İngiliz hukukunda bu eser türü “literary work”¹⁸³, Amerika Birleşik Devletleri-ABD hukukunda “works of authorship”, Fransız hukukunda “zihni eserler” (les oeuvres de l'esprit)¹⁸⁴, Alman hukukunda “edebi, ilmi ve artistik eser” (werken der literatur, wissenschaft und kunst)¹⁸⁵ olarak adlandırılmaktadır¹⁸⁶. Bern Sözleşmesi’nde ise “edebi ve artistik eserler” (literary and artistic works) terimi kullanılmaktadır.

İlim ve edebiyat eserleri FSEK’in 2. maddesinde düzenlenmiştir. Hüküm, bu eser türü ile ilgili herhangi bir tanımlama içermemekte; doğrudan bir gruplandırmaya gitmektedir. Bu gruplandırmaya göre ilim ve edebiyat eserleri sırasıyla dil ve(ya) yazı ile ifade olunan eserler¹⁸⁷, sözsüz sahne eserleri¹⁸⁸, teknik ve ilmi mahiyeti bulunan eserler¹⁸⁹ dir.

Bern Sözleşmesi’nin 2. maddesinde ise, edebi ve artistik eserler “...ifade şekli yahut ifade tarzı ne olursa olsun her türlü edebi, ilmi ve artistik alandaki bütün ürünler”

¹⁸² Aplin ve Davis, s. 75-76; Cornish, Llwelyn ve Aplin, s. 435; Goldstein ve Hugenholtz, s. 195.

¹⁸³ İngiliz hukukunda ilim ve edebiyat eserleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Laddie, Prescott ve Vitoria, **Volume I**, s. 27 vd.; Cornish, Llwelyn ve Aplin, s. 436; Bainbridge, s. 38-39.

¹⁸⁴ Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu m. L 111-1.

¹⁸⁵ Alman Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Hakkında Kanun, m. 1.

¹⁸⁶ Lester ve Mitchell, s. 2; Aplin ve Davis, s. 75-76; Goldstein ve Hugenholtz, s. 188.

¹⁸⁷ FSEK m. 2(1): “Herhangi bir şekilde **dil ve yazı ile ifade olunan eserler** ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları”.

¹⁸⁸ FSEK m. 2(2): “Her nevi rakıslar, yazılı kareografi eserleri, Pantomimaller ve buna benzer **sözsüz sahne eserleri**”.

¹⁸⁹ FSEK m. 2(3): “Bedii vasfı bulunmayan her nevi **teknik ve ilmi mahiyette** fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri”.

olarak tanımlanmış ve daha sonra bu eser türü ile ilgili örnekleme gidilmiştir¹⁹⁰. Sözleşme ile, ilim ve edebiyat eserleri ile ilgili geniş bir çerçeve çizilmiş, keskin bir sınır çizilmekten kaçınılmıştır; bunun sebebi eser türlerinin kapsamının ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilmesidir¹⁹¹. Gerçekten de Kıta Avrupası hukukunda ve Anglo-sakson hukukunda eser türlerinin kapsamı hususunda farklılıklar bulunabilmektedir.

2. Musiki Eserleri

FSEK’te düzenleme alanı bulan bir diğer eser türü musiki eserleridir. Musiki eserleri ses ile ifade edilen, diğer bir anlatımla işitme duyusuna hitap eden eserler olarak da tanımlanabilir¹⁹². Yani burada koruma konusu olan şey, beste yani sestir. Bestenin sözlü yahut sözsüz olması ya da icra edildiği vasıta önem taşımaz¹⁹³. Önemli olan, söz konusu bestenin ses örgüsünün ilk defa o bestekar tarafından kullanılmış olması, bir diğer deyişle onun tarafından oluşturulmuş olmasıdır. Yoksa var olan bir bestenin farklı şekilde yorumlanması, farklı enstrümanlar kullanılarak yeniden çalınması durumunda yeni bir eserden değil, işlenme eserinden bahsedilecektir¹⁹⁴.

Kanunumuzda “*her türlü sözlü ve sözsüz beste*” musiki eseri olarak korunur. Bu durumda sözsüz musiki eserlerinde besteler; sözlü musiki eserlerinde ise hem besteler hem de güfteler musiki eseri korumasından yararlanacaktır¹⁹⁵. Bern Sözleşmesi bakımından da korumanın kapsamı bu şekildedir. Maddede “sözlü yahut sözsüz musiki eserleri” nin korunacağı düzenlenmiştir¹⁹⁶. Fakat musiki eserlerinde korumanın kapsamı ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir. ABD ve Fransız hukuklarında Sözleşme ile paralel olarak korumanın beste ile birlikte güfteyi de kapsadığı kabul edilmekteyken¹⁹⁷;

¹⁹⁰ M. 2 (1): “The expression “literary and artistic works” shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings; lectures, addresses, sermons and other works of the same nature”. http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283693 (9 Aralık 2017).

¹⁹¹ Sterling ve Cook, s. 262; Antoine Latreille, “From Idea to Fixation: A View of Protected Works”, Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (133-147), s. 134; Ulmer, s. 34-35; Beşiroğlu, s. 81; Goldstein ve Hugenholtz, s. 188.

¹⁹² Yarsuvat, s. 46; Erel, s. 63; Ayiter, s. 48; Gökyayla, s. 88.

¹⁹³ Ayiter, s. 48; Arslanlı, s. 21; Yarsuvat, s. 46; Erel, s. 48.

¹⁹⁴ Erel, s. 64.

¹⁹⁵ Öztrak, s. 23; Arslanlı, s. 22; Gökyayla, s. 87; Erel, s. 63; Beşiroğlu, s. 85; Yarsuvat, s. 46-47.

¹⁹⁶ M. 2 (1): “...musical compositions with or without words”. Sözleşme metninin tamamı için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283693 (9 Aralık 2017).

¹⁹⁷ Sterling ve Cook, s. 264-265; Goldstein ve Hugenholtz, s. 198.

İngiliz hukukunda ise beste ve güftenin ayrı ayrı korunacağı kabul edilmekte ve sadece beste musiki eseri olarak kabul edilmektedir¹⁹⁸.

3. Güzel Sanat Eserleri

Güzel sanat eserleri Kanunun 4. maddesinde düzenlenmiştir¹⁹⁹. Maddeye göre bir eserin, güzel sanat eseri sayılması için maddede sayılan türlerden birine girmesi ve estetik değere sahip olması gerekir. O halde, ancak estetik değere sahip olan ve belirli bir yerde sabitlenmiş olan eserler güzel sanat eseri olabilir²⁰⁰. Sabitlenmekten anlaşılması gereken eserin, iki boyutlu, karikatürün kâğıt üzerine çizilmesi ya da tuvale yağlı boya tablonun yapılması yahut üç boyutlu olarak, bir heykelin ya da bir mimari eserin yapılması, vücut bulmasıdır. Bu bağlamda güzel sanat eseri sayılan eserler, görme duyusuna hitap eden eserlerdir²⁰¹.

Bern Sözleşmesi'nde güzel sanat eserleri örnekleme yoluyla sayılmış²⁰², fakat hukukumuzdaki gibi bir eserin güzel sanat eseri sayılması için aranan estetik değere sahip olma şartı aranmamıştır.

¹⁹⁸ İngiliz Telif Hakkı, Dizayn ve Patent Kanunu m. 3/1(d): ““musical work” means a work consisting of music, exclusive of any words or action intended to be sung, spoken or performed with the music.” Kanun metninin tamamı için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/3> (11 Aralık 2017); İngiliz hukukundaki bu yaklaşım beste ve güftenin eser sahiplerinin farklı kişiler olabileceği varsayımından kaynaklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Laddie, Prescott ve Vitoria, **Volume I**, s. 43-44; Sterling ve Cook, s. 265; Goldstein ve Hugenholtz, s. 198; Bainbridge, s. 41; Lester ve Mitchell, s. 6-7; Cornish, Llwelyn ve Aplin, s. 441-442.

¹⁹⁹ FSEK m. 4: “Güzel sanat eserleri, estetik değere sahip olan;

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, serigrafi

Heykeller, kabartmalar ve oymalar,

Mimarlık eserleri,

El işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları,

Fotoğrafik eserler ve slaytlar,

Grafik eserler,

Karikatür eserleri,

Her türlü tiplerdir.

Krokiler, resimler, maketler, tasarımlar ve benzeri eserlerin endüstriyel model ve resim olarak kullanılması, düşünce ve sanat eserleri olmak sıfatlarını etkilemez.”

²⁰⁰ Lester ve Mitchell, s. 9; Cornish, Llwelyn ve Aplin, s. 442; Tekinalp, s. 117; Arslanlı, s. 23; Öztrak, s. 25; Ayiter, s. 51; Erel, s. 70; Gökyayla, s. 92.

²⁰¹ Erel, s. 70; Gökyayla, s. 92; Ayrıca bu eser türünün İngiliz hukukunda “works of visual art” (görsel sanat eserleri) ya da “artistic works” olarak adlandırılması bu noktada dikkat çekici bir husustur. Aplin ve Davis, s. 95.

²⁰² M. 2 (1): “...; works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography; photographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to photography; works of applied art; illustrations, maps, plans, sketches and three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science.” Sözleşme metninin tamamı için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283693 (9 Aralık 2017).

4. Sinema Eserleri

Sinema eserleri, Kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede sinema eseri; tespit edildiği materyale bakılmaksızın her çeşit bedii, ilmi, öğretici yahut teknik mahiyeti bulunan birbiriyle bağlantılı hareketli görüntüler dizisi olarak tasvir edilmiştir. Ayrıca maddeye göre, bir filmin sinema eseri olarak sayılması için güzel sanat eserlerinden farklı olarak bedii vasfı taşıması gerekmediği gibi, tespit edildiği materyal yahut filmin sesli yahut sessiz film olması da önem taşımaz.

Bern Sözleşmesi'nin ilk metninde sinema eserleri ayrı bir eser türü olarak koruma altına alınmamıştır. Teknolojinin ve film sektörünün gelişmesi sinema eserlerinin de korunması ihtiyacını doğurmuştur. Bu gelişmeler ışığında 1948 yılında Brüksel'de yapılan tadil ile sinema eserleri ayrı bir eser türü olarak kabul edilmiş ve koruma kapsamına alınmıştır²⁰³. Sözleşmede sinema eserleri ile ilgili ayrıntılı bir açıklama bulunmamakla birlikte genel bir tanımlama verildiği söylenebilir²⁰⁴. Anglo-sakson hukukunda sinema eseri ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış ve sinema eserinin kapsamı geniş yorumlanmıştır²⁰⁵. Fransız hukukunda ise sinema eserleri “görsel-işitsel eser” (audiovisual work) olarak kategorize edilmiş ve bu eser türü ile bilgisayar oyunları ve internet siteleri dahil geniş bir koruma yelpazesi çizilmiştir²⁰⁶. Buna karşın Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil bazı devletlerde sinema eserlerinin bugün dahi ayrı bir eser türü olarak kabul edilmediği, ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edildiği görülmektedir²⁰⁷.

5. İşlenmeler ve Derlenmeler²⁰⁸

İşlenme eser, bir eserden yararlanmak suretiyle meydana getirilen ilk esere bağlı ve fakat farklı bir forma kavuşturulmuş yeni bir eserdir. FSEK'in 6. maddesinde düzenlenen işlenme ve derlenmeler, hukuki dayanağını eser sahibinin “işleme

²⁰³ Beşiroğlu, s. 107-108; Goldstein ve Hugenholtz, s. 196; Arslanlı, s. 26; Yarsuvat, s. 50.

²⁰⁴ M. 2 (1): “...cinematographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to cinematography.” Sözleşme metninin tamamı için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283693 (9 Aralık 2017).

²⁰⁵ Lester ve Mitchell, s. 20; Bainbridge, s. 44 vd.; Cornish, Llwyn ve Aplin, s. 447 vd.; Goldstein ve Hugenholtz, s. 203.

²⁰⁶ Goldstein ve Hugenholtz, s. 204.

²⁰⁷ Goldstein ve Hugenholtz, s. 203-204.

²⁰⁸ İşlenme ve derlenmeler FSEK'te eser türleri kenar başlığı altında incelenmemiş olmakla birlikte Kanunda sayılan özellikleri haiz olmaları durumunda eser sayılmaları ve ayrıca yabancılık unsur taşıyan telif hakkı sözleşmelerinde sıklıkla karşılaşılmaması sebebiyle çalışmamız bakımından eser türleri kapsamında incelenmesi uygun bulunmuştur.

hakkı”ndan alır²⁰⁹. Bu suretle bir eserin işlenmesi yahut derlenmesi ancak eser sahibinin rızası nispetinde mümkündür. Ayrıca bu eserler, yabancılik unsuru içeren bir eserin işlenmesi yahut derlenmesi sonucu da oluşabilmesi ve özünde telif hakkının devri sözleşmesi barındırması dolayısıyla çalışmamız bakımından son derece önemlidir.

İşlenme eser, kanunun ifadesiyle “müstakil” bir eser olmayıp diğer bir eserden yararlanmak suretiyle meydana gelmektedir²¹⁰. Buna göre bu eserin taşınması gereken iki kriter bulunmaktadır. Bunlardan ilki, işlenme eserin yararlanılan eserin özelliklerini yansıtmamasıdır. İşlenme eser, ilk eserden bağımsız kabul edilemeyeceği için yararlanılan eserin bütünlüğünü bozacak ve esasını değiştirecek şekilde ekleme yahut çıkartma yapılamaz²¹¹. Diğerisi ise, işlenme eserin işleyen hususiyetini taşımasıdır²¹². Yani işlenme eser, hem yararlanılan esere bağımlı olup onun aslına sadık kalmalı hem de sahibinin hususiyetini taşımalı, diğer bir ifade ile ona özgü olmalıdır. Sahibinin hususiyetini taşımayan herkes tarafından yapılabilecek işlemler, eser korumasından yararlanamayacaktır. Diğer yandan, yararlanılan eserin aslına sadık kalınmayan eserlerin de işlenme eser vasfından söz edilemeyecektir²¹³.

Bern Sözleşmesi’nin 2. maddesinin 3. fıkrası işlenme eserleri düzenlemektedir. Maddede, çeviriler, uyarlamalar ve müzik aranjmanları gibi işlenme eserlerin orijinal eser sahibinin eser üzerindeki hakkına hâlel getirmeksizin ve ayrı bir eser olarak korunacağı hüküm altına alınmıştır²¹⁴. Düzenleme bir yanıyla FSEK ile paralel bir koruma öngörmektedir. FSEK’e göre de işlenme eser, yararlanılan esere bağlı olmak ve eserin ve eser sahibinin haklarına zarar vermemek kaydıyla ayrı bir eser sayılır ve işlenme eser sahibinin bu eser üzerinde telif hakkı mevcuttur²¹⁵. O halde iki düzenleme bakımından da

²⁰⁹ Mustafa Reşit Belgesay, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi**, İstanbul: Temel Yayınları, 2001, s. 35, (Şerh).

²¹⁰ FSEK m. 6: “Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip bu esere nispetle müstakil olmanın ve aşağıda başlıcaları yazılı fikir ve sanat mahsulleri işlenmedir”.

²¹¹ Böyle bir değişiklik yapılması aynı zamanda eser sahibinin manevi hakkının ihlali anlamına da gelmektedir. Engin Erdil, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler**, İstanbul: Beta Basım, 2003, s. 46, (İşlenme Eserler); Belgesay, **Şerh**, s. 36; Erel, s. 76; Gökyayla, s. 108; Tekinalp, s. 124; Öztrak, s. 34.

²¹² Erdil, **İşlenme Eserler**, s. 44; Arslanlı, s. 30; Tekinalp, s. 124; Ayiter, s. 61; Öztrak, s. 34-35; Yarsuvat, s. 53; Gökyayla, s. 109; Erel, s. 76.

²¹³ Burada, söz konusu eser bağımsız bir eser olabilme vasfını haizse bağımsız bir eserden bahsedilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, s. 109; Tekinalp, s. 125-126; Arslanlı, s. 29-30.

²¹⁴ M. 2(3): “Translations, adaptations, arrangements of music and other alterations of a literary or artistic work shall be protected as original works *without prejudice to the copyright in the original work*.” Sözleşme metninin tamamı için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283693 (15 Aralık 2017).

²¹⁵ FSEK m. 8/2: “Bir işlenmenin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla onu işleyendir.”.

işlenme eser üzerindeki hakkın, yararlanılan eserin sahibi tarafından dahi kullanılması mümkün değildir. Ancak sözleşme hükmünde Türk hukukundan farklı olarak “asıl eser sahibinin izni olmaksızın” ibaresi de bulunmaktadır.

İşlenme ve derlenme eser türleri 6. maddede örnekleme yoluyla sayılmıştır. Bu eser türlerinden ilki, ilk bentte sayılan tercümelerdir. Gerçekten de bir eserin tercüme edilerek başka bir dile çevrilmesi durumunda ilk esere bağlı yeni bir işleme (tercüme) eser söz konusu olacaktır. Örneğin, Ahmet Hamdi Tanpınar’ın ünlü eseri “Saatleri Ayarlama Enstitüsü” 2007 yılında Timour Muhidine tarafından “L’Institut de Remise a L’Heure des Montres et des Pendules” ismiyle Fransızca’ya çevrilmiş ve Actes Sud tarafından yayınlanmıştır. Söz konusu tercümenin Tanpınar’ın eserine bağlı olduğu konusunda şüphe yoktur. Ancak tercümanın bu eseri tercüme ederken bire bir aktarım yapması mümkün değildir. Diğer bir deyişle bu çeviriye kendi üslubunu katması kaçınılmazdır. Bu sebeple çeviri dahi olsa bu eserin sahibinin hususiyetini taşıdığı hususunda da şüphe duyulmamalıdır. Burada ilk eserin sahibinin hakları saklı kalmak kaydıyla, çevirmenin de tercüme eser üzerinde telif hakkı olduğu tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Bu cümleden olarak, L’Institut de Remise a L’Heure des Montres et des Pendules adlı roman üzerinde Ahmet Hamdi Tanpınar’ın hakları saklı kalmak kaydıyla, Timour Muhidine’in telif hakkı bulunmaktadır.

İşlenme eser türleri bakımından dikkat çekici husus ikinci bentte bulunan eserlerin işlenerek yine aynı türde bulunan başka bir esere dönüştürülmesi zorunluluğudur. Buna göre, bir ilim ve edebiyat eseri, işlenmek suretiyle yine bir ilim ve edebiyat eserine, örneğin bir roman bir tiyatro piyesine, musiki eseri yine bir musiki eserine çevrilmelidir. Bunun istisnası üçüncü bentte bulunmaktadır. Bentte, musiki, güzel sanat yahut ilim ve edebiyat eserinin film haline çevrilmesi diğer bir ifadeyle sinema eserine çevrilmesine müsaade edilmektedir. Vincent Van Gogh’un eserlerinden ilhamla yapılan 65.000 özel yapım yağlı boya tablodan oluşan “Loving Vincent” isimli animasyon film bu bendin belki de en güzel örneğidir. Film, Van Gogh’un eserlerinden ilhamla ve hatta bu eserler kullanılarak oluşturulmuştur. Bunun yanında filmi oluşturan yağlı boya tabloların her biri de yine Van Gogh’un bir tablosundan ilhamla yapılmıştır. Bu kapsamda bu tablolar da eser niteliğini haizdir.

Maddede ayrıca derlenme eserlerden de bahsedilmektedir. Örneğin, eser sahibinin bütün veya aynı cinsten olan eserlerinin külliyat halinde toplanması²¹⁶ ve belirli bir amaç ve plan dahilinde seçme ve toplama eserlerin tertibi²¹⁷ derleme eser türüne örnektir.

C. Eser Sahibi Kavramı

Eser sahibi, telif hakkının sahibi ve telif hakkı sözleşmesinin tarafı olan kişidir. O halde öncelikle kimin yahut kimlerin, hangi şartlar altında ve ne zaman eser sahibi olacağının tespitinin yapılması gerekir. FSEK 8. maddesinde eser sahibini eseri meydana getiren kişi olarak tarif etmiştir. Eseri meydana getiren kişi, bu hakkı eseri meydana getirmesi dolayısıyla kendiliğinden (ipso jure) kazanır²¹⁸. Hukukumuz bakımından hakkın kazanılması için herhangi bir bildirim yahut tescil işlemine gerek olmadığı gibi bu hakkın kazanılması için eser sahibinin taşıması gereken bir nitelik de bulunmamaktadır²¹⁹. Bu durumda ayırt etme gücüne sahip olmayan kişi dahi ortaya çıkarttığı fikri ürün eser vasfını taşıyorsa eser sahibi sayılabilecektir²²⁰.

Bern Sözleşmesi'nde eser sahibi ile ilgili bir tanım bulunmamakla birlikte Anglo-sakson ve Kıta Avrupası hukuklarında genel kabul, eser sahibinin eseri meydana getiren “gerçek kişi” olduğu yönündedir²²¹. Bu kabulün temelinde “yaratma gerçeği ilkesi” yatar²²². Genel kabul bu yönde olmakla birlikte, özellikle Anglo-sakson hukukunda tüzel kişilerin de ilk eser sahibi olabileceği kabul edilmiştir²²³. Buna karşın Kıta Avrupası hukukunda eser sahibinin sadece gerçek kişi olacağı yönünde daha katı bir yaklaşım bulunmaktadır²²⁴. Türk hukukunda da “yaratma gerçeği ilkesi” uyarınca eser sahibinin ancak gerçek bir kişi olacağı kabul edilmektedir²²⁵. Bununla beraber bir iş

²¹⁶ FSEK m. 6 (6).

²¹⁷ FSEK m. 6 (7).

²¹⁸ Laddie, Prescott ve Vitoria, **Volume I**, s. 545; Tekinalp, s. 138; Yarsuvat, s. 57; Ayiter, s. 85; Erdil, s. 27; Gökyayla, s. 203; Erel, s. 86; Bainbridge, s. 58; Suluk, Karasu ve Nal, s. 80.

²¹⁹ Ayiter, s. 85; Erel, s. 87; Erdil, s. 27-28; Yarsuvat, s. 57; Suluk, Karasu ve Nal, s. 80.

²²⁰ Erdil, s. 28; Erel, s. 87; Ayiter, s. 85.

²²¹ Sibel Özel, “Türk Sinemasının 100. yılında Hukuki Açıdan Sanstir ve Telif Hakları”, Nurşen Mazıcı (Ed.), **Türk Sinemasının 100. Yılına Armağan** (içinde-159-182), s. 174; Aplin ve Davis, s. 133; Cornish, Llwelyn ve Aplin, s. 404; Goldstein ve Hugenholtz, s. 245; Tekinalp, s. 136; Ulmer, s. 37; Suluk, Karasu ve Nal, s. 80; Eser sahibi kavramı bakımından İngiliz hukukundaki gelişim için bkz. Laddie, Prescott ve Vitoria, **Volume I**, s. 546-547.

²²² Erel, s. 87; Gökyayla, s. 200; Ayiter, s. 85; Suluk, Karasu ve Nal, s. 80; Goldstein ve Hugenholtz, s. 245.

²²³ Dardağan, s. 66; Goldstein ve Hugenholtz, s. 245; Tekinalp, s. 134.

²²⁴ Goldstein ve Hugenholtz, s. 246; Ayiter, s. 85.

²²⁵ Her ne kadar 5101 sayılı Kanunla getirilen değişikliklerle FSEK m. 1/B (1) b bendinden “gerçek” ifadesi çıkarılmış olsa da doktrinde tüzel kişilerin fikri faaliyet içinde bulunmaları mümkün olmadığı gerekçesi ile eseri meydana getiren

sözleşmesi uyarınca, işverenin yahut tüzel kişinin talimatları ile oluşturulan eserler bakımından bu eserler üzerindeki mali hakların sözleşmede aksi belirtilmedikçe işverenler/tüzel kişiler tarafından kullanılacağı hüküm altına alınmıştır²²⁶. Dikkat edilmesi gereken husus burada işverenlerin yahut tüzel kişilerin eser sahibi olarak kabul edilmediği; bu kişilerin sadece eserden doğan mali hakları kullanma yetkisine sahip olduğudur²²⁷. Yani bu olasılıkta dahi eser sahibi, o eseri meydana getiren gerçek kişi yahut kişilerdir. İngiliz hukukunda ise bu durumda işverenin yahut tüzel kişinin ilk eser sahibi olduğunu kabul etmektedir²²⁸.

Bir eser tek bir kişi tarafından meydana getirilebileceği gibi birden çok kişi de bir eseri birlikte meydana getirebilir. Bir eserin birden çok kişi tarafından meydana getirilmesi durumunda ya “birlikte eser sahipliği” ya da “eser sahipliğinin birliği” gündeme gelir. FSEK’in 9. maddesinde düzenlenen birlikte eser sahipliği, birden fazla kişinin birlikte meydana getirdiği eserin parçalara bölünebilir olması ve her bir kişinin meydana getirdiği kısmın sahibi olması anlamına gelir. Yani burada aslında birden çok eser vardır ve bu eserler üzerindeki eser sahipliği, o eseri meydana getiren kişilerindir. Bununla beraber bu kişiler müşterek iradeleri ile bu eserleri bir araya getirip yeni bir eser oluşturmuşlardır²²⁹.

Eser sahipliğinin birliğinde ise, birden fazla kişinin birlikte meydana getirdiği eserin ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi söz konusudur²³⁰. Burada birlikte eser sahipliğinde olduğu gibi birden çok eser yoktur; ayrılmaz bir bütün teşkil eden tek bir eser vardır. Eseri

kişi olarak yorumlanamayacağı kabul edilmektedir. Tekinalp, s. 133-134; Gökyayla, s. 200; Erel, s. 87; Beşiroğlu, s. 173; Ayiter, s. 85.

²²⁶ FSEK m. 18/2: “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.”.

²²⁷ Bu şekilde istisnai kabuller “yaratma gerçeği ilkesi”nin katı şekilde kabul gördüğü Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de görülebilmektedir. Örneğin Fransız hukukunda bir işverenin hüküm ve tasarrufu altında işçilerce birlikte oluşturulan bilgisayar programlarında eser sahipliği ve ekonomik hakların kullanımı işverenlere verilmiştir. French Intellectual Property Code, L 113-9; Kanunun İngilizce metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations> (16 Aralık 2017).

²²⁸ İngiliz Telif Hakkı Kanunu m. 11 (2): “Where a literary, dramatic, musical or artistic work (or a film) is made by an employee in the course of his employment, his **employer is the first owner of any copyright** in the work subject to any agreement to the contrary.”; Ulmer, s. 38; Cornish, Llewellyn ve Aplin, s. 552; Laddie, Prescott ve Vitoria, **Volume I**, s. 559 vd.; Aplin ve Davis, s. 143; Bainbridge, s. 61 vd.; Kloss, s. 15.

²²⁹ Erel, s. 93; Ayiter, s. 93; Arslanlı, s. 72; Aplin ve Davis, s. 136; Bainbridge, s. 59; Bu kavram İngiliz hukukunda “toplu eser” (collective works), Alman hukukunda “bağlı eser” (verbundener Werke), Fransız hukukunda “ortak eser” (oeuvre collective) terimleri ile karşılanmaktadır. Beşiroğlu, s. 160-161; Tekinalp, s. 139.

²³⁰ FSEK m. 10/1: “Birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir.”.

meydana getiren kişilerin bu esere katkıları bölünemez ve bu kısımlar tek başına eser niteliği taşımazlar. Bu nedenle eseri meydana getiren kişilerin ayrı ayrı eser sahipliğinden bahsedilemez. Eser üzerinde bu eseri meydana getiren kişilerin tümünün iştirak halinde eser sahipliği vardır²³¹. Eser sahipliğinin birliğinde mali haklar, kural olarak eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılır²³².

Eser sahipliği bakımından ele alınması gereken bir diğer durum ise, sinema eserlerinde eser sahipliğidir. Gerçekten de sinema eserleri yapıları gereği tek bir kişinin meydana getirebileceği eserler değildir. Bir sinema eserinin ortaya çıkmasında yönetmenden senaryo yazarına, özgün müzik bestecisinden yapımcıya kadar birçok kişinin katkısı bulunmaktadır. Bu durumda sinema eserlerinde eser sahipliğinin ne şekilde olacağının tespit edilmesi gerekir. FSEK’de, yönetmen, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve özgün müzik bestecisinin sinema eserinin birlikte sahibi olduğu kabul edilmiştir²³³. Bu birliktelikten ne anlaşılabileceği ise açık değildir. Çünkü burada ne madde 9’da düzenlenen birlikte eser sahipliğinden ne de 10. maddede düzenleme alanı bulan eser sahipliğinin birliğinden bahsedilebilir. Sinema eserini oluşturan parçalardan bazıları örneğin, müzik bestecisinin sinema eseri için bestelediği musiki eseri tek başına eser vasfını haizken; yönetmenin sinema eserine katkısı tek başına eser vasfı taşımaz ve eserden ayrılamaz niteliktedir²³⁴. Bu yüzden sinema eserleri bakımından birlikte eser sahipliğini kendine özgü nitelikleri olan “sui generis” bir birliktelik olarak kabul etmek gerekir²³⁵.

Sinema eserlerinde eser sahipliği bakımından ülkeler birlikte eser sahipliğini kabul etmekle birlikte, kimlerin eser sahibi olduğu hususunda genel bir kabul bulunmamaktadır. Kıta Avrupası hukuk çevrelerinde, özellikle Fransız, Alman, İspanyol ve Portekiz hukuklarında, sinema eserlerinde eser sahiplerinin kimler olacağı kesin bir şekilde sayılmış ve bu kişilerin birlikte eser sahibi olduğu, fakat bu eser üzerindeki

²³¹ Ayiter, s. 96; Erel, s. 89; Bu kavram Beşiroğlu tarafından İngilizce “work of collaboration” terimi ile açıklanmıştır. Beşiroğlu, s. 166; Arslanlı, s. 68.

²³² FSEK m. 10/4; Bu hüküm, eser üzerindeki hakların eser sahibi dışında bir başka gerçek yahut tüzel kişi tarafından kullanılmasının hukukumuzdaki ikinci istisnasını oluşturur. İlk istisna için bkz. yuka. dn. 224.

²³³ FSEK m. 8/3; Ayrıca hükmün devamında canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatörün de eser sahipleri arasında kabul edileceği söylenmektedir.

²³⁴ Sinema eserleri bakımından önemli olan bir diğer nokta ise, sinema eserini oluşturan söz konusu parçaların özgün olması bir diğer ifadeyle bu sinema eseri için oluşturulmuş olması gerekliliğidir. Örneğin, sinema eserinde kullanılan senaryo bir başka ilim-edebiyat eserinin senaryoya çevrilmesi şeklinde oluşturulmuşsa burada işleme eserden söz edilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, s. 95-96.

²³⁵ Erel, s. 95.

ekonomik hakların yapımcıya devredildiği kabul edilmiştir²³⁶. İngiliz hukukunda ise, sinema eserlerinde eser sahibinin yapımcı ve yönetmen olduğu kabul edilmektedir²³⁷. Bu yüzden Bern Sözleşmesi’nde sinema eserlerinde eser sahipliğinin koruma talep edilen ülkenin iç hukuk hükümlerince belirleneceği belirtilmiştir²³⁸. Sözleşme, yeknesak bir düzenleme yapmak yerine kanunlar ihtilafı niteliği taşıyan bu hüküm ile bu konuda düzenleme yapma yetkisini ülkelerin iç hukuklarına bırakmıştır.

Eser sahibi, hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta kabul görmüş tanımıyla eseri meydana getiren kişidir. Bu noktada eseri meydana getiren kişinin kim olduğu tespitinin nasıl yapılacağı belirlenmelidir. Çünkü eser sahibi, meydana getirdiği eseri adını ya da müstear adını kullanarak veyahut adını belirtmeden kamuya sunabilir²³⁹. Bu, eser sahibinin manevi haklarından biri olan “adın belirtilmesi yetkisi” dir. Kanun, eser sahibinin bu hakkını göz önünde bulundurarak eser sahipliği bakımından karineler ortaya konulmaktadır. Bunlardan ilki, eserin üzerinde sahibinin adının ya da müstear adının belirtildiği eserler bakımındandır. Bu durumda eser sahibi aksi ispatlanıncaya kadar eser üzerinde adı belirtilen kimsedir²⁴⁰. Sahibinin adı belirtilmeden yayımlanmış eserler bakımından ise, eser sahibi 11. maddeye göre tespit edilemiyorsa yayınlayan yahut çoğaltanın eser sahipliğinden doğan hakları kendi namına kullanabileceği öngörülmüştür²⁴¹.

Bern Sözleşmesi’nin 15. maddesinde eserin üzerinde belirtilen adın yahut müstear adın sahibinin ihlal davası açabileceği söylenerek eserin üzerinde yazan adın eser sahipliği bakımından bir karine teşkil ettiği dolaylı olarak kabul edilmiştir²⁴². İngiliz ve Fransız hukuklarında eser sahibinin aksi ispatlanıncaya kadar eserin üzerinde adı belirtilen kişi olduğu kabul edilmektedir²⁴³. Alman hukukunda da eserin üzerinde adı belirtilen kişinin eser sahibi olduğu kabul edilmekle birlikte hukukumuzla benzer olarak eser üzerinde adın belirtilmediği durumlarda eserden doğan hakların editör ya da yayıncı

²³⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Beşiroğlu, s. 192 vd.; Ulmer, s. 37; Goldstein ve Hugenholtz, s. 255; Dardağan, s. 69.

²³⁷ İngiliz Telif Hakkı Kanunu m. 9(2)(a).

²³⁸ M. 14bis(2)(a): “Ownership of copyright in a cinematographic work shall be matter for legislation in the country wher protection is claimed.”

²³⁹ FSEK m. 15/1.

²⁴⁰ FSEK m. 11/1.

²⁴¹ FSEK m. 12/1.

²⁴² Goldstein ve Hugenholtz, s. 247-248.

²⁴³ İngiliz Telif Hakkı Kanunu m. 104(2); Fransız Telif Hakkı Kanunu L 113-1.

tarafından kullanılacağı düzenleme alanı bulmuştur²⁴⁴. ABD hukukunda bütün bu düzenlemelerden farklı olarak kişinin eserin üzerinde adı belirtilmemekle beraber tescil işlemleri kendi adına yapılmışsa tescilden itibaren beş yıl içinde eser sahibi olduğunu iddia etme hakkı bulunmaktadır²⁴⁵.

D. Eser Sahibinin Hakları

Eser sahibi, meydana getirdiği eser dolayısıyla mali ve manevi yönü bulunan telif hakkının sahibi olur. Hakkın ekonomik yönünü mali haklar, şahsi yönünü ise manevi haklar oluşturur. Bir bütün olarak telif hakkı çatısı altında korunan bu haklar birbirleriyle bağlantı içindedirler²⁴⁶. Öyle ki eser sahibi, ekonomik nitelikli bir hakkın devri durumunda dahi manevi haklarının ihlal edilmesi sebebiyle müdahale talep edebilecektir²⁴⁷.

FSEK’te eser sahibinin hakları, mali haklar ve manevi haklar başlıkları altında ve sınırlı sayım ilkesi uyarınca sayılmıştır²⁴⁸. Bu durumda eser sahibi, yalnızca Kanunda tanınmış olan hakları kullanabilecektir. Türk hukukunda hal böyle iken, hukuk sistemlerinde telif hakkının kapsamının farklı şekillerde ele alındığı görülmektedir. Örneğin Kıta Avrupası hukuk sisteminde eser sahibinin mali haklarının yanında manevi hakları da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir²⁴⁹. Anglo-sakson hukuk sisteminde ise, manevi haklar önemsizleşmiş, eser sahibinin mali hakları üzerinde durulmuştur²⁵⁰.

1. Manevi Haklar

Hukuk sistemlerindeki telif hakkı düzenlemelerinin farklılığının kaynağını manevi haklar oluşturmaktadır²⁵¹. Gerçekten de Kıta Avrupası hukukunda manevi haklar ayrıntılı ve geniş bir düzenleme alanı bulmuşken; Anglo-sakson hukukunda bu haklar eser sahibinin *doğal (tabii) hakkı* olarak görülmüş ve ayrıntılı bir şekilde

²⁴⁴ Act on Copyrights and Related Rights, sec. 10.

²⁴⁵ Goldstein ve Hugenholtz, s. 248.

²⁴⁶ Dardağan, s. 70; Gökyayla, s. 141; Yarsuvat, s. 81; Arslanlı, s. 78.

²⁴⁷ Arslanlı, s. 78; Goldstein ve Hugenholtz, s. 348; Gökyayla, s. 142.

²⁴⁸ Ayiter, s. 108-109; Gökyayla, s. 143; Dardağan, s. 71.

²⁴⁹ Dardağan, s. 71.

²⁵⁰ Dardağan, s. 71.

²⁵¹ Ansgar Ohly, “Economic Rights”, Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (212-241), s. 212.

düzenlenmemiştir²⁵². Bu sebeple Anglo-sakson hukukunda manevi haklara ilişkin düzenlenmeler yeni tarihlidir ve eser sahibine tanınan manevi haklar adın belirtilmesi yetkisi ve eserde değişiklik yapılmasını men etme yetkisi²⁵³ ile sınırlıdır. Bern Sözleşmesi de Anglo-sakson yaklaşımına benzer olarak manevi hakları bu iki hakla sınırlı olarak düzenlemiştir²⁵⁴. Türk hukukunda ise eser sahibine; kamuya sunma, adın belirtilmesi ve eserde değişiklik yapılmasını men etme yetkisi, eser sahibinin zilyet ve malike karşı yetkisi olmak üzere dört manevi hak tanınmıştır.

Kamuya sunma yetkisi dar anlamıyla eser sahibinin eseri alenileştirmesi anlamına gelmektedir. Eser, kamuya sunulması ile birlikte sahibinin hakimiyet alanından çıkıp hukuki koruma kapsamına girer²⁵⁵. Fakat kamuya sunma yetkisinin kapsamı bununla sınırlı değildir. Bu yetki aynı zamanda, kamuya arzın vaktini ve ne şekilde yapılacağının kararlaştırılmasını da içerir ve kullanımı münhasıran eser sahibine aittir²⁵⁶. Bu yetkinin ne şekilde kullanılacağına tespit edilmesi eserin istikbalini etkileyecek unsur olması bakımından önemlidir. Örneğin, bir eserin kamuya arzının internet aracılığıyla yapılması durumunda eser, bir anda bütün dünyanın dört bir tarafında ulaşılabilir hale getirmektedir. Bunun yanında televizyon yayımı ile kamuya arz edilen bir eser internete göre görece daha az dikkat çekici olmaktadır. Bu bakımdan kamuya arzın yönteminin eser sahibi bakımından tespit edilmesi gerekir. Kamuya sunma yetkisi Fransız ve Alman hukuklarında da düzenleme alanı bulmuştur²⁵⁷. Anglo-sakson hukukunda ise doğrudan bu hakla ilgili bir düzenleme olmamakla birlikte hakkın mali hakların içinde bulunduğu ve bu haklarla birlikte kullanıldığı kabul edilmektedir²⁵⁸.

Diğer bir yetki, eser sahibinin en başta gelen manevi hakkı olarak kabul edilen adın belirtilmesi yetkisidir. Adın belirtilmesi, eser sahibinin eserin kendisi tarafından

²⁵² Manevi haklar özellikle 1988 tarihli Copyright ile birlikte ayrıntılı bir şekilde düzenlenmeye başlamıştır. Sterling ve Cook, s. 415; Bainbridge, s. 77; Lester ve Mitchell, s. 364 vd.; Goldstein ve Hugenholtz, s. 346; Willem Grosheide, "Moral Rights", **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (242-266), Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009, s. 249.

²⁵³ FSEK'de öngörülen manevi haklar bakımından terim birliği bulunmamaktadır. Haklardan bazıları yetki olarak adlandırılırken; bir kısmı bakımından "hak" kelimesi kullanılmaktadır. Çalışmamızda terim birliğinin sağlanması için sistematik açıdan doğru olduğunu düşündüğümüz yetki terimi kullanılmıştır.

²⁵⁴ Stömholm, s. 24; Keeling, s. 285-286; Goldstein ve Hugenholtz, s. 346; Aplin ve Davis, s. 163.

²⁵⁵ Sterling ve Cook, s. 405; Ayiter, s. 111; Arslanlı, s. 80; Tekinalp, s. 154, 166; Beşiroğlu, s. 213.

²⁵⁶ FSEK m. 14/1.

²⁵⁷ Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu, m. L 121-2; Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Hakkında Kanun, m. 12(2).

²⁵⁸ Goldstein ve Hugenholtz, s. 353-354.

meydana getirildiğini kamuya sunması anlamına gelir²⁵⁹. Eser sahibine başta Türk hukukunda olmak üzere Kıta Avrupası ve Anglo-sakson hukukunda ve uluslararası sözleşmelerde adın belirtilmesi konusunda geniş bir yetki verilmiştir²⁶⁰. Bu yetki eser sahibinin eserinin, kendi adı, müstear adı veya adsız olarak kamuya sunulmasını kapsar ve münhasıran eser sahibi tarafından kullanılması gerekir.

Eser, muhtevası ve üslubuyla bir bütünlük arz eder ve sahibinin izni olmaksızın eser üzerinde herhangi bir değişiklik yapılamaz²⁶¹. Diğer bir deyişle eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını men etme yetkisi bulunmaktadır. Bu yetki, eser sahibinin manevi haklarının içinde yer alır ve eserin adı, eser sahibinin adı yahut eserin içeriğinde yapılacak ekleme, kısaltma ve her türlü değişikliği kapsar²⁶². Fakat, eser sahibinin işleme, yayma, çoğaltma gibi mali haklarını devrettiği durumlarda bu hakları devralan tarafın eser sahibinin hususi izni olmaksızın eserde değişiklik yapabileceği öngörülmüştür²⁶³. Bunun sebebi, devredilen hakların kullanımının eserde değişiklik yapılmasını zorunlu kılmasıdır. Hakikaten de bir eserin işleme hakkını devralan bir kimsenin eserde değişiklik yapmadan bu hakkını kullanabilmesi düşünülemez. Yapılan bu değişiklikler bakımından kabul edilen sınır eser sahibinin şeref ve itibarıdır. Buna göre, eser üzerinde kayıtsız şartsız olarak değişiklik yapılmasına izin verilmiş olması durumunda dahi sahibinin şeref ve itibarını zedeleyici değişiklikler kabul edilemez ve bu değişiklikler eser sahibi tarafından her zaman men edilebilir²⁶⁴. İngiliz hukukunda bu sınır, “aşağılayıcı muamele” ile formüle edilmiş²⁶⁵; Alman hukuku ise bunu sahibinin dürüstlük kuralı uyarınca izin vermeyeceği düşünülen her türlü değişiklik olarak tanımlamıştır. Söz konusu sınır, Bern Sözleşmesi’nde de eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde yapılan değişiklik olarak tasvir edilmiş ve 6. mükerrer maddesinde düzenlenmiştir²⁶⁶.

²⁵⁹ Bainbridge, s. 78; Sterling ve Cook, s. 406; Willem Grosheide, “Moral Rights”, **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (242-266), s. 251; Dardağan, s. 72.

²⁶⁰ FSEK m. 15/1; Fransız Telif Hakkı Kanunu, L 121-1; Alman Telif Hakkı ve Komşu Haklar Hakkında Kanun, sec. 13; İngiliz Telif Hakkı Kanunu m. 77; Bern Konvansiyonu m. 6bis (1).

²⁶¹ Dardağan, s. 72; Bainbridge, s. 85; Arslanlı, s. 84; Gökyayla, s. 153; Tekinalp, s. 158; Beşiroğlu, s. 220.

²⁶² FSEK m. 16/1: “Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz.”.

²⁶³ FSEK m. 16/2.

²⁶⁴ FSEK m. 16/3.

²⁶⁵ İngiliz Telif Hakkı Kanunu m. 80.

²⁶⁶ M. 6bis (1): “Independently of author’s economic rights, and even after the transfer of said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in the relation to, the said work, which would be **prejudicial to his honor or reputation.**”

Telif hakkı, gayri maddi mal üzerinde bulunan mutlak bir haktır ve bu hakkı üzerinde cisimlendiği maddi mal üzerindeki haklardan ayrı düşünmek gerekir²⁶⁷. Gerçekten de bir eserin telif hakkı sahibi ile eserin maliki her zaman aynı kişi olmayabilir. Örneğin, bir romanın mülkiyetine romanı satın alan herkes sahip olabilirken, o roman üzerindeki telif hakkı romanın yazarına aittir. Yahut bir yağlı boya tablonun ressamı bu eser üzerinde telif hakkını haizken, bu tablonun maliki yahut zilyedi bambaşka bir kişi olabilir. İşte tüm bu durumlarda maddi mal üzerindeki hak ile telif hakkı arasında denge kurulması lazım gelir²⁶⁸. Çünkü eserin mülkiyetinin devri, eser üzerindeki telif hakkının da devri anlamına gelmez²⁶⁹. Eserin mülkiyetinin yahut zilyedliğinin devri halinde dahi eser sahibinin malike ve zilyede karşı ileri sürebileceği hakları bulunmaktadır. Bu haklar Kanunun 17. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Bu hakları eser sahibinin eserden faydalanma ve eserin bütünlüğünü koruma yetkisi olarak iki başlık altında toplamak mümkündür²⁷⁰. Eserden faydalanma yetkisi, Kanunda belirli eser türleri için öngörölmüş olup eserin tek ve özgün olması durumunda eser sahibinin eserin aslının malik ve zilyedinden geçici bir süre için eserden yararlanmayı talep hakkını içerir²⁷¹. Eserin bütünlüğünü koruma yetkisi ile, eserin aslının malikinin eser üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırı çizilmiştir. Buna göre, eserin aslının maliki eser üzerinde eser sahibinin haklarına zarar vermemek, eseri bozup yok etmemek şartıyla tasarrufta bulunabilir²⁷². Bu hükmün mefhumu muhalifinden, eser sahibinin eser üzerindeki haklarına hâlel getirecek, eserin bozulmasına yahut yok olmasına yol açacak tasarrufları önleme konusunda manevi bir hakkı bulunduğu sonucunu çıkartmak mümkündür.

2. Mali Haklar

Mali haklar, telif hakkının ekonomik yönünü teşkil eder ve devredilebilir niteliktedirler. Eser sahibinin eserden iktisaden faydalanması bu hakların kullanımı ile

²⁶⁷ Arslanlı, s. 85; Öztrak, s. 58; Erel, s. 153; Gökyayla, s. 157; Ayiter, s. 118.

²⁶⁸ Gökyayla, s. 157.

²⁶⁹ FSEK m. 57/1: “*Asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, fikri hakların devrini ihtiva etmez.*”.

²⁷⁰ Ayiter, s. 118; Arslanlı, s. 85; Erel, s. 153; Yarsuvat, s. 94; Öztrak, s. 58.

²⁷¹ 17. maddenin 1. fıkrasında öngörölen eser türleri; 4. maddenin 1 ve 2. bentlerinde sayılan güzel sanat eserleri, 2. maddenin 1. bendinde sayılan ve sahibinin el yazısıyla yazılmış dil ve yazı ile ifade olunan ilim ve edebiyat eserleri; 3. maddede sayılan bestecisinin el yazısıyla yazılmış musiki eserlerinin asıllarıdır. Eserin tek ve özgün olması durumunda ise, eser sahibinin bu eseri kendisine ait tüm dönemleri kapsayacak çalışmalarda kullanmak için ve koruma şartlarına uyarak bu eseri geçici süreliğine aslın malikinden isteyebileceği kabul edilmektedir. (FSEK m. 17/3).

²⁷² FSEK m. 17/2: “*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.*”.

mümkündür²⁷³. Telif hakkı sözleşmesinin konusunu bu haklar oluşturur. FSEK'in 20. maddesinde mali hakların özellikleri hüküm altına alınmıştır. Buna göre eser sahibinin eserinden ekonomik olarak faydalanması ancak Kanunda mali hak olarak sayılan haklar ile olur. Yani, mali haklar bakımından da sınırlı sayım ilkesi bulunmaktadır²⁷⁴. Bu husus, eser sahibinin eserden iktisaden yararlanmasını kısıtlaması bakımından eleştirilmiştir²⁷⁵. Gerçekten de teknolojik gelişmeler doğrultusunda eser sahibinin eserinden farklı şekillerde istifade etme imkânı doğabilir²⁷⁶. Bu duruma örnek olarak Bern Sözleşmesi verilebilir. Sözleşmenin 1886 metninde eser sahibine sadece çeviri ile sınırlı olmak üzere işleme hakkı ve yayma hakkı tanınmışken; daha sonraki tadillerde bu haklara yeni haklar eklenmiştir²⁷⁷. Türk hukukunda eser sahibine, işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı, umuma iletim hakkı, pay ve takip hakkı olmak üzere toplamda altı çeşit mali hak tanınmıştır.

İşleme hakkı, Kanunun 21. maddesinde düzenlenmiş olup maddede, bir eserden işlemek suretiyle faydalanmanın münhasıran eser sahibine verilmiş bir hak olduğu görülmektedir. Eser sahibi bu hakkını kendi kullanabileceği gibi başkalarına da devredebilmektedir. Kanun koyucu eser sahibine işlenmenin şeklini tayin hakkı tanımıştır. Buna göre devralanın işleme hakkı eser sahibinin muvafakat ettiği hususlarla sınırlıdır²⁷⁸. Yani, eser sahibinin romanın tercüme edilmesi hususunda verdiği izin, bu romanın tiyatro piyesine çevrilmesini kapsamaz yahut romanın İngilizce'den Türkçe'ye çevrilmesi ile ilgili bir sözleşme yapılması durumunda bu sözleşme uyarınca aynı roman Fransızca'ya çevrilemez²⁷⁹. Bu sayılanların hepsi ayrı sözleşmelerin konusudur ve her bir işlem için eser sahibinden ayrı ayrı izin alınması gerekir. Fakat, bazı durumlarda işleme hakkının kullanımı diğer bir mali hakkın kullanımını zorunlu kılabilir²⁸⁰. Örneğin, romanın başka bir dile tercüme hakkını devralmış bir kişinin bu eseri yayınlama hakkı da

²⁷³ Keeling, s. 266; Dardağan, s. 76; Ayiter, s. 121; Beşiroğlu, s. 225; Tekinalp, s. 166; Erel, s. 157; Gökyayla, s. 160.

²⁷⁴ Arslanlı, s. 94; Erel, s. 157; Tekinalp, s. 167; Öztrak, s. 61; Gökyayla, s. 160; Ayiter, s. 121; Dardağan, s. 76.

²⁷⁵ Gökyayla, s. 161; Erel, s. 157-158; Ayiter, s. 121-122.

²⁷⁶ Beşiroğlu, s. 226; Tekinalp, s. 167; Gökyayla, s. 161; Erel, s. 158.

²⁷⁷ Teknolojinin gelişmesi doğrultusunda eklenen yeni haklar, radyo televizyonda yayım hakkı ve musiki eserlerinin mekanik ortamda yeniden uyarlanmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Goldstein ve Hugenholtz, s. 298.

²⁷⁸ Tekinalp, s. 169; Belgesay, *Şerh*, s. 74; Arslanlı, s. 95; Öztrak, s. 62; Ayiter, s. 123; Gökyayla, s. 163; Beşiroğlu, s. 276; Erdil, *İşlenme Eserler*, s. 94.

²⁷⁹ Öztrak, s. 62; Gökyayla, s. 163-164; Erdil, *İşlenme Eserler*, s. 94.

²⁸⁰ Erel, s. 160; Arslanlı, s. 95; Erdil, *İşlenme Eserler*, s. 94; Öztrak, s. 62; Ayiter, s. 123.

olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır²⁸¹. Bu zorunluluklar dışında kalan durumlarda ise işlenme eserin sahibi, işlenme eser üzerindeki mali haklarını ancak asıl eser sahibinin müsaade ettiği nispette kullanabilir²⁸².

İşleme hakkı, Bern Sözleşmesi'nde hukukumuzdaki gibi tek bir başlık altında düzenlenmemiştir. Farklı maddelerde işleme hakkı ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Sözleşmenin 12. maddesinde “right of adaptation” (uyarlama hakkı) başlığı ile düzenlenmiş ve bu hakkın münhasıran eser sahibine ait olduğu öngörülmüştür²⁸³. Bunun dışında 8. maddede tercüme hakkı; 14/1. maddede ise sinema eserlerinin uyarlanması ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Anglo-sakson hukuk çevresinde işleme hakkının ayrı bir hak olarak düzenlendiği görülmektedir. Fakat işleme hakkının kapsamı ülkelere farklı şekillerde ele alınmıştır. ABD hukukunda eser sahibinin esere bağlı işlenme eserler meydana getirebileceği hüküm altına alınmış ve işleme hakkı herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmamıştır²⁸⁴. İngiliz hukukunda hak, ilim ve edebiyat eserleri, tiyatro eserleri ve musiki eserleri ile sınırlandırılmıştır²⁸⁵. Fransız ve Alman hukukunda ise bu hak ayrı olarak düzenlenmemiş ve çoğaltma hakkının kapsamında ele alınmıştır²⁸⁶.

Çoğaltma hakkı, eserin nüshalarının oluşturulması anlamına gelip eser sahibinin eserinden ekonomik olarak faydalanması hakkının en önemli kısmını oluşturur²⁸⁷. Gerçekten de diğer mali hakların kullanılması çoğu zaman tamamlanmış bir eserin çoğaltılması ile gündeme gelir²⁸⁸. Çoğaltma hakkı, FSEK'in 22. maddesinde düzenlenmiştir²⁸⁹. Maddede bir eserin aslını veya kopyalarını her türlü şekil veya yöntemle çoğaltma hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

²⁸¹ Ernst Hirsch, “Türkiye’de Tercüme Hakkının Veçhi Tekamülü”, **İÜHFM**, Y. 1939, C. 5, s. 53, (Tercüme Hakkı); Erel, s. 159; Gökyayla, s. 163; Tekinalp, s. 169; Öztrak, s. 62; Arslanlı, s. 95-96.

²⁸² FSEK m. 20/4.

²⁸³ Bern Konvansiyonu m. 12.

²⁸⁴ Amerikan Telif Hakkı Kanunu m. 106 (2).

²⁸⁵ İngiliz Telif Hakkı Kanunu m. 21.

²⁸⁶ Goldstein ve Hugenholtz, s. 316; Dardağan, s. 80.

²⁸⁷ Arzu Genç Arıdemir, **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003, s. 52; Aplin ve Davis, s. 177; Tekinalp, s. 170; Dardağan, s. 76; Yarsuvat, s. 102.

²⁸⁸ Gökyayla, s. 167-168; Genç Arıdemir, s. 55.

²⁸⁹ Maddenin ilk fıkrası çoğaltma hakkını eser sahibine hasrederken; 2. fıkra çoğaltma yöntemleri örnekleme yoluyla sayılmış; 3. fıkra bilgisayar programlarının çoğaltılması düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Genç Arıdemir, s. 52 vd..

Buna göre, çoğaltma hakkının kullanımı münhasıran eser sahibine aittir. Fakat, eser sahibi bu hakkını kendi kullanabileceği gibi bir başkasına da devredebilir.

Eser sahibine tanınan ilk imtiyaz olan matbaacı imtiyazları eserin çoğaltılması hakkını içerir²⁹⁰. Bu bağlamda hakkın tarihsel olarak tanınan en eski hak olduğunu söylemek mümkündür. Hal böyle olmakla birlikte Bern Sözleşmesi'nin bu hakkı düzenlemesi 1967 tarihli Stokholm tadili ile olmuştur²⁹¹. Sözleşmede, eserin her türlü çoğaltma şekline karar verme hakkı eser sahibine verilmiştir²⁹². Alman hukukunda ve İngiliz hukukunda, Bern Sözleşmesi ile benzer olarak ayırım yapılmadan her tarz ve her miktarda çoğaltma hakkı eser sahibine hasredilmiştir²⁹³. Fransız hukukunda ve ABD hukukunda ise çoğaltma hakkının kapsamı ve çoğaltmanın hangi şekillerde yapılacağı ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır²⁹⁴.

Yayma hakkı, eserin çoğaltılmış nüshalarının kamuya sunulmak suretiyle tedavüle konularak eserden ekonomik olarak faydalanılması anlamına gelir²⁹⁵. Bu yüzden bu hak, çoğaltma hakkı ile bir bütün oluşturur²⁹⁶. Çünkü ancak çoğaltılmış bir eserde yayma hakkının kullanılması gündeme gelebilir²⁹⁷. Bir romanın ilk nüshasının eser sahibi tarafından yayımevine teslim edilmesi ve yayımevi tarafından 1.000 adet basılması çoğaltma hakkının; basılan bu eserlerin satışa sunulması ise yayma hakkının kullanılmasıdır. Görüldüğü gibi böyle bir örnekte eser çoğaltımı yapılmadan yayma hakkı kullanılamaz. Ancak eserin aslının kamuya sunulması, örneğin bir tablonun ilk defa sanat

²⁹⁰ Ansgar Ohly, "Economic Rights", Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (212-241), Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009, s. 213; Dardağan, s. 76; Yarsuvat, s. 103; Aplin ve Davis, s. 177.

²⁹¹ Beşiroğlu, s. 232; Ansgar Ohly, "Economic Rights", Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (212-241), s. 213-214; Goldstein ve Hugenholtz, s. 301; Aplin ve Davis, s. 177.

²⁹² Bern Konvansiyonu m. 9 (1).

²⁹³ İngiliz Telif Hakkı Kanunu m. 16: "*by whatever method or in whatever quantity*"; Alman Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Hakkında Kanun m. 16(1): "*in any material form*".

²⁹⁴ Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu, L 122-3; ABD Telif Hakkı Kanunu m. 106; Goldstein ve Hugenholtz, s. 301.

²⁹⁵ Sterling ve Cook, s. 444; Aplin ve Davis, s. 181; Eray Aksın Atar, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı ve Korunması**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 77; Ansgar Ohly, "Economic Rights", Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (212-241), s. 219; Arslanlı, s. 100; Öztrak, s. 63; Beşiroğlu, s. 251; Ayiter, s. 128; Dardağan, s. 77; Gökyayla, s. 170; Tekinalp, s. 172; Genç Arıdemir, s. 93; Yarsuvat, s. 105.

²⁹⁶ Gökyayla, s. 171; Ayiter, s. 128; Atar, s. 78; Ansgar Ohly, "Economic Rights", Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (212-241), s. 219.

²⁹⁷ Yayma hakkının düzenlendiği FSEK'in 23. maddesinde her ne kadar eserin aslının da yayma hakkının konusunu oluşturabileceği düzenleme alanı bulmuşsa da bu husus doktrinde eleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, s. 170-171; Ancak yayma hakkın çoğaltma hakkının çoğaltma hakkı kullanılmaksızın da gündeme gelebileceği unutulmamalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, s. 173; Atar, s. 78.

galerisine konulması yahut bir şarkının ilk defa seslendirilmesi, durumunda eserin yayma hakkının kullanılmasından bahsedilemez; bu durumda temsil veya umuma iletim hakkının kullanılmasından bahsedilir²⁹⁸. FSEK'in 23. maddesi yayma hakkını düzenlemiş ve hak eserin kiralama, ödünç verme, satışa çıkarma veya diğer yollarla dağıtılması olarak tanımlanmıştır.

Bern Sözleşmesi yayma hakkını ayrı bir hak olarak düzenlememiştir²⁹⁹. Esasen çoğaltma hakkı ile kıyaslandığında bu hakkın çok az ülke hukuku tarafından ayrı bir hak olarak düzenlendiği görülmektedir³⁰⁰. Fransız hukuku gibi bu hakkı ayrı bir hak olarak düzenlemeyen hukukların yayma hakkını çoğaltma hakkının içinde düzenlendiği kabul edilmektedir³⁰¹. Alman hukuku ve İngiliz hukukunda ise yayma hakkı, çoğaltılmış nüshaların kamuya sunulması ve ticaret mevkiine konulmasını kapsayacak şekilde ve ayrı bir hak olarak düzenleme alanı bulmuştur³⁰².

Yayma hakkı bakımından incelenmesi gereken bir diğer husus, hakkın ülke sınırları içinde ilk satışı ve dağıtımı yapıldıktan sonra eser sahibinin bu hakkı üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının kabul edilmesidir³⁰³. Tükenme ilkesi olarak adlandırılan bu ilkeye göre, eser sahibi yayma hakkını devrettikten sonra bu hakkın ülke sınırları içinde devralan tarafından kullanılmasına müdahale hakkını kaybeder³⁰⁴. Burada dikkat edilmesi gereken mesele Türk hukuku bakımından bu hakkın kısıtlama alanı ülke sınırlarıdır. Yani eser sahibinin yayma hakkı sadece söz konusu ülke sınırlarında tükenir. Bu halde, hakkın kullanılmasından sonra eser sahibinin eserinin yurtdışında yayımı için yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme yapması pek tabi mümkündür. Bu durum, “ülkesel

²⁹⁸ Erel, s. 170; Gökyayla, s. 170; Arslanlı, s. 101-102.

²⁹⁹ Ansgar Ohly, “Economic Rights”, Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (212-241), s. 219; Atar, s. 79.

³⁰⁰ Beşiroğlu, s. 248-249; Goldstein ve Hugenholtz, s. 303; Dardağan, s. 77.

³⁰¹ Dardağan, s. 77; Hak, Fransız hukukunda “droit destination” olarak adlandırılmış olup eserin bütün kullanım alanlarını kapsar şekilde geniş bir düzenleme içermektedir. Beşiroğlu, s. 249; Ansgar Ohly, “Economic Rights”, Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (212-241), s. 219.

³⁰² Alman Telif Hakkı ve Komşu Haklar Hakkında Kanun, m. 17(1); İngiliz Telif Hakkı Kanunu m. 18; Ansgar Ohly, “Economic Rights”, Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (212-241), s. 220.

³⁰³ FSEK m. 23/2.

³⁰⁴ Benedetta Ubertaini, “The Principle of Free Movement of Goods: Community Exhaustion and Parallel Imports”, Irini Stamatiou ve Paul Torremans (Ed.), **EU Copyright Law** içinde (38-52), s. 39; Genç Arıdemir, s. 112; Fakat bu durumda dahi eser sahibinin yayma hakkının diğer görünüm biçimleri olan kiralama ve kamuya ödünç verme haklarını kullanabilmesi mümkündür.

tükenme” olarak adlandırılır³⁰⁵. AB hukukunda ise tükenme ilkesinin görünüm biçimi “bölgesel tükenme”dir³⁰⁶. Yani, AB hukukuna dahil bir ülkenin hukukuna göre yayma hakkının kullanılması durumunda eser sahibinin yayma hakkı bölgesel olarak tükenir³⁰⁷. Tükenme ilkesinin bir diğer şekli “evrensel tükenme”dir. Evrensel tükenme sisteminde kullanılması ile birlikte hakkın korunduğu ve evrensel tükenmeyi kabul eden bütün hukuk sistemlerinde tükendiği kabul edilir³⁰⁸.

Temsil hakkı, bir eserin doğrudan duyulara hitap edecek şekilde kamuya sunulmasını içerir³⁰⁹. Bu bağlamda temsil hakkı eserin dış dünyaya aktarımı ile ilgilidir³¹⁰. Bir tiyatro eserinin örneğin, Oğuz Atay’ın Oyunlarla Yaşayanlar adlı eserinin İzmir Devlet Tiyatrosu tarafından sahnelenmesi temsil hakkının kullanımınıdır. FSEK’in 24. maddesinde temsil hakkı; eserden okumak, çalmak, oynamak ve göstermek suretiyle, doğrudan temsil şeklinde yahut bir teknik vasıta ile başka bir yere nakledilmek suretiyle, dolayısıyla temsil şeklinde kullanabileceği düzenlenmiştir³¹¹. Kural olarak bu hakkın kullanımı eser sahibine aittir. Eser sahibi bu hakkını bizzat kullanabileceği gibi bir başkasına da devredebilir.

FSEK’in 25. maddesi işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkını, kısaca eser sahibinin umuma iletim hakkını düzenlemiştir. Bu maddenin ilk hali sadece radyo ile yayını düzenlemekte iken 4630 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle hakkın kapsamı genişletilmiştir. Maddenin son hali, eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının radyo/televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayınlar vasıtasıyla yayınlanması yahut bu yayımların başka yayım kuruluşları tarafından tekrar

³⁰⁵ Adem Aslan, **Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli)**, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2004, s. 67; Sterling ve Cook, s. 448; Benedetta Ubertazzi, “The Principle of Free Movement of Goods: Community Exhaustion and Paralel Imports”, Irini Stamatoudi ve Paul Torremans (Ed.); **EU Copyright Law** içinde (38-52), s. 39-40; Genç Arıdemir, s. 116; Dardağan, s. 185; Atar, s. 120; Tekinalp ve Tekinalp, s. 686.

³⁰⁶ Benedetta Ubertazzi, “The Principle of Free Movement of Goods: Community Exhaustion and Paralel Imports”, Irini Stamatoudi ve Paul Torremans (Ed.); **EU Copyright Law** içinde (38-52), Fourth Edition, Croydon: Sweet & Maxwell, 2015, s. 47; Özcan, s. 111; Dardağan, s. 187; Sterling ve Cook, s. 448; Prime ve Booton, s. 9 vd.; Aslan, s. 70; Genç Arıdemir, s. 115-116; Ansgar Ohly, “Economic Rights”, Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (212-241), s. 221-222.

³⁰⁷ Prime ve Booton, s. 9-10; P. Bernt Hugenholtz, “Copyright without Frontiers: The Problem of Territoriality in European Copyright Law”, Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (12-26), s. 20; Laddie, Prescott ve Vitoria, **Volume I**, s. 724; Goldstein ve Hugenholtz, s. 305; Keeling, s. 129; Aslan, s. 70; Sterling ve Cook, s. 448; Tekinalp ve Tekinalp, s. 687, 689; Özcan, s. 111; Kur ve Dreier, s. 309-310.

³⁰⁸ Tekinalp ve Tekinalp, s. 686-687; Sterling ve Cook, s. 448; Aslan, s. 68-69; Genç Arıdemir, s. 115.

³⁰⁹ Dardağan, s. 78; Gökyayla, s. 172; Ayiter, s. 131; Yarsuvat, s. 107.

³¹⁰ Keeling, s. 272; Gökyayla, s. 173.

³¹¹ Ayiter, s. 131; Arslanlı, s. 104-105; Öztrak, s. 65; Dardağan, s. 79; Gökyayla, s. 173.

yayınlanmasını düzenlemektedir³¹². Buna göre, bir sinema filminin televizyon vasıtasıyla yayımlanması umuma iletim hakkının en bariz şeklidir.

Umuma iletim hakkı, temsil hakkının özel bir görünüm biçimi olarak kabul edilebilir³¹³. Hukuk sistemleri bu hakları ayrı ayrı düzenleyebildiği gibi umuma iletim hakkı kapsamında tek bir hak olarak da düzenleyebilmektedir³¹⁴. Bern Sözleşmesi de bu hakları ayrı ayrı düzenlemiştir. Bu kapsamda 11. maddesinde musiki eserlerinin ve tiyatro eserlerinin temsili yoluyla umuma iletimi³¹⁵; 11. mükerrer maddesinde eserlerin radyo ve televizyonda yayımı yoluyla umuma iletimi³¹⁶; 11. mükerrer maddesinde edebi eserlerin okunması yoluyla umuma iletimi³¹⁷ düzenlenmiştir. ABD hukukunda ise, hukukumuzla benzer olarak temsil ve umuma iletim hakkının ayrı ayrı düzenlendiği görülmektedir³¹⁸.

Eser sahibinin mali hakları kapsamında incelenmesi gereken son hak, pay ve takip hakkıdır. Bu hak, FSEK'in 45. maddesinde düzenlenmiş olup Kanun kapsamında sayılan güzel sanat eserlerinin eser sahibi tarafından satıldıktan sonra büyük değer kazanıp çok daha yüksek meblağlara tekrar satılması durumunda eser sahibinin yahut mirasçılarının bu değer artışından pay alması anlamına gelir³¹⁹. Gerçekten de bir eser, sahibi tarafından elden çıkarıldıktan sonra çok fazla değer kazanabilir. Kanun koyucu bu durumda eser sahibine bu artıştan pay alma hakkı tanımıştır. Bu hakkın kullanımı, diğer mali haklardan ayrı olarak belirli bir prosedüre tabi tutulmuştur. Buna göre, pay ve takip hakkı ancak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak bir kararname ile belirlenecek usul ve esaslar uyarınca kullanılabilir³²⁰.

³¹² FSEK m. 25/1.

³¹³ Gökyayla, s. 176.

³¹⁴ Goldstein/Hugenholtz, s. 317-318; Ansgar Ohly, "Economic Rights", Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (212-241), s. 226; Aplin ve Davis, s. 186.

³¹⁵ Bern Konvansiyonu m. 11.

³¹⁶ Bern Konvansiyonu m. 11*bis*.

³¹⁷ Bern Konvansiyonu m. 11*ter*.

³¹⁸ ABD Telif Kanunu'nun 106. maddesinde düzenlenen bu iki hak 4. fıkra eserlerin icra edilmesi, oynanması anlamında "perform"; 5. fıkra ekranda gösterilmesi, yayınlanması anlamında "display" kelimeleri ile açıklanmıştır.

³¹⁹ Dardağan, s. 81; Ayiter, s. 138; Arslanlı, s. 113; Yarsuvat, s. 113.

³²⁰ FSEK m. 45/1: "*Kararnamede:*

Bedel farkının yüzde onunu geçmemek şartıyla farkın nispetine göre tespit edilecek bir pay tarifi;
Bedeli kararnamede tespit edilecek miktarı aşmayan satışların pay vermek borcundan muaf tutulacağı;
Eser neveleri itibarıyla mesleki birliğin hangi kolunun ilgili sayılabileceği; gösterilir."

Pay ve takip hakkı, ilk defa Fransız hukukunda kabul edilmiş olup ayrı bir hak olarak düzenlenmişken³²¹; İngiliz hukukunda ve ABD hukukunda hükme konu olmamıştır³²². Bern Sözleşmesi'nin ilk metninde ise bu hak ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmede hak ile ilgili ilk düzenleme 1948 Brüksel tadili sonrasında 14. mükerrer maddesi ile yapılmış; hakkın kullanımı ülkelerin iç hukuklarına bırakılmıştır³²³. Maddeye göre hak, ancak eser sahibinin menşe ülkesi hukukunca tanındığı ve himayenin talep edildiği ülke hukukunun da buna müsaade ettiği durumlarda kullanılabilir³²⁴.

III. TELİF HAKKI SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Eser sahibi, meydana getirdiği eser üzerindeki telif hakkının sahibi ve bu hakkı kullanma yetkisini haiz olan kişidir. Bu hak, mali ve manevi yetkiler bahşeder. İşbu yetkilerin kullanım hakkı münhasıran eser sahibine aittir³²⁵. Fakat eser sahibi bu hakkını yahut hakkın kullanımını bir başkasına devredebilir. Bu devir çeşitli saiklerle gündeme gelir. Eser sahibinin böyle bir devir yapmasındaki en önemli saik, hiç kuşkusuz eserden iktisaden yararlanmak istemesidir³²⁶. Ayrıca eser sahibi, eseri meydana getirmiş olması dolayısıyla kendisine bahşedilen bu hakları her zaman tek başına kullanamaz yahut hayatın olağan akışında ondan bu hakları tek başına kullanması beklenemez³²⁷. Çünkü bu hakların kullanımı çoğu zaman belirli konularda teknik bilgi ve uzmanlık gerektirir. Gerçekten de bir roman yazarının kendi yazdığı romanı basıp yayınlaması yahut bir senaryo yazarının yazdığı piyesi sahnelemesi her zaman mümkün olmayacaktır. Tüm bu saiklerle eser sahibi eser üzerindeki haklarını yahut bu hakların kullanımını devreder. Bu devir ancak bir sözleşme ile mümkün olur.

³²¹ Dardağan, s. 81.

³²² Gökyayla, s. 179, dn. 566.

³²³ Arslanlı, s. 113; Goldstein ve Hugenholtz, s. 312-313; Dardağan, s. 81; Yarsuvat, s. 113; Gökyayla, s. 178-179; Ayiter, s. 139; Beşiroğlu, s. 304.

³²⁴ Bern Konvansiyonu m. 14ter(2).

³²⁵ FSEK m. 18/1.

³²⁶ Tekinalp, s. 212; Erel, s. 294.

³²⁷ Beşiroğlu, s. 634; Şirin Aydıncık, **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, İstanbul: Arıkan Yayın-Dağıtım, 2006, s. 40.

Sözleşmenin konusunu eser üzerindeki mali haklar oluşturur³²⁸. Buna göre sözleşme ile eserin yayma ve çoğaltma hakkı devredilebileceği gibi; temsil hakkı, umuma iletim hakkı yahut işleme hakkı da devredilebilir veya bu hakların kullanımları devre konu olabilir yahut bu haklar rehnedilebilirler. Eser sahibi dilerse bu hakların tümünü³²⁹ tek bir sözleşme ile, dilerse her birini ayrı sözleşmeler ile devredebilir³³⁰. Yani, eser sahibi eser üzerindeki yayma ve çoğaltma hakkını bir kişiye; temsil hakkını bir başka kişiye, umuma iletim hakkını bir başkasına devredebilir. O halde yayım sözleşmesi, temsil sözleşmesi, işleme sözleşmesi gibi telif hakkı ile ilgili birden çok sözleşme gündeme gelir. Biz çalışmamızda telif hakkına ilişkin bu sözleşmelerin tamamını ifade etmek için *telif hakkı sözleşmesi* terimini kullanmayı uygun görüyoruz.

Kanunda telif hakkına ilişkin sözleşmeler münferit olarak düzenlenmemiştir³³¹. Telif hakkı ile ilgili tip sözleşme niteliğini taşıyan tek sözleşme “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu³³²” (TBK)’nın sekizinci bölümünde düzenlenmiş olan “Yayım Sözleşmesi” dir³³³. Telif hakkına ilişkin diğer sözleşmeler ise isimsiz sözleşme niteliğindedir³³⁴. FSEK’in “Sözleme ve Tasarruflar” başlığı taşıyan dördüncü bölümü sözleşmelere ilişkin genel hükümler içermektedir.

³²⁸ Manevi haklar doğaları gereği devredilemez niteliktedirler. Fakat bazı durumlarda mali hakların devri manevi hakların da kullanımının da devredilmesi anlamına gelebilir. Örneğin, eser sahibi alenileşmemiş bir eserin çoğaltma ve yayma hakkını bir yayınevine devretmesi durumunda eserin umuma arz salahiyetinin kullanımını da devretmiş olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hirsch, s. 225-226; Ayiter, s. 195-196; Arslanlı, s. 171; Belgesay, Şerh, s. 134; Tekinalp, s. 212; Erel, s. 294; Gökyayla, s. 26; Mustafa Tüysüz, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, s. 69.

³²⁹ Böyle bir devir mevzu bahis olduğunda devredilen hakların tek tek sözleşmede gösterilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşmede gösterilmeyen mali hakların devredilmediği kabul edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. Birinci Bölüm, III, B.

³³⁰ Arslanlı, s. 171-172; Tekinalp, s. 212; Tüysüz, s. 73-74.

³³¹ FSEK’in hazırlanması aşamasında Prof. Dr. Ernst Hirsch, eserle ilgili sözleşme tiplerinin Kanunda düzenlenmesi gerektiğini savunmuş ve Kanunun öntasarısında da bu hükümlere yer verilmiştir. Fakat bu hükümler FSEK kapsamına alınmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hirsch, s. 240 vd.; Beşiroğlu, s. 632; Aydınçık, s. 41, dn. 212.

³³² RG T. 04.02.2011, S. 27836.

³³³ Yayın sözleşmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Canan Yılmaz, “Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu’na Göre Yayım (Neşir) Sözleşmesi”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007), s. 13 vd.; Azra Arkan Serim, **Yayın Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017, s. 1 vd.; Charles Clark, **Publishing Agreements A Book of Precedents**, Fourth Edition, London: Butterwords, 1993, s. 1 vd.; Yavuz, Acar ve Özen, s. 601 vd.; Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 17. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017, s. 581 vd..

³³⁴ İsimli sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 13 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s. 10 vd.; Erel, s. 295; Saibe Oktay Özdemir, “İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumlanması ve Boşlukların Tamamlanması”, **İÜHFH**, Y. 1996, C. LV, S. 1-2, s. 263, (İsimli Sözleşmeler); Doktrinde özellikle lisans sözleşmeleri için bu sözleşmelerin Kanunda ismen zikredilmiş ve hükümlerinin belirtilmiş olması dolayısıyla isimli sözleşme olmayacağı da savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. Gökyayla, s. 234; Tüysüz, s. 80-81.

B. Sözleşmenin Konusu

Telif hakkı sözleşmesinin konusunu eser üzerindeki mali haklar oluşturur. Kanunun 48. maddesinde eser sahibi ve mirasçılarının sahip oldukları mali hakları ya da bu hakların kullanım hakkını devredebileceği, lisans yahut Kanunun deyiimiyle ruhsat verebileceği³³⁵, hüküm altına alınmıştır. Bu noktada hakkın devri ile kullanım hakkının devrinin farkını açıklamak gerekmektedir. Hakkın devri; söz konusu hakkın, sahibinin malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına girmesi anlamına gelir³³⁶. Bu durumda devralan; devredilen hakları kendisi kullanabilir, sözleşmede aksine hüküm bulunmaması halinde bir başkasına devredebilir veya lisans verebilir³³⁷. Kullanım hakkının devrinde ise hak, sahibinin malvarlığından çıkmamakta; hakkı devralan bu hakkın sadece kullanım hakkını elde etmektedir³³⁸. Kanun, lisans sözleşmesinin iki şekilde yapılabileceğini öngörmüştür. Buna göre lisans; sadece devredilen kişiye verilmişse yani bir başkasına aynı hak üzerinde lisans verilmesi mümkün değilse; bir diğer deyişle verilen lisans ona mahsusla “tam/inhisari lisans”; lisansın hak sahibi tarafından başkasına da verilmesi mümkünse “basit lisans”tan bahsedilir³³⁹. Hak sahibi, inhisari lisans vermek istiyorsa sözleşmede bunun açık olarak belirtilmesi gerekir. Aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça verilen lisans basit lisans hükümlerine tabi olur³⁴⁰.

³³⁵ Lisans, hakkın kullanılmasının devredilmesi anlamına gelmektedir. Bu kurum, FSEK’te “ruhsat” terimi ile karşılanmıştır. Çalışmamızda bu kurumu lisans terimi ile ifade etmeyi uygun buluyoruz. Hukukumuzda fikri haklar üzerinde lisans sözleşmesi yapılabileceği kabul edilmekle birlikte sınai haklarla ilgili lisans sözleşmeleri ile daha sık karşılaşılmaktadır. Sınai haklarla ilgili lisans sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. B. Bahadır Erdem, **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, 2. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2002, s. 127 vd. (Patent Sözleşmeleri); Fügen Sargın, **Milletlerarası Unsurlu Patent Ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Turhan Kitapevi, 2002, s. 11 vd. (Marka Lisansı Sözleşmeleri); Ali Necip Ortan, **Patent Lisansı Sözleşmeleri**, Ankara: Doğan Basımevi, 1979, s. 14 vd.; Saibe Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2002, s. 9 vd.; Çağlar Özel, **Marka Lisansı Sözleşmesi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 53 vd.; Deniz Topcu, **Patent Lisans Sözleşmeleri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 41 vd..

³³⁶ Hirsch, s. 226; Arslanlı, s. 172; Ayiter, s. 196; Tekinalp, s. 213; Erel, s. 302; Tüysüz, s. 76; Özge Erbek, “Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, **DEÜHFD**, Y. 2009, C. 11, S. 2, s. 28; Doktrinde mali hakların devredilebilirliğini kabul etmeyen yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre eser sahibinin telif hakkı bölünemez bir bütün teşkil eder. Bu yüzden bu hakkın bölünerek bir parçasının eser sahibinin malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına girmesi mümkün değildir. Bu görüş için bkz. Beşiroğlu, s. 644, 646; Aydıncık, s. 43; Bu görüş FSEK’in hazırlık aşamasında Demirelli tarafından da ileri sürülmüştür. Demirelli’nin görüşü için bkz. Hirsch, s. 223-224.

³³⁷ Arslanlı, s. 173; Tekinalp, s. 213.

³³⁸ Ayiter, s. 200-201; Erel, s. 303-304; Hirsch, s. 227; Arslanlı, s. 173; Tekinalp, s. 213; Aydıncık, s. 47; Tüysüz, s. 78.

³³⁹ FSEK m. 56/1.

³⁴⁰ FSEK m. 56/2.

Bu noktada telif hakkı sözleşmeleri ile eserin mülkiyetinin devrini içeren sözleşmelerin farkını ortaya koymak gerekmektedir. Bilindiği gibi bir eser üzerindeki telif hakkı, eserin maddi varlığından bağımsız olup ayrı bir hukuki varlığa sahiptir³⁴¹. Bu bağlamda eser üzerindeki mali hakkın devri yahut lisans verilmesi anlamına gelen telif hakkı sözleşmesi eserin mülkiyetinin devri anlamına gelmemektedir. Bunun tam tersi olarak bir eserin mülkiyetinin naklini gerektiren sözleşmelerle de devralan bu eser üzerinde telif hakkı sahibi olmayacaktır³⁴². Örneğin; bir tablonun satın alınması, o tablonun mülkiyet hakkının satın alana geçtiği anlamına gelir. Fakat tablo üzerindeki telif hakkı, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı sürece eser sahibinde yani ressamda kalacaktır.

Hak sahibi, devretmek yahut lisans vermek istediği hakkını; süre, yer veya içerik olarak belirli sınırlamalarla devredebileceği gibi; bu hakkını herhangi bir sınırlamaya tabi tutmaksızın da devredebilir³⁴³. Örneğin, bir romanın, İngilizceye tercüme hakkı bir yayınevine, Almancaya tercüme hakkı başka bir yayınevine verilebilir. Yahut bir tiyatro oyununun temsil hakkı devredilmek istendiğinde bu temsil hakkı, belirli bölgeler ile sınırlı olmak üzere birden çok kişiye devredilebilir ya da temsil hakkı belirli sürelerle sınırlı olarak verilebilir.

Sözleşmede süre tayin edilmemişse hakkın koruma süresinin sona ermesine kadar devredildiği kabul edilir. Yani telif hakkı sözleşmesi için öngörülen azami süre koruma süresi ile sınırlıdır³⁴⁴. Ayrıca sözleşme ivazlı olabileceği gibi ivazsız da olabilir³⁴⁵. Fakat bu sözleşmelerin çoğunlukla eserden iktisaden yararlanma saikiyle

³⁴¹ Erel, s. 321.

³⁴² Bu husus FSEK'in 57. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Maddenin 1. fıkrasında sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı sürece mülkiyet hakkının devrinin telif hakkının devri anlamına gelmediği hüküm altına alınmıştır. 2. fıkrası ise bu duruma ve telif hakkı sözleşmeleri bakımından meri olan yazılı şekil şartına istisna teşkil edecek bir karine ortaya koymaktadır. Hükümde, güzel sanat eseri üzerinde çoğaltma hakkını haiz olan bir kimseden çoğaltma aletlerinin zilyetliğini iktisap eden kimsenin çoğaltma hakkını da iktisap etmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Burada ilk fıkranın aksine çoğaltma aletlerinin mülkiyetinin devrinin çoğaltma hakkının da devri anlamına geldiği kabul edilmektedir. Bu hüküm FSEK'in amacına uymaması dolayısıyla doktrinde eleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Beşiroğlu, s. 650-651; Arslanlı, s. 186, 188; Ayiter, s. 208; Tekinalp, s. 216; Erel, s. 321; Franko, s. 92-93; Gökyayla, s. 225; Tüysüz, s. 90-91.

³⁴³ FSEK m. 48/1.

³⁴⁴ Asuman Balverir Bozkurt, "Fikri Haklara İlişkin Sözleşmeler", **Kültür Bakanlığı İşbirliğiyle Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002 (Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku) 8-11 Ocak 2002**, C. II Ankara: Afşaroğlu Matbaası, 2003, s. 624; Arslanlı, s. 173; Ayiter, s. 196; Erel, s. 303; Franko, s. 74; Gökyayla, s. 229.

³⁴⁵ Belgesay, **Şerh**, s. 134; Yayın Sözleşmesi bakımından sözleşmenin bedel karşılığında yapılmaması durumunda dahi ivazlı olduğu görüşü için bkz. Nisim İ. Franko, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri**

yapıldığı düşünüldüğünde ivazlı olarak yapılması ihtimalinin daha yüksek olduğu görülecektir³⁴⁶.

C. Şekil

Telif hakkı sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekir³⁴⁷. Hüküm emredici nitelikte olup taraflar aralarında anlaşarak sözleşmenin yazılı olması koşulunu değiştiremezler. Sözleşmenin yazılı olarak yapılması geçerlilik şartıdır³⁴⁸. Buna göre, yazılı şekil şartına uyulmaksızın akdedilen sözleşmeler geçersiz sayılacaktır³⁴⁹. Bunun yanında devredilen hakların sözleşmede açık olarak belirtilmesi gerekir³⁵⁰. Bu durumda sözleşmeye bütün mali hakların devredildiğine dair konulan kayıtlar hüküm ifade etmeyecektir³⁵¹. Sözleşme ile hangi haklar devredilmek isteniyorsa bu hakların tek tek belirtilmesi gerekmektedir. Aksi halde sözleşme dar yorumlanır ve sözleşmede yazılı olmayan mali hakların devredilmediği kabul edilir³⁵². Örneğin, yayma hakkı ve çoğaltma hakkı pratikte çoğunlukla birlikte kullanılmasına rağmen bu hakların birlikte devri sözleşmede iki hakkın da devredildiğinin belirtilmesine bağlıdır. Yahut temsil hakkının devredilmesi, sözleşmede özel olarak belirtilmemişse umuma iletim hakkının da devredilmesi anlamına gelmeyecektir. İşleme hakkının devri durumunda da aynı husus gündeme gelmektedir. Bu hakkın bünyesinde birden çok işleme türü olması dolayısıyla hangi işleme türünün devredildiğinin açık olarak gösterilmesi gerekir³⁵³. O halde eserin tercüme hakkının devredilmesi, diğer bir işleme türü olan eserin tiyatro piyesi haline çevrilmesi hakkının da devredildiği anlamına gelmeyecektir. Çünkü bu haklar birbirinden

(BK 373-381), Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Gazetecilik ve Halkla İlişkiler Yüksek Okulu Basımevi, 1981, s. 5-6;

³⁴⁶ Balverir Bozkurt, s. 624.

³⁴⁷ FSEK m. 52: “Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır.”

³⁴⁸ Giritlioğlu, s. 36; Franko, s. 5; Hirsch, s. 230-231; Arslanlı, s. 176; Ayiter, s. 207; Tekinalp, s. 215; Erel, s. 319; Gökyayla, s. 220; Tüysüz, s. 88; Balverir Bozkurt, s. 623; Ayrıca sıhhat şartı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Necip Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası’dan 7 inci Tıpkı Bası, İstanbul: Filiz Kitapevi, 2017, s. 273; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 208; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 21. Bası, Ankara: Turhan Kitapevi, 2017, s. 146 vd.; Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 44 vd.; M. Kemal Oğuzman ve Turgut M. Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**; Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 139 vd. (Cilt I).

³⁴⁹ Senai Olgaç, **Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri- İlgili Kanunlar**, Ankara: Olgaç Matbaası, 1979, s. 27; Giritlioğlu, s. 43; Gökyayla, s. 221.

³⁵⁰ Arslanlı, s. 176; Ayiter, s. 207; Franko, s. 77; Tekinalp, s. 215, 217; Erel, s. 319; Beşiroğlu, s. 639; Tüysüz, s. 86.

³⁵¹ Ayiter, s. 207; Tekinalp, s. 215, 217; Erel, s. 319; Arslanlı, s. 177; Tüysüz, s. 74-75, 88; Franko, s. 77.

³⁵² Beşiroğlu, s. 651; Ayiter, s. 207; Belgesay, **Şerh**, s. 138; Franko, s. 77; Erel, s. 319; Tüysüz, s. 89.

³⁵³ Tekinalp, s. 214-215.

bağımsız haklar olup eser sahibinin bu hakları devretme konusunda serbestisi bulunmaktadır.

Kanunda herhangi bir mali hakkın devri yahut lisans verilmesinin işleme hakkının devredilmesi anlamına gelmeyeceği özel olarak hüküm altına alınmıştır³⁵⁴. Esasen bu hüküm 52. maddenin tekrarı niteliğindedir³⁵⁵. 52. madde ile mali hakların devrinin ancak devredilen hakların ayrı ayrı gösterilmesi ile gündeme geleceği kabul edilmiştir. Hükümün kapsamına işleme hakkının da girdiği tabii olarak kabul edilmektedir.

Mali haklar devredilirken devredilen hakların kapsamı sözleşme yapılırken yürürlükte olan kanuna göre belirlenir. Buna göre sözleşme yapılırken ileride çıkarılacak mevzuat hükümlerinin hak sahibine tanıyacağı muhtemel mali hakların devredilmesi ya da bu hakların lisans sözleşmesine konu yapılması mümkün değildir³⁵⁶. Kanunun genel felsefesi dikkate alındığında bunun mümkün olmaması devredilecek hakların tek tek gösterilmesi zarureti ile de açıklanabilir. Gerçekten de bir hakkın devredilmesi o hakkın devredildiğinin sözleşmede belirtilmiş olması şartına bağlıdır. Bu sebeple sözleşme kurulurken hak sahibinin sahip olmadığı ve sözleşmede de belirtilmeyen bir hakkın, hakkın doğumundan sonra başkasına devredileceğine dair yapılacak sözleşmeler batıl olacaktır.

D. Hukuki Niteliği

Kanunda özel olarak düzenlenmemiş sözleşmeler isimsiz sözleşme olarak adlandırılırlar. Gerek eser üzerindeki hakların devrine yönelik sözleşmeler gerekse lisans sözleşmeleri hakkında hukukumuzda özel bir düzenlenme bulunmamaktadır. Kanunda tip sözleşme olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen FSEK'te sözleşmeler ile ilgili hükümlerin bulunması, bu sözleşmelerin nitelendirilmesi hususunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Doktrinde bir görüş, Kanunda sözleşmeye ilişkin hükümlerin bulunmasının sözleşmenin isimli sözleşme olarak nitelendirilmesi

³⁵⁴ Bu husus FSEK m. 55'de düzenlenmiş ve aksi sözleşmede kararlaştırılmış olmadıkça bir mali hakkın devrinin veya lisans verilmesinin işleme hakkının devri anlamına gelmediği hükmüne bağlanmıştır. Bu maddenin Kanun metnine konuluş amacı için bkz. Hirsch, s. 226.

³⁵⁵ m. 55'in eleştirisi için bkz. Arslanlı, s. 183; Tüysüz, s. 74; Yayın hakkının intikalinin eserin tercümesi hakkının da intikali anlamına geldiğini kabul eden görüş için bkz. Franko, s. 81-82.

³⁵⁶ FSEK m. 51/1: "İleride çıkarılacak mevzuatın eser sahibine tanıması muhtemel mali hakların devrine veya bunların başkaları tarafından kullanılmasına mütaallik sözleşmeler batıldır."

bakımından yeterli olduğunu savunmaktadır³⁵⁷. Buna karşıt olarak diğer görüş, Kanunda sözleşmeye ilişkin hükümlerin bulunmasının sözleşmenin isimsiz sözleşme olma niteliğini değiştirmeyeceğini ileri sürmektedir³⁵⁸. Gerçekten de bir sözleşmenin tip sözleşme niteliği taşıması ancak sözleşme ile ilgili esaslı unsurların kanunda düzenlenmiş olması ile mümkün olacaktır³⁵⁹. Kanunda telif hakkı sözleşmesi ile ilgili hükümlerin, sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını düzenlemediği görülmektedir. Buna göre, telif hakkı sözleşmesinin isimsiz sözleşme olduğunun kabulü gerekir.

Tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının olması sözleşmenin kurulabilmesi için yeterlidir³⁶⁰. Bu telif hakkı sözleşmesinin rızai sözleşme niteliği taşıdığı anlamına gelmektedir³⁶¹. Sözleşmenin kurulması ile hakkın kendisi yahut kullanım hakkı bir başkasına devredilir. Ancak sözleşmenin bir tarafının bedel ödeme borcunu ifa etmiş olması, diğer tarafın da hakkı devretmesi ile sözleşmenin amacı gerçekleşmiş olmaz³⁶². Yani bu devir ile borç ilişkisi sona ermez. Telif hakkı sözleşmesinin amaçlarından biri de eser üzerindeki hakların kullanılmasıdır³⁶³. Eser sahibi ancak bu hakların kullanılması yoluyla eserden tam anlamıyla yararlanmış olmaktadır. Buna göre devredilen hakkın kullanılması, devralanın yükümlülüklerinden birini teşkil eder. Devralan, sözleşme süresi boyunca eser sahibinin diğer mali haklarına ve pek tabii olarak manevi haklarına zarar verecek eylemlerde bulunmaktan; devreden ise bu hakkın kullanılmasını engelleyici davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Sözleşmede taraflara yüklenen bu kaçınma yükümlülüğü yapmama borcu niteliği taşır³⁶⁴. O halde taraflar arasındaki borç ilişkisinin bir edimin yerine getirilmesi ile sona ermediği ve sürekli borç ilişkisi niteliği taşıdığı kabul edilmelidir³⁶⁵.

Sözleşme ile devreden taraf, kararlaştırılan mali hakkı ya da bu hakkın kullanımını devretme; devralan ise sözleşmenin ivazlı olması durumunda belirlenen

³⁵⁷ Gökyayla, s. 234; Tüysüz, s. 81.

³⁵⁸ Erel, 295; Oktay Özdemir, s. 53; Aydınçık, s. 71-72.

³⁵⁹ Oktay Özdemir, **İsimsiz Sözleşmeler**, s. 264-265.

³⁶⁰ Franko, s. 1-2; Gökyayla, s. 227; Tüysüz, s. 75.

³⁶¹ Giritlioğlu, s. 36; Franko, s. 1; Gökyayla, s. 227; Tüysüz, s. 75.

³⁶² Aydınçık, s. 73; Gökyayla, s. 228.

³⁶³ Gökyayla, s. 230.

³⁶⁴ Yapmama borcunun sürekli edimli sözleşme niteliği hakkında bkz. Gökyayla, s. 229; Aydınçık, s. 74.

³⁶⁵ Başak Bak, **Fikri Haklarda Sözleşmeden Cayma**, Ankara: Turhan Kitapevi, 2016, s. 16-17; Gökyayla, s. 229; Aydınçık, s. 74; Tüysüz, s. 69.

bedeli ödeme ve her halde devredilen hakkı kullanma borcu altına girer. Bu durumda telif hakkı sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir³⁶⁶. Doktrinde, sözleşmenin ivazsız yapılması durumunda tek taraflı sözleşme olacağı savunulmaktadır³⁶⁷. Ne var ki, ivazsız olması sözleşmenin tek tarafa borç yükleyen sözleşme olması sonucunu doğurmamalıdır³⁶⁸. Çünkü, devralanın tek yükümlülüğü belirlenen bedelin ödenmesi değildir. Bedel ödenmeyeceği kararlaştırılmış olsa dahi devralanın hakkı kullanma borcu devam etmektedir³⁶⁹. Fakat klasik anlamda iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde görülen edim ve menfaatlerin karşılıklılığı bir diğer tabirle “sinallagma” ilişkisi telif hakkı sözleşmesi bakımından her zaman gündeme gelmeyebilir³⁷⁰. Bu haliyle telif hakkı sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmakla birlikte belirli hususlarda sui generis nitelikler taşır.

FSEK’te telif hakkı sözleşmeleri ile ilgili hükümlerin bulunduğu bölüm, “Sözleşmeler ve Tasarruflar” başlığını taşır. Doktrinde, FSEK’de kullanılan sözleşme teriminin tasarruf işlemi taşıyan sözleşmeleri kapsamadığı kabul edilmektedir³⁷¹. Bu görüşe göre FSEK’e göre sözleşme ile kastedilen henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserlerin mali haklarının devrine yahut lisans verilmesine yönelik taahhütlerdir³⁷². Ayrıca Kanun, bu eserlerin devri ile ilgili taahhütte bulunulmasına müsaade etmekle birlikte henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserler üzerinde tasarrufta bulunulmasını yasaklamıştır³⁷³. Tasarruf muamelelerinin yalnızca

³⁶⁶ Franko, s. 6; Gökyayla, s. 231; Aydınçık, s. 75; Tüysüz, s. 76.

³⁶⁷ Oktay Özdemir, s. 63; Giritlioğlu, s. 36; Aydınçık, s. 75.

³⁶⁸ Gökyayla, s. 232; Aydınçık, s. 75.

³⁶⁹ Lisans sözleşmesinde hakkı kullanma borcunun sözleşmenin niteliği gereği doğmadığını bu sebeple sözleşmede kararlaştırılmamışsa böyle bir borcun gündeme gelmeyeceğini bu sebeple sözleşmenin ivazsız yapılması durumunda tek tarafa borç yükleyen sözleşme olacağı görüşü için bkz. Aydınçık, s. 75, dn. 371; Franko, yayım sözleşmesinin ivazsız olması durumunda dahi yayımcının çoğaltma ve dağıtma masraflarını yüklediğini bu sebeple sözleşmenin her halde iki tarafa borç yüklediğini kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Franko, s. 6-7.

³⁷⁰ Sözleşmenin sinallagmatik olması için edimlerin karşılıklı olmasına gerek olmadığı hakkında bkz. Franko, s. 6-7; Alışılmışın aksine telif hakkı sözleşmesinde menfaatler her zaman karşılıklı değildir. Bazı durumlarda tarafların menfaatlerinin karşılıklı değil; paralel olduğu da görülmektedir. Bu noktada telif hakkı sözleşmesi adi ortaklık sözleşmesine yaklaşmaktadır. Fakat buradan sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi niteliği taşıdığı sonucu çıkarılmamalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Giritlioğlu, s. 36-37; Gökyayla, s. 232-233.

³⁷¹ Hirsch, s. 228; Arslanlı, s. 178; Ayiter, s. 205; Tekinalp, s. 212, 219; Erel, s. 294; Aydınçık, s. 41; Tüysüz, s. 145; Ayrıca henüz vücuda getirmemiş eserler üzerindeki hakların devri taahhüdü için bkz. Gül Okutan Nillson, “İleride Vücuda Getirilecek Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Devri”, **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, Y. 2008, C. 4, S. 15, s. 585 vd..

³⁷² Bu yorumun kaynağı Kanunun sistematığıdır. FSEK’in Sözleşme ve Tasarruflar başlığı taşıyan Dördüncü Bölümünün Sözleşmeler ismini taşıyan III. alt başlığında yalnızca “İleride Vücuda Getirilecek Eserler” ve “İlerideki Faydalanma Hakları” konularında düzenleme yapılmıştır. Bu sebeple FSEK’de kullanılan sözleşme teriminin tasarruf işlemi içeren devir ve lisans sözleşmelerini kapsamadığı kabul edilmektedir.

³⁷³ FSEK, m. 48/3.

tamamlanmış eserler bakımından söz konusu olabileceğini düzenlemiştir. Bu bağlamda FSEK kapsamında tasarruf, tamamlanmış eserler üzerindeki mali hakların devri yahut lisans verilmesi işlemlerini karşılayacak şekilde kullanılmaktadır³⁷⁴.

Kanun, telif hakkı sözleşmeleri bakımından ayırım yapmamış ve hem devir sözleşmesini hem de lisans sözleşmesini tasarruf işlemi olarak nitelendirmiştir. Hakkın devri sözleşmesi bakımından bu noktada bir tereddüt bulunmamaktadır. Devir sözleşmelerinin alacağın temliki gibi tasarrufi nitelik taşıdığı kabul edilmektedir³⁷⁵. Bunun sonucu olarak hak sahibinde bulunan mali hak, devralanın malvarlığına geçer ve sözleşme süresi boyunca eser sahibinin bu hak üzerinde başka bir tasarruf işlemi yapması mümkün değildir³⁷⁶.

Lisans sözleşmelerinde ise, hak devredilende kalmakta; devralan sadece devredilen hakkın kullanım hakkını elde etmektedir. Bu yüzden bu sözleşmenin hukuki niteliği konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Doktrinde ağırlıklı görüş, lisans sözleşmesinin de tasarrufi işlem olduğunu kabul etmektedir³⁷⁷. Diğer görüşe göre ise, lisans sözleşmesi ile devralan nisbi nitelikte bir hak elde etmektedir³⁷⁸. Bu görüşlerin pratikteki farkı devralanın hakları ileri sürebilmesi ile ilgilidir. Devralanın, devraldığı hakkını herkese karşı ileri sürebileceğinin kabulü bu sözleşmenin tasarrufi nitelikte olduğu anlamına gelir³⁷⁹. Buna karşın elde edilen hakkın nisbi nitelikte olduğunun kabul edilmesi durumunda hak sadece sözleşmenin diğer tarafındaki devredene karşı ileri sürülebilecektir. Bu hususta bir başka görüş, sözleşmenin niteliğini belirlemek için basit ve inhisari lisans ayırımı yapmaktadır. Bu görüşe göre, inhisari lisans sözleşmeleri tasarrufi nitelik taşır ve bu sözleşme ile elde edilen hak mutlak hak niteliğindedir³⁸⁰. Basit lisans ise borçlandırııcı işlem niteliğindedir ve devralana nisbi nitelikte bir hak bahşeder³⁸¹. Bu ayırımın temel dayanağı FSEK'in inhisari lisansa intifa hakkına ilişkin

³⁷⁴ Tekinalp, s. 212; Erel, s. 294; Arslanlı, s. 178; Belgesay, **Şerh**, s. 133; Tüysüz, s. 72-73.

³⁷⁵ Arslanlı, s. 173; Ayiter, s. 197; Tüysüz, s. 75; Erel, s. 303; Tekinalp, s. 216; Franko, s. 7; Aydıncık, s. 42-43; Erbek, s. 28.

³⁷⁶ Ayiter, s. 195-196; Arslanlı, s. 173; Franko, s. 8; Tüysüz, s. 76.

³⁷⁷ Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, **Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 281; Arslanlı, s. 174; Erel, s. 306-307; Tekinalp, s. 217; Aydıncık, s. 79.

³⁷⁸ Tekinalp, s. 217; Ayiter, s. 203; Aydıncık, s. 80; Vardar Hamamcıoğlu, s. 282; Tüysüz, s. 80.

³⁷⁹ Aydıncık, s. 80; Erel, s. 307.

³⁸⁰ Ayiter, s. 203; Aydıncık, s. 81.

³⁸¹ Aydıncık, s. 81.

hükümlerin; basit lisansa ise hasılat kirası hükümlerinin uygulanacağını düzenlediği 56. maddesidir. Kanaatimizce lisans sözleşmeleri bakımından böyle bir ayırım yapılması isabetsizdir. Sözleşme ister basit lisans isterse inhisari lisans sözleşmesi olsun bünyesinde tasarrufi nitelik bulundurmaktadır. Çünkü her ne kadar lisans sözleşmeleri ile hakkın kendisi devredilmese de kullanım hakkının devri gündeme gelmektedir.

Kanun hem devir hem de lisans sözleşmesini tasarruf işlemi olarak adlandırmıştır. Sözleşmeleri düzenleyen hükümler bakımından da bir ayırma gitmemiştir ve halihazırda FSEK bu sözleşmelerin tasarrufi işlem niteliğini destekleyen hükümler içermektedir³⁸². Bu sebeple kanaatimizce lisans sözleşmesi ile hakkın devri sözleşmesi herhangi bir ayırma tabi tutulmamalıdır ve bu sözleşmelerin ikisinin de tasarrufi nitelik taşıdığı kabul edilmelidir. Bu kapsamda telif hakkı sözleşmelerinin hakkın devrini içermesi hasebiyle tasarrufi nitelik, taraflara yüklediği borçlar nedeniyle de borçlandırıci nitelik taşıyan sözleşmeler olduğu kabul edilmelidir.

E. Tarafları

Sözleşme, hakkı devreden ve devralan arasında yapılır. Devralan tarafı sözleşme uyarınca hakkın kendisini yahut kullanım hakkını devralmak isteyen kişi oluşturur. Devreden tarafı ise, eser üzerinde hak sahibi olan kişiler oluşturur. O halde devreden, eser sahibi veya mirasçıları olabileceği gibi bu kişilerin yazılı muvafakati alınmak kaydıyla bu kişilerden hakkı devralan yahut lisans alan da olabilir³⁸³. Telif hakkı sözleşmesinin devreden tarafını kural olarak eser sahibi oluşturur. Ancak eser sahibinin ölümü durumunda mirasçıları yahut yazılı izin vermesi durumunda bu hakkı kendisinden devralan kişiler de kendilerinde bulunan hakları devredebilirler³⁸⁴.

Bu noktada öncelikle kimlerin eser sahibi olabileceği ya da eser sahipliğinden doğan hakları kimlerin kullanabileceğinin belirlenmesi gerekir. Eser sahibi, “yaratma gerçeği” ilkesi uyarınca eseri meydana getiren kişidir. Eseri meydana getiren kişi, tek bir kişi olabileceği gibi; birden fazla kişi de olabilir. Birden fazla kişinin bir eseri birlikte

³⁸² Aydıncık, s. 84.

³⁸³ FSEK m. 49/2.

³⁸⁴ Gökyayla, s. 200; Aydıncık, s. 107.

meydana getirdiği durumlarda, birlikte eser sahipliği ya da eser sahipliğinin birliği gündeme gelir³⁸⁵.

Birlikte eser sahipliği durumunda her biri birbirinden bağımsız ve eser niteliğini haiz parçaların birleşerek tek bir müşterek eseri oluşturması söz konusudur. Bu durumda eser sahipleri kendi bağımsız parçaları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir; bu eserler üzerinde telif hakkı sözleşmesi akdedebilirler³⁸⁶. Müşterek eser üzerindeki mali haklar ise ancak diğer eser sahiplerinin muvafakatiyle kullanılabilir³⁸⁷. Yani, bu eserin bir telif hakkı sözleşmesine konu olabilmesi eser sahiplerinin tümünün buna izin vermesi şartına bağlanmıştır³⁸⁸.

Eser sahipliğinin birliği, birden fazla kişinin bir araya gelerek ayrılmaz bir bütün teşkil eden tek bir eseri meydana getirmesi halinde gündeme gelir. Burada birlikte eser sahipliğinin aksine tek bir eser bulunmaktadır. Bu durumda eser sahibi, bu eseri meydana getiren kişilerin tümüdür ve bu kişiler eser üzerindeki hakları hep birlikte kullanırlar³⁸⁹. Ancak eser üzerindeki mali hakların kullanımı konusunda eser sahiplerinden birine yahut birkaçına yetki verilebilir³⁹⁰. Böyle bir yetkinin verilmemesi durumunda eserin mali haklarının devredilmesine yönelik kararlar eser sahipliği birliği tarafından oybirliği ile alınmalıdır³⁹¹.

Sinema eserleri sui generis yapısı gereği eser sahipliği hususunda diğer eser türlerinden ayrılır. Kanunun sinema eserlerini düzenlediği 8. maddesinde yönetmen, özgün müzik bestecisi ile sinema ve diyalog yazarının sinema eserinin birlikte sahibi olduğu kabul edilmektedir. Buna göre sinema eserlerinde eser sahipliğine dayalı haklara

³⁸⁵ Eser sahibi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. yuka. Birinci Bölüm, II, C.

³⁸⁶ Bağımsız parçalar üzerindeki önceki hak sahiplerinin durumu ve bu hakların önceden devredilmiş olmasının müşterek esere etkileri hakkında bkz. Gökyayla, s. 209; Aydınçık, s. 115.

³⁸⁷ Giritlioğlu, s. 46; Aydınçık, s. 114.

³⁸⁸ Bununla beraber FSEK'in birlikte eser sahipliğinin düzenlendiği 9. maddesinde, diğer eser sahiplerinin geçerli bir sebep göstermeksizin muvafakat vermemesi durumunda eser üzerindeki hakkı devretmek isteyen eser sahibine mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştır. Hükme göre mahkemece müsaade verilmesi halinde, mahkeme kararı diğer eser sahiplerinin muvafakati yerine geçecek ve eser sahibi bu hakkını kullanabilecektir.

³⁸⁹ Aydınçık, s. 116.

³⁹⁰ Gökyayla, s. 207.

³⁹¹ Aydınçık, s. 117; Kanun birlikte eser sahipliğinde olduğu gibi burada da bu kararın alınmasına eser sahiplerinden birinin haklı bir sebebi olmaksızın müsaade vermemesi durumunda mahkemeye başvurma hakkı tanımıştır. Ayrıca bu hakkın birden fazla eser sahibinin izin vermemesi durumunda kullanılmasının mümkün olduğu görüşü için bkz. Gökyayla, s. 207.

ilişkin sözleşmeler bu kişiler tarafından birlikte akdedilmelidir³⁹². Yani, sözleşmenin devreden tarafını bu kişilerin tümü oluşturur. Bu kişilerin birlikte yapmadığı sözleşmeler ise geçersiz sayılacaktır.

FSEK'te eser sahibi olarak kabul edilecek ve bu sıfatla mali hakları devredebilecek kişiler yukarıda açıklandığı gibidir. Bunun yanı sıra Kanun, eser sahibi olmamakla birlikte bazı durumlarda eser sahipliğinden doğan hakların belirli kişilerce kullanabileceğini öngörmüştür³⁹³. Hükme göre, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki mali haklar, işverenler ya da eseri meydana getiren kişilerin memur olması durumunda, tayin edenlerce kullanılabilir³⁹⁴. Hükümün devamında tüzel kişilerin uzuvlarının meydana getirdiği eserler bakımından da aynı kuralın cari olduğu söylenmektedir. Burada önemli olan bir işverene yahut memuriyete bağlı kişinin bu eseri işinin gereği olarak meydana getirmesidir³⁹⁵. Bu durumda eser sahibi kural olarak eser üzerindeki mali haklarını kullanamayacaktır³⁹⁶. Bu hakları kullanma yetkisi Kanun gereği işverenine yahut bağlı bulunduğu tüzel kişiye bırakılmıştır. Fakat bu hüküm kanuni bir karine teşkil etmekte olup emredici nitelikte değildir³⁹⁷. Bazı durumlarda işin mahiyeti gereği işverenin böyle bir hakkı kendi kullanması mümkün olmayabilir yahut taraflar sözleşme ile bunun aksini kararlaştırmış olabilirler. Buna göre aksi kararlaştırılmadıkça bir iş ilişkisi devam ederken ve iş görülürken meydana gelen eserler üzerindeki mali haklar ile ilgili sözleşme yapma hakkı eser sahibinin işvereni yahut tüzel kişilerdedir.

Eser sahibinin ölümü durumunda eser sahipliğinden doğan mali haklar ve manevi haklar mirasçılara geçer. Bu kişiler eser üzerindeki mali hakları bizzat kendileri kullanabileceği gibi bu hakları bir başkasına devredebilir yahut lisans verebilirler³⁹⁸. Mirasçıların eser üzerindeki tasarruf yetkisi eser sahibininki gibi değildir. Mirasçılara

³⁹² Aydınçık, s. 119.

³⁹³ Gökyayla, s. 210; Aydınçık, s. 121.

³⁹⁴ FSEK m. 18/2.

³⁹⁵ İşçi yahut memur ile işvereni arasındaki hukuki ilişkinin mahiyeti ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Aydınçık, s. 121-122.

³⁹⁶ Aydınçık, s. 122.

³⁹⁷ Gökyayla, s. 211; Aydınçık, s. 123.

³⁹⁸ FSEK m. 48.

verilen bu yetki eserin koruma süresi ile sınırlandırılmıştır³⁹⁹. Buna göre, mirasçılar eser sahibinin ölümünden sonra 70 yıl bu hakları kullanma yetkisine sahiptirler.

Hak, eser sahibi yahut mirasçılarında devralınmış ise burada asli iktisap söz konusudur⁴⁰⁰. Hakkın, hakkı devralmış kişilerden iktisap edilmesi ise devren iktisap olarak adlandırılır ve devren iktisap ancak eser sahibinin yazılı muvafakati ile mümkün olur⁴⁰¹. Telif hakkı mali ve manevi yönleriyle bir bütün teşkil eder ve mali hakların devri durumunda dahi eser sahibinin eser üzerindeki manevi hakları devam eder⁴⁰². Bu sebeple eser sahibi bakımından mali hakları kullanacak kişilerin şahsiyeti de önemlidir⁴⁰³. Gerçekten de eser sahibinin mali hakları kullanırken kendi manevi haklarını, ün ve şöhretini yahut şeref ve itibarını zedeleyecek şeylerden kaçınması yahut buna yönelik önlemler alması pek tabidir. Asli iktisap durumunda eser sahibi hakkı bizzat kullanacak kişiyi kendi seçer. Devren iktisapta ise hakkın devralan tarafından bir başkasına devredilebilmesi, sahibinin yazılı muvafakatının alınması koşuluna bağlanmıştır. Böylece eser sahibi bu durumda da hakkı kullanacak kişiyi belirleme şansı elde edecektir. İktisap usulleri bakımından genel çerçeve böyle olmakla birlikte işleme hakkının devri bakımından daha özellikli bir durum öngörmüştür. Buna göre, bir işleme eserin mali haklarının devredilmesi durumunda sadece işleme eser sahibinin yazılı muvafakatının alınması yeterli olmayacaktır⁴⁰⁴. Bu durumda hem asıl eser sahibinin hem de işleme eser sahibinin muvafakatının alınması gerekmektedir⁴⁰⁵.

F. Tarafların Borçları

Telif hakkı sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği taşır. Sözleşme ile devreden, sözleşmenin ivazlı olması halinde bedel isteme, hakkın kullanılmasını isteme; devralan ise eserin teslimini isteme ve hakkı kullanma gibi haklar elde eder. Bunun karşılığında da borç altına girerler. Tarafların hakları ve borçları birbirlerinin edimlerinin karşılığı olarak ortaya çıkar. Yani, devreden bedel isteme hakkı, devralan bakımından bir borç; eseri teslim borcu ise devralan bakımından bir hak teşkil eder. Bu,

³⁹⁹ Aydınçık, s. 131.

⁴⁰⁰ Hirsch, s. 229; Ayiter, s. 197; Franko, s. 89-90; Tekinalp, s. 214; Erel, s. 311; Aydınçık, s. 107.

⁴⁰¹ FSEK m. 49/1.

⁴⁰² Franko, s. 27; Erel, s. 311-312.

⁴⁰³ Belgesay, **Şerh**, s. 135; Ayiter, s. 198; Hirsch, s. 229; Franko, s. 89-90; Erel, s. 312; Aydınçık, s. 67.

⁴⁰⁴ FSEK m. 49/2.

⁴⁰⁵ Arslanlı, s. 185-186; Ayiter, s. 198-199; Belgesay, **Şerh**, s. 139; Erel, s. 313; Beşiroğlu, s. 669.

sözleşmenin karşılıklı ve iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasının bir sonucudur. Bu sebeple tarafların hak ve borçları başlığı altında iki tarafın da borçları incelenecektir. Unutulmamalıdır ki bir taraf bakımından borç niteliği taşıyan edim, diğer tarafın hakkı olarak karşımıza çıkacaktır.

1. Devreden

a. Hakkın Varlığını Tekeffül Borcu

“Hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez” ilkesi uyarınca bir hakkın tasarruf işlemine konu olabilmesi için hakkın mevcut olması ve devreden tarafın bu hakka sahip olması gerekir⁴⁰⁶. Bu husus FSEK’de “Tekeffül” başlığı altında düzenlenmiş olup 53. maddede hakkın mevcut olmaması, 54. maddede ise hakkı devre salahiyetinin olmaması⁴⁰⁷ düzenleme alanı bulmuştur. 53. maddeye göre, devreden tarafın, devralan tarafa TBK m. 191⁴⁰⁸ uyarınca hakkın mevcudiyeti konusunda garanti vermiş olduğu kabul edilir. Yani, devreden, devralana bu hakkın iktisap zamanında kendisinde olduğunu kanunen tekeffül etmiş sayılır⁴⁰⁹.

Böyle bir garanti olmasına rağmen iktisap zamanında hak, devredende bulunmaz ve devir bu sebeple gerçekleşmezse devralan haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca zararının karşılanmasını talep edebilir⁴¹⁰. Fakat böyle bir talebin olması devir yahut lisans sözleşmesinin ivazlı yapılmış olmasına bağlıdır⁴¹¹. Sözleşmenin ivazsız yapılması durumunda devralan tarafın zararının giderilmesini talep hakkı bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu, sözleşme bakımından incelenmesi gereken ilk borç kaynağıdır. Çünkü, ancak devredende bulunan bir hak üzerinde sözleşme yapmak

⁴⁰⁶ Hirsch, s. 232; Giritlioğlu, s. 48; Erel, s. 314; Gökyayla, s. 260.

⁴⁰⁷ Hükme göre, mali bir hakkı devre yahut bu hak üzerinde lisans vermeye ehil olmayan bir kişiden hak iktisap edilemez. Hakkı devralmak isteyen kişi iyiniyetli olsa dahi bu hakkı elde edemez. Kanun bu durumda iyiniyeti korumamaktadır. Fakat bu kişi iyiniyetli ise haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca zararının tazminini talep hakkına sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hirsch, s. 226-227, 232; Arslanlı, s. 180,182; Ayiter, s. 200; Belgesay, Şerh, s. 140-141; Giritlioğlu, s. 49; Tekinalp, s. 218-219; Erel, s. 315-316; Aydınçık, s. 163; Tüysüz, s. 137 vd..

⁴⁰⁸ TBK m. 191: “Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur.

Alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredilmiş ya da kanun gereğince başkasına geçmişse, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir.”

⁴⁰⁹ Arslanlı, s. 182; Ayiter, s. 199; Tekinalp, s. 218; Erel, s. 314; Franko, s. 94; Beşiroğlu, s. 665-666; Gökyayla, s. 260; Aydınçık, s. 160; Tüysüz, s. 133.

⁴¹⁰ FSEK m. 53/2: “Haksız fiillerden ve sebepsiz mal iktisabından doğan talepler mahfuzdur.”.

⁴¹¹ Bu husus TBK m. 191’in 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bkz. dn. 341; Tekinalp, s. 218; Erel, s. 315; Aydınçık, s. 162; Tüysüz, s. 135.

mümkündür. Böyle bir hakkın mevcut olmaması durumunda sözleşme geçersiz hale gelir. Kanun ayrıca bu durumda hakkı devralmak isteyen tarafın zararının giderilmesine yönelik hükümler getirmiştir. Fakat unutulmamalıdır ki bu tazminat, devralan tarafın sözleşme ile elde etmek istediği yararı elde etmesini sağlamayacaktır.

b. Eseri Teslim Borcu

Devredenin devretmek istediği hakkının kendisinde mevcut olduğunun ve bunun sonucu olarak hakkı devralmak isteyen tarafla geçerli bir sözleşme kurulduğunun kabul edilmesi durumunda eserin teslimi borcu gündeme gelir. Telif hakkı sözleşmesi bakımından eserin teslimi, taşınır tesliminde olduğu gibi sözleşmenin kurucu unsuru değildir⁴¹². Hak, tarafların aralarında yaptıkları yazılı devir sözleşmesi ile devredilmiş sayılır⁴¹³. Bu bağlamda eserin teslimi, hakkın kullanılması ile ilgili bir husustur⁴¹⁴. Gerçekten de hakkın devralan tarafından kullanılması eserin teslimi ile mümkün olur.

Her ne kadar bazı durumlarda, güzel sanat eserlerinde olduğu gibi, eserin aslının teslimi gerekse de eserin tesliminden anlaşılması gereken çoğunlukla eserin aslı ile niteliksel bir farklılık taşımayan bir nüshasının teslimidir⁴¹⁵. Kural olarak eserin, devredilen hakkı kullanmaya elverişli bir şekilde teslim edildiği kabul edilir⁴¹⁶. Bu şarta uyulmaması, edimin gereği gibi ifa edilmediği anlamına gelir ve bu durum borca aykırılık teşkil eder⁴¹⁷. Eserin aslı yahut nüshalarının devri, eser üzerindeki telif hakkının devri anlamına gelmez ve ayrıca devralan eserin teslimi ile mülkiyet hakkını da elde edemez⁴¹⁸. Bu durumda devralan, eser sahibi yahut eserin maliki sıfatlarını haiz değildir. Devralan sadece, devraldığı hakkın kullanabilmek için belirli bir süreliğine eserin zilyetliğini devralmış olmaktadır.

⁴¹² Franko, s. 29-30; Gökyayla, s. 251; Türk hukuku bakımından hal böyle olmakla birlikte Alman hukukunda sözleşmenin kuruluşu eserin teslimine bağlanmıştır. Giritlioğlu, s. 40.

⁴¹³ Franko, s. 30; Gökyayla, s. 251.

⁴¹⁴ Gökyayla, s. 250; Franko, s. 30; Aydınçık, s. 148.

⁴¹⁵ Özellikle eserin aslının değil de nüshasının devralana verilmesinin sebebi eserin zarar görme ve yok olma ihtimalinin önüne geçilmek istenmesidir. Gökyayla, s. 251; Aydınçık, s. 149.

⁴¹⁶ Giritlioğlu, s. 47; Franko, s. 31; Olgaç, s. 26; Gökyayla, s. 257; Tüysüz, s. 102.

⁴¹⁷ Tüysüz, s. 102; Gökyayla, s. 257; Franko, s. 31, 45 vd..

⁴¹⁸ Franko, s. 47 vd.; bu durumun istisnası gazete ve dergilerde yayınlanmak üzere gönderilen ilim ve edebiyat eseri niteliğini taşıyan eserlerdir.; Gökyayla, s. 258.

2. Devralan

a. Bedeli Ödeme Borcu

FSEK’te telif hakkı sözleşmesinin karşılıklı ya da karşılıksız yapılabileceği düzenlenmiştir⁴¹⁹. Hükümde geçen karşılık terimi, hakkın devrinin karşılığı olacak edim şeklinde anlaşılmaktadır. Bu edimin de devralanın bedel ödeme borcu olduğu çoğunlukla kabul edilmektedir⁴²⁰. Sözleşmenin karşılıksız yapılmış olması durumunda devralanın herhangi bir bedel ödeme borcu doğmayacaktır. Buna göre, telif hakkı sözleşmesi bakımından bedel ödeme borcunun sözleşmenin asli unsuru olmadığı söylenebilir⁴²¹. Ne var ki taraflar sözleşmenin ivazlı yahut kanunun deyimiyle karşılıklı olduğu konusunda anlaşmışlarsa bu durumda bedel ödeme borcu sözleşmenin asli unsuru haline gelir⁴²².

FSEK’in 52. maddesine göre telif hakkı sözleşmesi yazılı olmalı ve devredilen haklar ayrı ayrı gösterilmelidir. Bu hükümden hareketle doktrinde bir görüş, karşılıklılığın sözleşmede açık olarak belirtilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁴²³. Bu görüşe göre, ivazsız sözleşmeler bakımından “ivaz istemiyorum” şeklinde bir ibare yeterli olmakla birlikte; ivazlı yapılmak istenen sözleşmelerde ivazın sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekir⁴²⁴. 52. madde hükmüne göre yazılı olması gereken hususlar arasında ivazın bulunmadığını savunan bir başka görüş ise, sözleşmenin ivazlı olup olmadığının yazılı olarak belirtilmesine gerek olmadığını ileri sürer⁴²⁵. Ancak bu kabulde sözleşmenin ivazlı olacağı açıkça belirtilmemişse, ivazlı olduğunu ispat yükü devredene düşer⁴²⁶.

Sözleşmenin ivazlı olması durumunda taraflar bedeli belirleme konusunda serbestiye sahiptirler. Ayrıca sözleşmede bedelin net olarak belirlenmiş olması da gerekmez⁴²⁷. Bu noktada bedelin belirlenebilir olması yeterli sayılmaktadır⁴²⁸. Gerçekten

⁴¹⁹ FSEK m.48/1.

⁴²⁰ Bu karşılık ücret olabileceği gibi, bir kitabın yayma hakkının devredilmesi durumunda devredene belirli bir sayıda kitap verilmesi şeklinde de karşımıza çıkabilir. Gökyayla, s. 266.

⁴²¹ Aydınçık, s. 166; Franko, s. 180; Gökyayla, s. 267; Tüysüz, s. 104, 111.

⁴²² Gökyayla, s. 267.

⁴²³ Aydınçık, s. 167.

⁴²⁴ Franko, s. 181.

⁴²⁵ Gökyayla, s. 266-267.

⁴²⁶ İspat yükü bakımından farklı görüşler için bkz. Franko, s. 182-183; Gökyayla, s. 267; Giritlioğlu, aksi halin icabından anlaşılmadıkça sözleşmenin ivazlı yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini ve devralanın sözleşmenin ivazsız olduğunu iddia etmesi durumunda bunu ispat etmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Giritlioğlu, s. 66.

⁴²⁷ Aydınçık, s. 168; Gökyayla, s. 268; Bedelin, devreden menfaatlerini zedelememek kaydıyla devralan tarafından belirleneceği yönünde bkz. Giritlioğlu, s. 61.

⁴²⁸ Gökyayla, s. 268; Aydınçık, s. 168.

de bazı durumlarda sözleşmenin kurulması sırasında bedelin net olarak belirlenebilmesi beklenemez yahut bedelin belirlenmesi ileride devredenin haklarını zedeleyebilir⁴²⁹. Fakat, telif hakkı sözleşmeleri bakımından bedelin sonradan belirlenmesi her zaman çok kolay değildir. Kanunda bedelin taraflarca belirlenmemesi durumunda ne şekilde hareket edileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır⁴³⁰. Ayrıca bedelin tespiti bakımından emsal bedel üzerinden belirleme yapmak da mümkün değildir⁴³¹. Tüm bu sebeplerle bedelin sözleşmede taraflarca net bir şekilde belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

Taraflar bedelin bir defada yahut parçalar halinde ödeneceğini kararlaştırabilirler⁴³². Bedelin ödeneceği yer ve zaman konusunda bir anlaşmaya varabilirler. Taraflar arasında bu hususlarda herhangi bir anlaşma yapılmamışsa bu durumda TBK'nın genel hükümleri uyarınca borç, sözleşmenin kurulmasıyla muaccel olur ve kural olarak tek seferde alacaklının ikametgahında ödenir⁴³³.

b. Hakkı Kullanma Borcu

Hak sahibi yahut sözleşmenin tarafı sıfatıyla devreden sözleşme yapmaktaki gayesi eserden yararlanmak istemesidir. Hak sahibinin eserden yararlanmasının hem mali hem de manevi yönü bulunmaktadır. Hiç kuşkusuz hak sahibi sözleşme ile bir bedel karşılığında mali haklarının bir veya birkaçını devretmek suretiyle eserden iktisaden yararlanmış olur. Ancak eserden yararlanma bununla sınırlı değildir. Hak sahibi sözleşme ile aynı zamanda hem kendi şöhretinin artması hem de eserinin tanınması gibi menfaatler de elde etmek ister⁴³⁴. Bu menfaatleri eser üzerindeki hakların kullanılması yoluyla elde

⁴²⁹ Eser sözleşme kurulurken öngörülemez derecede bir başarı elde edebilir. Bu durumda belirlenen bedel çok düşük kalabilir. Bu durumda Gökyayla, işlem temelinin çökmesi teorisinin burada da uygulanabileceğini savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, s. 268-269.

⁴³⁰ Aydınçık, s. 170; Yayın sözleşmesi bakımından bedelin tespitinin mahkemelerce ve bilirkişiler yardımıyla yapılacağı hükme bağlanmıştır. Olgaç, s. 42; Giritlioğlu, s. 66; Franko, s. 192.

⁴³¹ Gökyayla, s. 268

⁴³² Aydınçık, s. 171.

⁴³³ TBK m. 89: "*Borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa, aşağıdaki hükümler uygulanır;*

1. Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde,

2. Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde,

3. Bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde, ifa edilir.

Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir."

TBK m. 90: "*Ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur."*

⁴³⁴ Hirsch, s. 233; Arslanlı, s. 194; Giritlioğlu, s. 56; Tekinalp, s. 221; Erel, s. 299; Aydınçık, s. 173.

eder. Bu sebeple devralan devraldığı hak bakımından sadece bedel ödemekle borçtan kurtulmuş olmaz. Devralanın devraldığı hakkı kullanma borcu da bulunmaktadır⁴³⁵.

Hakkın kullanılması, telif hakkı sözleşmesi bakımından büyük öneme sahiptir. Öyle ki FSEK, hakkın kullanılmaması halinde devredene sözleşmeden cayma hakkı tanımıştır⁴³⁶. Hükme göre, sözleşme ile hakkın kendisini yahut kullanım hakkını devralanın, kararlaştırılan süre içinde, eğer süre tayin edilmemişse halin icabına uygun düşecek münasip bir sürede hakkı kullanması gerekir. Hakkın kullanılmaması sebebiyle sahibinin menfaatleri zedelenmişse bu durumda hak sahibinin sözleşmeden cayma hakkı bulunmaktadır.

O halde, devralan devraldığı hakkı sözleşmeye uygun olarak kullanmakla yükümlüdür. Devralan, hakkı sözleşmenin muhtevasına uygun olarak kararlaştırılan sürede, kararlaştırılan yer ile sınırlı biçimde ve bizzat kullanmalıdır⁴³⁷. Sözleşme süre bakımından sınırlandırılmış olabilir⁴³⁸. Aynı şekilde sözleşmede hakkın kullanımı bir bölge ile de sınırlandırılmış olabilir⁴³⁹. Bu durumda hak, bu süre ve yer ile sınırlı olarak kullanılır.

Telif hakkı sözleşmesi, devralanın kişiliğine bağlı bir sözleşmedir⁴⁴⁰. Bu sebeple hak, devralan tarafından bizzat kullanılmalıdır. Hakkın bizzat kullanılmasının sebebi, sözleşmenin hak sahibinin manevi hakları ile yakından irtibatlı olması ve bu irtibatın sözleşme ile sona ermemesi ile açıklanabilir⁴⁴¹. Öyle ki hakkın kullanımının bir başkasına devri ancak hak sahibinin yazılı izni ile mümkündür⁴⁴². Buna göre, devralan gerçek kişi

⁴³⁵ Hakkın kullanılmasının sözleşmede açıkça kararlaştırılmadıkça devralan bakımından yükümlülük teşkil etmeyeceği görüşü için bkz. Aydıncık, s. 75, dn. 371; Tüysüz, s. 126; Devralanan hakkın kullanımının hem hak hem de bir borç teşkil ettiği yönünde bkz. Giritlioğlu, s. 56.

⁴³⁶ FSEK m. 58/1: “Mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimse, kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre tayin edilmemişse icabı hale göre münasip bir zaman içinde hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse eser sahibi sözleşmeden cayabilir.”.

⁴³⁷ Gökyayla, s. 271-272.

⁴³⁸ Hakkın herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın devredilmesi durumunda kural olarak hakkın koruma süresinin sonuna kadar devredildiği kabul edilmektedir. Fakat taraf iradelerinden hakkın bir süre ile sınırlı olarak devredildiği anlaşıyorsa bu durumda süre sınırının dikkate alınması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökyayla, s. 271; Aydıncık, s. 179.

⁴³⁹ Sözleşme ile yer bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmemesi durumunda hakkın tanındığı coğrafya ile sınırlı olarak devredildiği yahut lisans verildiği kabul edilmelidir. Bu husus, telif hakkı ve bütün fikri haklar bakımından öngörülen “ülkesellik prensibi” ile ilgili olup aşağıda ayrıntılı biçimde incelenecektir. bkz. aşağı. İkinci Bölüm, III, A, 1, b, (2).

⁴⁴⁰ Aydıncık, s. 175; Gökyayla, s. 272.

⁴⁴¹ Gökyayla, s. 272.

⁴⁴² FSEK m. 49/1. Ayrıntılı bilgi için bkz. yuka. Birinci Bölüm, III, C.

ise bu hakkı bizzat kendisi kullanmalıdır. Fakat devralan her zaman devraldığı hakkı tek başına kendisi kullanamaz. Bu durumda devralan hakkı kullanırken bir başkasının yardımına ihtiyaç duyabilir⁴⁴³. Bu, hakkın devralan tarafından bizzat kullanılmış olmasını değiştirmez. Hakkın tüzel kişiler tarafından devralınması durumunda ise hak, tüzel kişinin organları tarafından kullanılır. Bu durumda hakkın tüzel kişi bünyesinde çalışan gerçek kişiler tarafından kullanılması hakkın bizzat kullanılması anlamı taşıyacaktır⁴⁴⁴.

G. Sona Ermesi

FSEK’te telif hakkı sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili bir bölüm olmamakla birlikte çeşitli hükümlerde sözleşmenin sona erme halleri düzenlenmiştir. Bunların başında 59. maddede düzenlenen hakkın eser sahibine dönmesi yer alır. Hükme göre, hakkın devri yahut lisans sözleşmeleri belirli bir maksada ulaşmak amacıyla ya da belirli bir süre ile sınırlı olarak yapılmışlarsa bu maksadın gerçekleşmesi yahut sürenin dolması ile hak eser sahibine geri döner bir diğer deyişle sözleşme sona erer. Maksadın gerçekleşmesinden anlaşılması gereken çoğunlukla sözleşmede kararlaştırılan borçların ifa edilmiş olmasıdır⁴⁴⁵. Gerçekten de bir sözleşme, tarafların karşılıklı olarak borçlarını ifa etmesi ile maksadına ulaşmış olur. Bir diğer deyişle sözleşmeden beklenen yarar tarafların edimlerini sözleşmede kararlaştırılan şekilde yerine getirmeleridir.

Taraflar sözleşmeyi bir süre ile sınırlı olarak yahut böyle bir sınırlama olmaksızın yapabilirler⁴⁴⁶. Sözleşmenin belirli süreli yapılması durumunda belirlenen sürenin sona ermesi, sözleşmenin de sona ermesi anlamına gelir ve mali hak eser sahibine geri döner⁴⁴⁷. Sözleşmenin süre sınırlaması olmaksızın yapılması sözleşmenin ilelebet devam edeceği anlamı taşımamaktadır. Bu durumda sözleşmenin kural olarak eserin koruma süresinin sona ermesine kadar hüküm ifade edeceği kabul edilir⁴⁴⁸. Bu durumda şunu söylemek yanlış olmayacaktır. Sözleşme ile herhangi bir süre öngörülmüşse bu

⁴⁴³ Eserin yayma ve çoğaltma haklarının elde edilmesi durumunda devralan eserin basılması için bir matbaayla ve dağıtımı için de bir dağıtım şirketiyle anlaşılabilir. Örnek için bkz. Aydınçık, s. 176. Yahut aynı şekilde bir tiyatro eserin temsil hakkını devralan bir kişi, bu hakkı tek başına kullanamayacaktır; Arslanlı, s. 184.

⁴⁴⁴ Gökyayla, s. 272; Aydınçık, s. 176.

⁴⁴⁵ Aydınçık, s. 186.

⁴⁴⁶ FSEK m. 48/1. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. yuka. Birinci Bölüm, III, B.

⁴⁴⁷ Hirsch, s. 227; Arslanlı, s. 189; Tekinalp, s. 222-223; Beşiroğlu, s. 671; Gökyayla, s. 304; Aydınçık, s. 186; Tüysüz, s. 141.

⁴⁴⁸ Aydınçık, s. 187.

sürenin sonunda ve her halde koruma süresinin sonunda hak sahibine döner ve sözleşme kendiliğinden sona erer.

Yukarıda anlatılan sona erme sebepleri telif hakkına ilişkin bütün sözleşmeler bakımından gündeme gelebilir. Bununla birlikte Kanun, sadece taahhüdi nitelik taşıyan sözleşmeler ve tasarrufi nitelik taşıyan sözleşmeler bakımından farklı sona erme halleri de düzenlemiştir. Henüz meydana getirilmemiş eserler ile ilgili sözleşmeleri düzenleyen FSEK'in 50. maddesi, 2. fıkrasında taraflara ihbar tarihinden bir yıl sonra hüküm ifade etmek üzere fesih hakkı tanımıştır⁴⁴⁹. Taraflara böyle bir fesih hakkının tanınmasının sebebi, bahsi geçen taahhüdün eser sahibinin eseri yaratma sürecinde sözleşmesel bir bağ ile bağlı bulunmasının manevi haklarına zarar vereceğinin düşünülmesidir⁴⁵⁰. Böylece taraflar ihbar tarihinden bir yıl sonra hüküm ifade etmek üzere sözleşmeyi istedikleri zaman feshedebilirler. Bu, kanuni fesih hakkı olup tarafların anlaşması ile berteraf edilemez⁴⁵¹. Fesih hakkının kullanılması taraflara tazminat hakkı doğurmaz⁴⁵².

Kanun, taahhüdi sözleşmeler bakımından taraflara fesih hakkı tanınması yanında sözleşmenin belirli hallerde feshedilmiş sayılacağını da düzenlemiştir. Bu haller FSEK'in 50. maddesinin 3. fıkrasında devreden ve devralan bakımından ayrı ayrı inceleme alanı bulmuştur. Buna göre eser tamamlanmadan önce devreden ölümü, eseri tamamlama kabiliyetini yitirmesi ve kusuru olmaksızın eserin tamamlanmasının imkânsız hale gelmesi durumlarından herhangi biri ile karşılaşılırsa sözleşme münfesi hale gelir. Yani başka bir işleme gerek kalmaksızın söz konusu devir taahhüdü feshedilmiş sayılır⁴⁵³. Devralan bakımından ise sözleşme, iflas etmesi, devraldığı hakları kullanmada acze düşmesi veya hakları kullanmasının kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmesi durumlarından biri ile karşılaşılması halinde kendiliğinden münfesi hale gelir. Sayılan bu haller mücbir sebep mahiyetinde olup taraflarca sözleşme kurulurken bilinmesi

⁴⁴⁹ Hirsch, s. 230; Arslanlı, s. 178; Ayiter, s. 205; Giritlioğlu, s. 84; Franko, s. 88; Tekinalp, s. 219-220.

⁴⁵⁰ Bu noktada doktrinde bir görüş, bu hakkın sadece eser sahibine verilmesi gerektiğini savunurken, Tekinalp, fesih hakkının sözleşmenin karşı tarafını da belirsiz risklere karşı koruduğu görüşündedir. Tekinalp, s. 220; Arslanlı, s. 178-179; Ayiter, s. 205; Belgesay, **Şerh**, s. 136; Erel, s. 297; Tüysüz, s. 147.

⁴⁵¹ Tekinalp, s. 220.

⁴⁵² Erel, s. 298-299; Tekinalp, s. 220; Ayiter, s. 205-206; Arslanlı, s. 178; Tüysüz, s. 147; Franko, s. 88.

⁴⁵³ Franko, s. 61; Hirsch, s. 230; Arslanlı, s. 179; Ayiter, s. 206; Tekinalp, s. 220.

mümkün değildir; o halde sözleşmenin bu sebeplerle feshedilmiş sayılması taraflara herhangi bir tazminat hakkı doğurmayacaktır⁴⁵⁴.

Devralanın yükümlülüklerinden biri de devraldığı hakkı kullanmaktadır⁴⁵⁵. Devralanın devraldığı hakkı kullanmaması durumunda Kanun devredene sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanımıştır. FSEK'in "cayma hakkı" kenar başlıklı 58. maddesinde düzenlenmiş bulunan bu hak, devredene sözleşme konusu hakkın münasip bir süre içinde devralan tarafından kullanılmaması durumunda sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı vermektedir. Hükme göre, sözleşmenin sona erdirilmesi için öncelikle devralana noter vasıtasıyla uygun bir süre verilmesi gerekir⁴⁵⁶. Bu süre taraflar arasındaki menfaatler dengesinin kurulması bakımından önem taşımaktadır⁴⁵⁷. Böylece adeta devralana hakkı kullanması için son bir şans verilmekte ve sözleşmenin ayakta tutulması sağlanmaya çalışılmaktadır. Fakat Kanun bazı durumlarda sürenin verilmesine gerek olmadığına hükmetmiştir. Bu haller, hakkın kullanılmasının devralan bakımından imkânsız olması veya devralan tarafından hakkın kullanılmasının reddedilmesi yahut süre verilmesinin hak sahibinin menfaatlerinin esaslı derecede zedelemesidir⁴⁵⁸. Verilen sürede hak kullanılmaz yahut yukarıda sayılan hallerden birinin mevcudiyeti dolayısıyla süre verilmeye gerek görülmezse noter vasıtasıyla yapılacak ihbar ile cayma hakkı kullanılmış olur⁴⁵⁹. Devralanın bu ihbardan itibaren dört hafta içinde cayma hakkının kullanılmasına karşı itiraz davası açma hakkı vardır⁴⁶⁰. Dört haftalık süre hak düşürücü süredir; o halde bu süre geçtikten sonra devralan itiraz hakkını kullanamayacaktır⁴⁶¹.

Cayma hakkının kullanılması bakımından kusur şartı aranmamakla birlikte devralanın hakkı kullanmamakta kusuru bulunmuyorsa yani hakkı kullanmaması kendi kusurundan kaynaklanmıyorsa yahut eser sahibinin kusuru daha ağır ise bu durumda devralan sözleşmenin sona ermesi dolayısıyla uğradığı zararın karşılanması için tazminat

⁴⁵⁴ Belgesay, **Şerh**, s. 137.

⁴⁵⁵ Yılmaz, s. 333; Erel, s. 299; Bu hakkın kullanılması için hakkın devralınmış olması gerekir. Bu sebeple bu hal, tasarrufi nitelik taşıyan sözleşmeler bakımından vaki olan bir sona erme halidir.

⁴⁵⁶ FSEK m. 58/2: "*Cayma hakkını kullanmak isteyen eser sahibi sözleşmedeki hakların kullanılması için noter vasıtasıyla diğer tarafa münasip bir mehil vermeye mecburdur.*".

⁴⁵⁷ Gökyayla, s. 309; Yılmaz, s. 339-340.

⁴⁵⁸ FSEK m. 58/2.

⁴⁵⁹ FSEK m. 58/3.

⁴⁶⁰ FSEK m. 58/3.

⁴⁶¹ Arslanlı, s. 196; Giritlioğlu, s. 81; Gökyayla, s. 309; Aydınçık, s. 195; Tüysüz, s. 133.

isteyebilir⁴⁶². Bu hak, Kanun tarafından verilmiş olmakla birlikte somut olayın şartları ışığında tazminata gerek olup olmadığına; tazminatın varlığı kabul edildiği durumda tazminatın miktarına hâkim karar verecektir⁴⁶³.

Taraflar aralarında cayma hakkının kullanılmasından vazgeçmeye yönelik sözleşme yapamazlar⁴⁶⁴. Fakat bu hakkın kullanılmasını belirli bir süre sınırlamaları mümkündür. Buna göre iki yıl süre ile cayma hakkının kullanımı sınırlandırılabilir. Hakkın kullanımının bu süreden fazla sınırlandırılmasına yönelik yapılan sözleşmeler hükümsüzdür. Bu konuda son olarak değinilmesi gereken husus, cayma hakkının hukuki niteliğidir. Cayma hakkının kullanılmasıyla sözleşme sona erer. Sürekli borç doğuran sözleşme niteliği taşıyan telif hakkı sözleşmesi bakımından bu sona ermenin hükmünün geçmişe etkili mi yoksa ileriye etkili mi olduğu ise tartışmalıdır⁴⁶⁵. Bir görüş, sözleşmenin niteliği dolayısıyla sona ermenin fesih benzeri nitelik taşıdığı ve geçmişe etkili olmadığını ileri sürerken⁴⁶⁶; diğer görüş, cayma hakkının kullanılmasının temerrüt benzeri sonuçlar doğurması sebebiyle geçmişe etkili olduğunu savunur⁴⁶⁷. Burada somut olayın şartları ışığında bir değerlendirme yapılması görüşünün daha uygun olduğu kanaatindeyiz⁴⁶⁸. Gerçekten de sözleşmede edimlerin ifasına başlanıp başlanmamış olması gibi hususlar cayma hakkının hukuki niteliğini değiştirebilecek niteliktedir⁴⁶⁹.

Yukarıda FSEK'in telif hakkı sözleşmeleri bakımından öngördüğü sona erme halleri incelenmiştir. Bunun dışında genel kanun olması dolayısıyla TBK hükümleri uyarınca da sözleşmenin sona erebileceği unutulmamalıdır.

⁴⁶² FSEK m. 58/4.

⁴⁶³ Gökyayla, s. 309; Aydınçık, s. 195.

⁴⁶⁴ FSEK m. 58/5.

⁴⁶⁵ Bak, s. 13; Gökyayla, s. 310; Yılmaz, s. 343; Aydınçık, s. 196; Tüysüz, s. 133.

⁴⁶⁶ Gökyayla, s. 310; Bak, s. 18-19; Aydınçık, s. 196.

⁴⁶⁷ Bak, s. 17-18; Aydınçık, s. 196; Gökyayla, s. 310.

⁴⁶⁸ Tekinalp, s. 222; Aydınçık, s. 196; Bak, s. 20; Yılmaz, s. 344.

⁴⁶⁹ Yılmaz, s. 344; Aydınçık, s. 196; Bak, s. 25.

İKİNCİ BÖLÜM

TELİF HAKKI SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

I. GENEL OLARAK

Teknolojinin gelişmesi ile birlikte insanlar arası iletişim artmış ve toplumlar birbirleri ile daha fazla etkileşim halinde olmaya başlamıştır. Hiç kuşkusuz toplumların düşünsel dünyası da bu durumdan etkilenmiştir. Öyle ki artık bir romanın farklı bir dile çevrilip yayımlanması, bir filmin farklı ülkelerde gösterime girmesi, bir ressamın çalışmalarının dünyanın dört bir tarafında sergilenmesi hayatın olağan akışı şeklinde nitelendirilen münasebetlerdir. Gerçekten de Hollywood yapımı filmlerin bundan sonra Amerika Birleşik Devletleri (ABD) dışında gösterime girmeyecek olması yahut Haruki Murakami'nin romanlarının artık yabancı bir dile çevrilmeyecek olması tahayyül dahi edilemez. O halde günümüzde bir eserin sadece vücut bulduğu ülkede bir diğer deyişle menşe ülkesinde⁴⁷⁰ tedavül göreceğinden bahsetmek abesle iştigal olacaktır. Bir eserin menşe ülkesi dışında başka bir ülke ile sözleşmesel ilişki içinde bulunması durumunda ise milletlerarası nitelikli bir sözleşmeden bahsetmek gerekecektir.

Milletlerarası nitelikli sözleşme ile anlatılmak istenen sözleşmenin birden fazla hukuk düzeni ile irtibat halinde bulunmasıdır⁴⁷¹. Bu durumda sözleşmesel ilişkiye irtibat

⁴⁷⁰ Menşe ülke için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, III, A, 1, b, (2).

⁴⁷¹ Bu irtibat sözleşmenin kuruluş yeri, ifa yeri gibi coğrafi olabileceği gibi tarafların vatandaşlığından yahut mutad meskenlerinden kaynaklı olabilir. James Fawcett and Janeen M. Carruthers, **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**, New York: Oxford University Press, Fourteenth Edition, 2008, s. 3; Lawrence Collins, **Dicey and Morris on the Conflict of Laws Volume I**, London: Sweet & Maxwell, Twelfth Edition, 1993, s. 3 (Volume I); Graf-Peter Calliess (Ed.), **Rome Regulations Comentary**, Second Edition, Croydon: Kluwer Law International, 2015, s. 57; Peter Stone, **The Conflict of Laws**, Singapore: Longman Publishing, 1995, s. 229 (Conflict of Laws); Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 22. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2017, s. 5; Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2017, s. 13; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 5; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Baskı, Ankara: Savaş Yayınları, 2017, s. 2; Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 115 (Milletlerarası Ticari Tahkim); Ziya Akıncı, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1992, s. 4 (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk); Zeynep Derya Tarmar, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, **Banka ve Ticaret Dergisi (BATİDER)**, Y. 2010, C. 26, S. 1, s. 146, (Hukuk Seçimi); Erdoğan Göğar, **Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilafı)**, Dördüncü Bası, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 1; Hacı Can ve Ali Gümrah Toker, **Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 11.

halindeki hukuklardan hangisinin uygulanacağını tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespit, kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla yapılır. Daha açık bir ifadeyle kanunlar ihtilafı kuralları ile birden çok hukuk düzeniyle irtibat halinde bulunan uyumsuzlukların hangi hukuk düzeni içinde çözümlenmesi gerektiğinin tespit edilmesi hedeflenmektedir. Bu çözümleme yapılırken, bahsi geçen kuralların ait olduğu devletin iç hukukunun bir parçası olduğunun gözden kaçırılmaması gerekir⁴⁷².

Her devlet kendi kanunlar ihtilafı kuralını kendisi belirleme serbestisine sahiptir. Bu, devletlerin egemenlik hakkının bir parçasıdır. Ancak bu serbesti, devletlerin kendi hukuk politikaları ışığında aynı uyumsuzluk bakımından farklı düzenlemeler yapmasına yol açabilmektedir⁴⁷³. Bu durum da devlet mahkemelerinin aynı uyumsuzluk bakımından farklı hukukları uygulaması sonucu birbirinden farklı hükümler vermesi ihtimalini ortaya çıkartmaktadır. Bu farklılıkları gidermek amacıyla 1893 yılında Hollanda'nın Lahey şehrinde "Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Lahey Konferansı" kurulmuştur⁴⁷⁴. Konferans kapsamında evlat edinmeden ölüme bağlı tasarruflara, satış sözleşmelerinden imalatçının sorumluluğuna kadar birçok konuda kanunlar ihtilafı düzenlemeleri içeren uluslararası sözleşmeler hazırlanmıştır⁴⁷⁵. Konferansın hedefi, Milletlerarası Özel Hukukun yeknesaklaştırılmasını sağlamaktır⁴⁷⁶. Ancak hukukun yeknesaklaştırılması bakımından tek yol uluslararası sözleşmeler değildir. Uluslararası organizasyonlar

⁴⁷² Peter Stone, **EU Private International Law Harmonization of Law**, Gloucester: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, s. 3; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Harmonization of Private International Law at Different Levels: Communitarization v. International Harmonization", **European Journal of Law Reform**, Y. 2003, Vol. 5, No. 1-2, s. 131, (Harmonization); Muammer Raşit Seviğ, **Devletler Hususi Hukuku, Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983, s. 21; Nomer, s. 10; Osman Fazıl Berki, **Devletler Hususi Hukuku, C. 1, Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, 1970, s. 4; Milletlerarası özel hukuk ile iç hukukun birbirinin parçası olmadığı ve fakat iç hukuk ile milletlerarası özel hukukun birbirlerini tamamladığı görüşü için bkz. Erdoğan Göger, **Devletler Hususi Hukukunda Çağdaş Akımlar**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s. 11 vd. (Çağdaş Akımlar); Göger, s. 5; Çelikel ve Erdem, s. 14.

⁴⁷³ Fawcett ve Carruthers, s. 4; Bayraktaroğlu Özçelik, **Harmonization**, s. 131-132; Stone, s. 3; Seviğ, s. 19-20.

⁴⁷⁴ Lahey Konferansına bugün itibarıyla 82 ülke taraftır. Türkiye, 26.08.1955 tarihinden bu yana Konferansın üyesidir. Lahey Konferansı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.hcch.net/en/home> (13 Mart 2018); Avrupa Birliği, 2007 yılında bu Konferansın tarafı olmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Vedat Raşit Seviğ, **Kanunlar İhtilafı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları)**, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., 1971, s. 4 (Yasama ve Yargılama Çatışmaları); Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Avrupa Topluluğunun Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansına Üyeliği", **AÜHFD**, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 135 vd.; Çelikel ve Erdem, s. 15; Fawcett ve Carruthers, s. 10; Nomer, s. 74; Francois Dessemontet, "A European Point of View on the ALI Principles-Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Laws, and Judgments in Transnational Disputes", **Brooklyn Journal of International Law**, Y. 2005, Vol. 30, No. 3, s. 853.

⁴⁷⁵ Konferans kapsamında 1954 yılından günümüze otuz sekiz sözleşme imzalanmıştır. Türkiye'nin tarafı olduğu sözleşmeler için bkz. <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members/details1/?sid=74> (13 Mart 2018); Sözleşmelerin Türkçe metinleri için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafliisoz/lahey.html> (16 Mart 2018).

⁴⁷⁶ Stone, s. 3-4; Fawcett ve Carruthers, s. 10; Bayraktaroğlu Özçelik, **Harmonization**, s. 149-150; Mireille van Eechoud, "Bridging the Gap: Private International Law Principles for Intellectual Property Law", **Dutch Journal on Private International Law (NIPR)**, Y. 2016, Vol. 4, s. 718, (PIL for IP).

veyahut enstitüler tarafından oluşturulan model kanunlar ve ilkeler de kanunların uyumlaştırılması ve hukukun yeknesaklaştırılması için yol gösterici nitelikte belgelerdir⁴⁷⁷.

Hukukların birbiriyle uyum içinde olması devletlerin birbiri ile olan ilişkilerini ve iletişimlerini güçlendirir. Özellikle Avrupa Birliği gibi birbiriyle çok sıkı ilişki halinde bulunan devletlerin hukuklarının birbiriyle uyum içinde olması son derece önemlidir. Bu husus, *Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmalar*'da da sık sık tekrar edilmiş⁴⁷⁸; siyasi, ekonomik ve fikri anlamda birliğin tam anlamıyla sağlanması için hukukların birleştirilmesinin gerekli olduğu kabul edilmiştir⁴⁷⁹. Bunun sonucu olarak maddi

⁴⁷⁷ Çelikel ve Erdem, s. 15; Can ve Toker, s. İlkeler sözleşmeler gibi devletler bakımından bağlayıcı olmamakla birlikte kanunların uyumlaştırılması bakımından yol gösterici nitelik taşırlar. Fawcett ve Carruthers, s. 11; Bayraktaroğlu Özçelik, **Harmonization**, s. 154; Bu ilkelere örnek olarak "Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması için Uluslararası Enstitü'nün" (The International Institute for Unification of Private Law) hazırladığı UNIDROIT ilkeleri, (UNIDROIT hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.unidroit.org> (16 Mart 2018)); "Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu'nun" (BI) hazırladığı UNCITRAL Model Kanun (UNCITRAL Model Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.uncitral.org> (16 Mart 2018)) verilebilir. Ayrıca çalışmamızda ayrıntılı olarak incelenecek olan Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan "Fikri Mülkiyet: Sınır Aşan İhtilaflarda Mahkemelerin Yetkisi, Hukuk Seçimi ve Hükümlerle ilgili İlkeler-ALI Prensipleri" (Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes) ve Max Planck Enstitüsü tarafından hazırlanan "Fikri Mülkiyetten Doğan Kanunlar İhtilafı Hakkında İlkeler-CLIP Prensipleri" (Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property) bu kapsamda nitelendirilebilir.

⁴⁷⁸ Bu noktada ilk örnek olarak "1957 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma-Roma Antlaşması'nın" (Treaty Establishing the European Economic Community) 220. maddesi verilebilir. Madde ile, Üye Devletlere gerektiği takdirde; Topluluk içinde çifte vergilendirmenin kaldırılması, Antlaşmanın 48. maddesinin 2. paragrafında bahsedilen tipte şirketlerin karşılıklı olarak tanınması ve mahkeme ve hakem kararlarının karşılıklı olarak tanınması ve tenfizine ilişkin işlemlerin kolaylaştırılması konusunda müzakerelerde bulunma hakkı verilmiştir. Sözleşme metni için bkz.

https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1957_treaty_establishing_eec.pdf (17 Mart 2018); Bundan başka "1987 tarihli Avrupa Tek Senedi'nin" (Single European Act) (OJEC, Vol. 30, 29.06.1987, L169) 100 a. maddesi, "1997 tarihli Amsterdam Antlaşması'nın" (Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, The Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts) (OJEC, Vol. 40, 10.11.1997, 97/C 340/01) Vize, Sığınma, Göç ve Kişilerin Serbest Dolaşımına İlişkin Diğer Politikalar isimli Dördüncü Başlığı altında düzenleme alanı bulan 65. maddesi ve Altıncı Başlığının Mevzuatın Yakınlaştırılması ismini taşıyan Üçüncü Kısımında düzenleme alanı bulan 95. maddesi ve son olarak "Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 2016 tarihli Konsolide Metni'nin" (Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union) (OJEU, Vol. 59, 07.06.2016, 2016/C 202/01) Hukuki Konularda Adli İş birliği isimli Üçüncü Bölümünde düzenlenen 81. maddesi örnek gösterilebilir. Bu maddeye göre iç pazarın düzgün işleyişi için gerekli olduğunda; mahkeme kararlarının ve mahkeme dışı kararların karşılıklı tanınması ve tenfizi, kanunlar ihtilafı ve yetkili mahkeme konusunda üye devletlerde uygulanan kurallar arasında uyum, delil toplanmasında iş birliği vb. konularda tedbirler alınabilir. Antlaşma metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C.2016.202.01.0001.01.ENG&toc=OJ.C:2016:202:TOC#nr2-C.2016202EN.01001301-E0002> (17 Mart 2018); Ayrıca Amsterdam Antlaşması'nın İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1997:340:FULL&from=EN> (17 Mart 2018), Antlaşmanın Türkçe metni için bkz. <http://www.bumko.gov.tr/Eklenti/2843.amsterdamtrpdf.pdf?0> (17 Mart 2018); Avrupa Tek Senedi'nin İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:1987:169:FULL&from=EN> (17 Mart 2018); Bu konuda ayrıntılı bilgi için ve bahsi geçen maddelerin karşılaştırması için bkz. Bayraktaroğlu Özçelik, **Harmonization**, s. 133 vd.; Stone, s. 4-5; Prime ve Booton, s. 31 vd.; Jan-Jaap Kuipers, **EU Laws and Private International Law The Interrelationship in Contractual Obligations**, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, s. 8 vd.; Stötholm, s. 33; Fawcett ve Carruthers, s. 12-13.

⁴⁷⁹ Jonathan Hill ve Maire Ni Shuilleabhain, **Clarkson & Hill's Conflict of Laws**, Fifth Edition, Glasgow: Oxford University Press, 2016, s. 212-213; Fawcett ve Carruthers, s. 13; Kuipers, s. 1-2; Franco Ferrari (Ed.), **Rome I Regulation Pocket Commentary**, Munich: Sellier European Law Publishers, 2015, s. 26; Nuray Ekşi, **Sözleşmeden**

hukukların uyumlaştırılmasının yanında milletlerarası özel hukukun da uyumlaştırılması için adımlar atılmıştır.

Bu adımlardan ilki “1968 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınmasına İlişkin Brüksel Konvansiyonu⁴⁸⁰” (1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters)’dur⁴⁸¹. Brüksel Konvansiyonu ile mahkeme kararlarının üye devletlerde tanınması ve tenfizi usulünün kolaylaştırılması, milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin tespiti ve milletlerarası derdestlik gibi usuli birçok konuda düzenleme yapılmıştır⁴⁸². Böylece Konvansiyon ile birlikte AB hukuku bakımından ortak bir milletlerarası usul hukukunun temeli atılmıştır⁴⁸³.

Brüksel Konvansiyonu’nu takiben kanunlar ihtilafı kurallarının da yeknesaklaştırılması için çalışmalar yapılmış ve 19 Haziran 1980 tarihinde, Roma’da AB üyesi yedi devletin katılımıyla “1980 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk

Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2004, s. 7, (Roma Konvansiyonu); Nomer, s. 77; Stömholm, s. 33.

⁴⁸⁰ OJEC, Vol. 41, 26.01.1998, 1998/C 027/01, (Çalışmamızda bu konvansiyon Brüksel Konvansiyonu olarak anılacaktır.).

⁴⁸¹ Konvansiyonun yasal dayanağını Roma Antlaşması’nın Üye Devletlere mahkeme ve hakem kararlarının karşılıklı olarak tanınması ve tenfizine ilişkin işlemlerin kolaylaştırılması konusunda müzakere yapma hakkı tanıyan 220. maddesi oluşturmaktadır. (Söz konusu hüküm, Amsterdam Antlaşması’nın 293. maddesinde düzenlenmiştir.) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Süral ve Diğerleri “Avrupa Birliği Usul Hukuku/Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I Bis Recast Tüzüğü (AB 1215/2012)”, Işıl Özkan ve Diğerleri (Ed.), **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku** içinde (25-234), s. 25; Ekşi, **Roma Konvansiyonu**, s. 41; Stone, s. 6; Bayraktaroğlu Özçelik, **Harmonization**, s. 142; Ata Sakmar ve Nuray Ekşi, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**, Y. 2002, C. 22, S. 2, s. 732; Geert Van Calster, **European Private International Law**, Portland: Hart Publishing, 2013, s. 19 vd.; Stömholm, s. 33; Fawcett ve Carruthers, s. 204; Collins, **Volume I**, s. 11.

⁴⁸² Sakmar ve Ekşi, s. 721; Bayraktaroğlu Özçelik, **Harmonization**, s. 142; Stömholm, s. 33.

⁴⁸³ Brüksel Konvansiyonu’nu “2012/1215 sayılı Hukuki ve Ticari Konularda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Tüzük” (Regulation No 1215/2012 of the European Parliament and the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters) (OJEU, Vol. 55, 20.12.2012, L 351) takip etmiştir. Tüzük metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN> (19 Mart 2018); Tüzük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sakmar ve Ekşi, 735 vd.; B. Bahadır Erdem, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 tarihli Brüksel Antlaşması’nın Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması”, **Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan- MHB**, Y. 1997-1998, C. 17, S. 1-2, s. 183 vd.; Süral ve Diğerleri “Avrupa Birliği Usul Hukuku/Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I Bis Recast Tüzüğü (AB 1215/2012)”, Işıl Özkan, Ceyda Süral ve Uğur Tütüncübaşı (Ed.), **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku** içinde (25-234), Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 25 vd.; Stone, s. 13 vd.; Kuipers, s. 39; Fawcett ve Carruthers, s. 204; Michael Bogdan, **Concise Introduction to EU Private International Law**, Second Edition, Groningen: Europa Law Publishing, 2012, s. 31 vd..

Hakkında Roma Konvansiyonu-Roma Konvansiyonu⁴⁸⁴” (1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations) imzalanmıştır^{485 486}. Roma Konvansiyonu ile sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının birleştirilmesi hedeflenmiştir. Böylece AB hukukunda aynı uyuşmazlığın çözümü bakımından farklı hukukların uygulanmasının önüne geçilecek ve Birliği oluşturan devlet mahkemelerinin birinden alınan karar bir diğer devlet mahkemesi bakımından da emsal teşkil edebilecektir⁴⁸⁷.

Konvansiyon, imzalandıktan on bir yıl sonra, 1991 yılında yürürlüğe girmiş ve 2008 yılına kadar yürürlükte kalmıştır⁴⁸⁸. Ancak 2000 yılından sonra AB hukukunda değişen anlayış dolayısıyla Konvansiyon’da değişiklik yapılma ihtiyacı doğmuştur⁴⁸⁹. Bu ihtiyaç doğrultusunda “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma

⁴⁸⁴ OJEC, Vol. 41, 26.01.1998, 1998/C 027/02.

⁴⁸⁵ Bu devletler Almanya, Belçika, Fransa, Hollanda, İrlanda, İtalya, Lüksemburg’dur. Konvansiyonun yedinci üye devletin onay belgesini vermesinden sonra yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir. Bu sebeple Konvansiyon, Belçika ve İngiltere’nin 1991 yılında onay belgesini vermesi ile imzalandıktan on bir yıl sonra 1 Nisan 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. J. G. Collier, **Conflict of Laws**, Third Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, s. 189; Stone, **Conflict of Laws**, s. 244; Ekşi, **Roma Konvansiyonu**, s. 36-37; Gülin Güngör, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı-Restatement II Roma Sözleşmesi İsviçre LDIP MÖHUK**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, s. 85-86, 88; Sibel Özel, “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **MHB-Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, Y. 2002, C. 22, S. 1-2, s. 590, (MÖHUK m. 24/II); James J. Fawcett ve Paul Torremans, **Intellectual Property and Private International Law**, Second Edition, New York: Oxford University Press, 2011, s. 752; Zeynep Derya Tarman ve Diğerleri “Avrupa Birliği Kanunlar İhtilafı Kuralları/Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü (AT 593/2008)”, Işıl Özkan ve Diğerleri (Ed.), **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku** içinde (371-454), Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 371, dn. 2; Sema Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 123 (Teknoloji Transfer Sözleşmeleri); Tarman, **Roma I Tüzüğü**, s. 300, dn. 2; Tarman, **Hukuk Seçimi**, s. 144-145; Collins, **Volume I**, s. 11; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 160; Maebh Harding, **Conflict of Laws**, Fifth Edition, Abingdon: Taylor & Francis Group, 2014, s. 146; Fawcett ve Carruthers, s. 667-668; Konvansiyonun imzalandığı tarihte yürürlüğe girdiği görüşü için bkz. Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s. 177; Nomer, s. 78.

⁴⁸⁶ Brüksel Konvansiyonu’nun yasal dayanağı olarak Roma Sözleşmesi’nin 220. maddesi (Amsterdam Antlaşması m. 293) gösterilmekle birlikte maddede kanunlar ihtilafı kurallarının uyumlaştırılması ile ilgili hüküm bulunmamaktadır. Bu yüzden doktrinde Roma Konvansiyonu’nun yasal dayanağı olmadığı ileri sürülmüş ve yasal dayanağı olmayan bir konuda Konvansiyon yapılması eleştirilmiştir. Bu eleştiriye karşıt olarak Roma Konvansiyonu’nun Brüksel Konvansiyonu’nun doğal bir uzantısı olduğu bu sebeple de yasal dayanağının Brüksel Konvansiyonu’nun kendisi olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Stone, s. 263; Ekşi, **Roma Konvansiyonu**, s. 41; Fawcett ve Carruthers, s. 668; Gerçekten de bu iki konvansiyonun hükümleri incelendiğinde tanımlar, prensipler vb. konularda uyumluluk ve uygulanabilirlik açısından yatay (harizantal) devamlılık olduğu göze çarpmaktadır. Işıl Özkan ve Diğerleri (Ed.), **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, s. 12.

⁴⁸⁷ Fawcett ve Carruthers, s. 668; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 123.

⁴⁸⁸ Konvansiyonun yürürlüğe giriş tarihi ile ilgili bkz. yuka. dn. 479.

⁴⁸⁹ 2000 yılından itibaren konvansiyon şeklinde düzenleme yapma uygulamasına son verilmiş; bu alandaki çalışmalar tüzük şeklinde sürdürülmüştür. Bu sebeple Konvansiyonun Tüzüğe çevrilmesi ile ilgili çalışmalara başlanmıştır. Adrian Briggs, **Private International Law in English Courts**, Croydon: Oxford University Press, 2014, s. 57; Tarman ve Diğerleri “Avrupa Birliği Kanunlar İhtilafı Kuralları/Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü (AT 593/2008)”, Işıl Özkan ve Diğerleri (Ed.), **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku** içinde (371-454), s. 371; Bogdan, s. 117; Fawcett ve Carruthers, s. 669; Stömholm, s. 33.

Konvansiyonu'nun Modernizasyonuna İlişkin Yeşil Kitap-Yeşil Kitap⁴⁹⁰” (Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instruments and Its Modernisation) hazırlanmıştır⁴⁹¹. Tüm bu çalışmalar sonucunda 17 Aralık 2009 tarihinde “593/2008 sayılı Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Tüzüğü-Roma I Tüzüğü⁴⁹²” (Regulation No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations) yürürlüğe girmiştir⁴⁹³. Böylece bu belgeler ile AB hukukunda akdi borç ilişkileri ile ilgili hususlarda kanunlar ihtilafı kuralları birleştirilmiş ve Birlik bünyesinde ortak bir kanunlar ihtilafı sisteminin oluşturulması hususunda temeller atılmıştır⁴⁹⁴.

Fikri haklar sosyo-ekonomik yönü ağır basan haklardır. Bu sebeple devletler, egemenlik hakları gereği bu haklardan taviz vermek istemezler. Bu gerekçelerle fikri haklar ile ilgili uyumsuzlukların kanunlar ihtilafı sistemi içindeki yeri ve uyumsuzlukların çözümü için önerilen bağlama kuralları geçmişten günümüze üzerinde ittifaka varılamayan bir konu olmuştur. Buna örnek olarak 1999 yılında Lahey Konferansı kapsamında hazırlanan “Medeni ve Ticari Konularda Yabancı Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Yargılaması Hakkında Konvansiyon⁴⁹⁵” (Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters) un taslak metni verilebilir⁴⁹⁶.

⁴⁹⁰ Tam ismi, “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonu’nun Modernizasyonuna İlişkin Yeşil Kitap” olan bu belge, çalışmamız kapsamında “Yeşil Kitap” olarak anılacaktır. Yeşil Kitap (Green Paper), Avrupa Birliği Komisyonu tarafından belirli bir konuya üye Devletlerin dikkatlerini çekmek ve konuyu tartışmaya açmak için hazırlanan tasarı niteliğinde belgelere verilen isimdir. Zeynep Derya Tarman ve Diğerleri “Avrupa Birliği Kanunlar İhtilafı Kuralları/Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü (AT 593/2008)”, Işıl Özkan ve Diğerleri (Ed.), **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku** içinde (371-454), s. 375, dn. 14; Roma Konvansiyonu ile ilgili Yeşil Kitap’ın metni için bkz. [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com\(2005\)0650/com\(2005\)0650_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com(2005)0650/com(2005)0650_en.pdf) (23 Mart 2018).

⁴⁹¹ Kuipers, s. 40; Harding, s. 149; Güngör, s. 86 dn. 9; Tarman, **Roma I Tüzüğü**, s. 305; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 125; Stömhölm, s. 33.

⁴⁹² OJEU, Vol. 51, 04.07.2008, L 177/06.

⁴⁹³ Tüzüğün İngilizce metni için bkz. Stefania Bariatti, **Cases and Materials on EU Private International Law**, Portland: Hart Publishing, 2011, s. 559 vd.; Ayrıca bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&qid=1521549314032&from=EN> (24 Mart 2018).

⁴⁹⁴ Bu başlıkta AB hukukunda kanunlar ihtilafı sistemi verilme çalışılmış ve tarihsel süreç anlatılarak yeknesaklaştırma çalışmalarının genel çerçevesi çizilmiştir. Bahsi geçen belgelerde öngörülen bağlama kuralları aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacaktır. Öngörülen bağlama kuralları için ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, III, B.

⁴⁹⁵ Taslak metnin İngilizce çevirisi için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/638883f3-0c0a-46c6-b646-7a099d9bd95e.pdf> (20 Mayıs 2018).

⁴⁹⁶ Taslak metni ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Rochelle C. Dreyfuss ve Jane C. Ginsburg “Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgments in Intellectual Property Matters” **Symposium on Constructing International Intellectual Property Law: The Role of National Courts Chicago-Kent Law Review**, Vol. 77, Issue

Taslak metninde özellikle fikri haklar ile ilgili hükümler büyük itirazlarla karşılanmış ve bunun sonucu olarak taslak metni Konvansiyona dönüştürülemediği⁴⁹⁷. Bunun üzerine Amerika Birleşik Devletleri, Asya ve Avrupa’da milletlerarası nitelik taşıyan fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklarda harmonizasyonu sağlamak için çalışmalara başlanmıştır⁴⁹⁸. Bu amaçla Avrupa’da Max Planck Enstitüsü’nce Fikri Mülkiyetten Doğan Kanunlar İhtilafı Grubu kurulmuş ve bu Grup, fikri haklarla ilgili uyuşmazlıkların tabi olduğu kanunlar ihtilafı kuralları konusunda ilke niteliğinde kurallar yayımlamıştır⁴⁹⁹. Bu kurallar diğer bir tabirle prensipler hem AB hukuku bakımından hem de Birlik dışında bulunan Avrupa devletleri milli hukukları bakımından uygulanabilir olup tavsiye niteliği taşırlar. Amerika Birleşik Devletleri’nde ise Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından fikri haklar ile ilgili tam adı “Fikri Mülkiyet: Sınır Aşan İhtilaflarda Mahkemelerin Yetkisi, Hukuk Seçimi ve Hükümlerle ilgili İlkeler-ALI Prensipleri⁵⁰⁰” olan prensipler hazırlanmıştır. Bu prensipler tavsiye niteliğinde olup bağlayıcı değildirler; mahkemelere ve uygulamacılara yol gösterme amacı taşırlar⁵⁰¹.

3, Art. 5, s. 1065 vd.; Rochelle Dreyfuss, “The ALI Principles on the Transnational Intellectual Property Disputes: Why Invite Conflicts?”, **Brooklyn Journal of International Law**, Y. 2005, Vol. 30, No. 3, s. 820-821; Matulionyte, s. 122; Dessemontet, s. 854.

⁴⁹⁷ Dreyfuss ve Ginsburg, s. 1065; Anette Kur, “The CLIP Principles-Summary of The Project”, **The Quarterly Review of Corporation Law and Society**, s. 202, <http://www.win-cls.sakura.ne.jp/pdf/29/22.pdf> (20 Mayıs 2018); Grame B. Dinwoodie, “Developing a Private International Intellectual Property Law: The Demise of Territoriality?”, **William & Mary Law Review**, Y. 2009, Vol. 51, s. 720.

⁴⁹⁸ Dreyfuss, s. 819; Dinwoodie, s. 721; Matulionyte, s. 122; Kur, s. 202; Bu kapsamda Amerika Birleşik Devletleri’nde Amerikan Hukuk Enstitüsü (American Law Institute) tarafından “Fikri Mülkiyet: Sınır Aşan İhtilaflarda Mahkemelerin Yetkisi, Hukuk Seçimi ve Hükümlerle ilgili İlkeler-ALI Prensipleri” (Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes) hazırlanmıştır.

⁴⁹⁹ Grup, Max Planck Enstitüsü bünyesinde 2004 yılında çalışmalara başlamış ve sırasıyla 8 Nisan 2009 (First Preliminary Draft olarak adlandırılan taslak metnin İngilizce çevirisi için bkz. https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/First_draft-clip-principles-08-04-2009.pdf (20 Mayıs 2018)), 6 Haziran 2009 (Second Preliminary Draft olarak adlandırılan taslak metnin İngilizce çevirisi için bkz. https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Second_draft-clip-principles-06-06-2009_version_2.pdf (20 Mayıs 2018)), 1 Eylül 2010 (Third Preliminary Draft olarak adlandırılan taslak metnin İngilizce çevirisi için bkz. https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/third_draft-clip-principles-01-09-2010_version_2.pdf (20 Mayıs 2018)) ve 25 Mart 2011 (The Draft olarak adlandırılan taslak metnin İngilizce çevirisi için bkz. https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/the_draft-clip-principles-25-03-2011.pdf (20 Mayıs 2018)) tarihlerinde fikri haklarla ilgili uyuşmazlıklara uygulanacak prensipler hususunda taslak metinler yayımlamıştır. Son olarak ise 1 Aralık 2011 tarihinde (Çalışmamızda CLIP Prensipleri olarak adlandırılan ilkeler bakımından bu metin esas alınmaktadır. The Final Text olarak adlandırılan nihai metnin İngilizce çevirisi için bkz. https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Final_Text_1_December_2011.pdf (20 Mayıs 2018)) söz konusu Prensiplerin nihai metni yayımlanmıştır Grup, sadece fikri haklar konusunda prensipler hazırlamamakta; bunun yanında yürürlüğe girecek olan kanunlar hakkında da yorum ve tavsiye niteliğinde metinler hazırlamaktadır.

⁵⁰⁰ Çalışmamızda bu prensipler ALI Prensipleri olarak anılacaktır. Prensiplerin İngilizce metni için bkz. <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7687> (21 Temmuz 2018).

⁵⁰¹ Dessemontet, s. 855.

Türk hukukunda kanunlar ihtilafı kuralları ile ilgili modern anlamda ilk düzenleme, “2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁵⁰²” (mülga MÖHUK)’tur. Kanunun, “*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri*” başlıklı 24. maddesi⁵⁰³ sözleşmelere uygulanacak hukuk ile ilgili tek düzenleme olup Kanunda özel sözleşme tipleri yer almamaktaydı. Bu sebeple sözleşmelerle ilgili bütün uyuşmazlıklar bu madde hükmü uyarınca çözümlenmekteydi. Pek tabii olarak bu dönemde telif hakkı sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlıklar da bu madde hükmü esas alınarak çözüme kavuşturulmaktaydı. 1982 yılında yürürlüğe giren mülga MÖHUK, 2007 yılına kadar yürürlükte kalmış, bu tarihte yerini “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun-MÖHUK’a⁵⁰⁴” bırakmıştır.

Telif hakkına ilişkin sözleşmeler ile ilgili özel bağlama kuralı ilk defa 5718 sayılı MÖHUK döneminde düzenleme alanı bulmuştur. Gerçekten de mülga MÖHUK bu sözleşmeler bakımından özel bir bağlama kuralı öngörmemiştir. Bu kanun döneminde telif hakkına ilişkin sözleşmeler genel sözleşme kuralı olan 24. madde kapsamında değerlendirilmiş ve uyuşmazlıklar bu maddede öngörülen bağlama kuralı ile çözüme kavuşturulmuştur. 5718 sayılı Kanunda ise telif hakkına ilişkin sözleşmelere uygulanacak olan kanunlar ihtilafı kuralı özel bir madde ile hüküm altına alınmıştır. Bu madde, MÖHUK’un “*Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler*” başlığını taşıyan 28. maddesidir⁵⁰⁵

⁵⁰² RG T. 22.05.1982, S. 17701.

⁵⁰³ mülga MÖHUK m. 24: “(1) *Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir.* (2) *Tarafların açık olarak bir kanun seçmemeleri halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerinde tespit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır.*”

⁵⁰⁴ RG T. 12.12.2007, S. 26728.

⁵⁰⁵ Madde ile fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Buna göre, hem fikri hakların devrine ilişkin sözleşmeler hem de bu hakların kullanımının devrine ilişkin sözleşmeler (lisans sözleşmeleri) maddenin uygulama alanı içindedir. B. Bahadır Erdem, “Intellectual Property Rights in Turkish Private International Law and a Comparative Analysis on Applicable Law to Contractual Obligations”, Paul Beaumont ve Burcu Yüksel (Ed.), **Turkish and EU Private International Law: A Comparison** içinde (226-241) İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 234. Çelikel ve Erdem, s. 423; Bu sözleşme tipleri arasında esaslı farklılıkların bulunması sebebiyle aynı madde ile incelenmiş olmasının uygun olmadığı eleştirisi için bkz. Sargın, **Fikri ve Sınai Haklar**, s. 174, 182 vd.; Ayrıca madde gerekçesinde fikri mülkiyet teriminin, Türkiye’nin de tarafı olduğu WIPO ile TRIPS metinlerinde kullanılan ve fikir ve sanat eserleri ile sınai mülkiyet hakları ayırımını kaldırarak bunların tümünü bünyesinde bulunduran “intellectual property” teriminin Türkçe karşılığı olarak kullanıldığı ve böylece hem literatür hem de mevzuat bakımından yeknesaklık sağlandığı belirtilmiştir. Gerekçe için bkz. Günseli Öztekin Gelgel ve B. Bahadır Erdem, **27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, 5. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2016, s. 97 (Gerekçe); Çelikel ve Erdem, s. 431. Bu terimin kullanımının eleştirisi için bkz. Fügen Sargın, “5718 sayılı MÖHUK Çerçevesinde Fikri ve Sınai Haklar ile İlgili Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”, **Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2 Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası**

II. VASIFLANDIRMA

A. Genel Olarak

Milletlerarası nitelik taşıyan fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından uygulanacak hukukun tespiti ne şekilde yapılacağı ve bu kuralların Türk hukukunda hangi hukuki düzenlemeler içinde yer aldığı incelendikten ve konu ile ilgili hukuki düzenlemelerin genel çerçevesi çizildikten sonra üzerinde durulması gereken husus, bu sözleşmelerin vasıflandırılması meselesidir. Gerçekten de vasıflandırma, uygulanacak hukukun tespiti bakımından incelenmesi gereken ilk konudur.

Yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığı çözebilmek için öncelikle, uyuşmazlığa konu olan hayat ilişkisinin hangi hukuk düzeni içinde yorumlanacağını tespit edilmesi gerekir. Çünkü hukuk düzenlerinde her hayat ilişkisi aynı şekilde yorumlanmamakta; bunun sonucu olarak da farklı şekilde yorumlanan aynı hayat ilişkisi, farklı bir hukuki tasnife konu olabilmektedir⁵⁰⁶. Bu sebeple birden çok hukuk düzeni ile irtibat halinde bulunan bir uyuşmazlığın hangi hukuk düzeni içinde yorumlanacağı meselesi büyük önem taşımaktadır. Yabancılık unsuru taşıyan bir hayat ilişkisinin, hangi hukuk düzeni içinde yorumlanacağı, milletlerarası özel hukukta vasıflandırma kurumu altında düzenlenmiştir⁵⁰⁷.

Vasıflandırma, milletlerarası özel hukuka has bir kurum değildir⁵⁰⁸. Bir uyuşmazlığın hangi hukuk dalının sınırları içinde bulunduğu tespiti de bir tür

Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, s. 172, 174 (Fikri ve Sınai Haklar).

⁵⁰⁶ Martin Wolff, **Private International Law**, London: Oxford University Press, 1945, s. 134; Fawcett ve Carruthers, s.43-44; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 48; Collier, s. 13-14; Stone, **Conflict of Laws**, s. 385-386; Bu farklılıkların sebepleri; iç hukuk ile yabancı hukuk arasında sistem farklılıklarının bulunması, maddi hukuk ile milletlerarası özel hukuk arasında sistem farklılıklarının bulunması ve hâkimin hukukunda sistem boşluğunun bulunması olarak sıralanabilir. Gülören Tekinalp ve Ayfer Uyanık, **Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları**, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 34-35; Doğan, s. 180; Nihal Uluocak, **Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971, s. 193 (Yasama Yetkisi Kuralları); Çelikel ve Erdem, s. 77; Seviğ, **Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, s. 122-123; Göger, s. 83.

⁵⁰⁷ Rona Aybay ve Esra Dardağan, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 148; Harding, s. 146; Collier, s. 14; Çelikel ve Erdem, s. 77; Göger, s. 82; Nomer, s. 97; Seviğ, **Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, s. 123; Tekinalp ve Uyanık, s. 37-38; Çelikel ve Erdem, s. 74-75; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 193; Fawcett ve Carruthers, s. 42; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 47; Can ve Toker, s. 84; Doğan, s. 179.

⁵⁰⁸ Aybay ve Dardağan, s. 147-148; Çelikel ve Erdem, s. 74.

vasıflandırmadır⁵⁰⁹. Fakat bu vasıflandırma, iç hukuklarca yapıldığı için uyuşmazlığın yorumlanması bakımından herhangi bir ihtilafla karşılaşmak daha düşük bir ihtimaldir. Çünkü, iç hukuklar bakımından bir uyuşmazlığın hangi hukuk dalınca düzenlendiği konusunda çoğu zaman bir ihtilaf bulunmamaktadır. Ancak, milletlerarası özel hukuk bakımından durum böyle değildir.

Bir hayat ilişkisinin hangi hukuk düzeni içinde çözümleneceğinin tespiti daha net bir ifadeyle vasıflandırma, aynı zamanda uyuşmazlığın hangi kanunlar ihtilafı kuralı aracılığıyla çözüleceğinin de tespiti anlamına gelmektedir. Kanunlar ihtilafı kuralları, bağlama konusu ve bağlama noktasından oluşur. Bağlama konusu, uyuşmazlık konusu olan hayat ilişkisidir; bir diğer deyişle çözüme kavuşturulmak istenen uyuşmazlığın kendisidir⁵¹⁰. Buna göre bağlama konusu; evlenme, boşanma, miras, ayni hak, haksız fiil yahut sözleşmesel ilişki olabilir. Bağlama noktası ise, uyuşmazlık konusunu belirli bir devlet hukuku ile irtibatlandıran maddi vak’alardır⁵¹¹. Bağlama noktası, kişi unsurlu uyuşmazlıklar bakımından vatandaşlık, ikametgâh, mutad mesken; ayni haklar bakımından eşyanın bulunduğu yer; haksız fiiller bakımından haksız fiilin ifa yeri, zarar yeri, koruma yeri ve sözleşmesel uyuşmazlıklar bakımından ise sözleşmenin kurulduğu yer yahut ifa yeridir⁵¹². Öyleyse kanunlar ihtilafı kuralları yardımı ile uygulanacak hukukun tespiti yapılırken ilk önce uyuşmazlık konusu hayat ilişkisinin hangi bağlama konusuna dahil olduğu; daha sonra ise bu bağlama konusunun, hangi bağlama noktası aracılığıyla çözüme kavuşturulacağı tespiti yapılmalıdır. Ancak, kanunlar ihtilafı kuralları gösterici nitelikte kurallar olduğu için bu kuralların işaret ettiği bağlama konusu ve bağlama noktası gibi hususlar yorumlanmaya muhtaçtır ve bu yorumlamanın hangi hukuk düzeni içinde yapılacağına belirlenmesi gerekir⁵¹³. Bu durum, vasıflandırma ihtilafı olarak adlandırılmaktadır.

⁵⁰⁹ Hamide Topçuoğlu, “Tavsif İhtilafları” **AÜHFD**, Y. 1949, C. 6, S. 1, s. 80; Çelikel ve Erdem, s. 74-75.

⁵¹⁰ Nomer, s. 96; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 28; Çelikel ve Erdem, s. 61; Seviğ, **Yasama ve Yargılama Çalışmaları**, s. 129; Stone, **Conflict of Laws**, s. 385; Çelikel ve Erdem, s. 61; Doğan, s. 167; Can ve Toker, s. 69.

⁵¹¹ Çelikel ve Erdem, s. 61.

⁵¹² Bağlama noktaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 30 vd.; Çelikel ve Erdem, s. 62 vd.; Doğan, s. 170 vd.; Can ve Toker, s. 70 vd.; Nomer, s. 114 vd..

⁵¹³ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 49-50; Nomer, s. 97; Çelikel ve Erdem, s. 77; Göğer, s. 83-84; Nomer, s. 97; Can ve Toker, s. 84.

Vasıflandırma ihtilafı bakımından sorun teşkil eden kısım, bağlama konusunun vasıflandırılması meselesidir. Hâkimin önüne birden çok hukuk düzeni ile irtibatlı olan bir uyuşmazlık geldiğinde bu uyuşmazlığın tasnifini hangi hukuka göre yapacağı başka bir ifade ile vasıflandırma ihtilafını ne şekilde çözümleyeceği hususu geçmişten günümüze tartışıl原因mış bir konudur. Bu ihtilafın nasıl çözümleneceği konusunda birçok yöntem ileri sürülmüştür.

Vasıflandırma ihtilafını ilk ortaya atan Fransız hukukçu Bartin ve Alman hukukçu Kahn, vasıflandırmanın istisnalar dışında *hâkimin hukukuna (lex fori)* tabi olması gerektiğini savunmuşlardır⁵¹⁴. Vasıflandırmanın lex fori'ye göre yapılacağını kabul eden bu görüşe göre hâkim, uyuşmazlık konusunun tasnifini yaparken kendi hukukundan hareket etmelidir⁵¹⁵. Aslında bu aynı zamanda bir zarurettir; çünkü hâkimin çıkış noktası her zaman kendi hukuku olacaktır⁵¹⁶. Bu görüşün temel dayanağı iki noktada açıklanabilir. Bunlardan ilki, yabancı hukukun uygulanmasının Devletin hakimiyetinden feragat niteliği taşıdığından bahisle bu feragatin sınırlarının belirlenmesi bakımından vasıflandırmanın hâkimin hukukuna göre yapılması gerekliliğidir⁵¹⁷. Diğer yandan farklı uluslar arasındaki özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünü sağlaması ve dahi bu uyuşmazlıkların çözümü bakımından yabancı bir hukukun uygulanması ihtimalinin mevcut olması milletlerarası özel hukukun iç hukukun bir parçası olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bu sebeple de hâkimin uyuşmazlığın tasnifini zorunlu olarak kendi hukuku çerçevesinde yapması gerekir⁵¹⁸.

Hal böyle olmakla birlikte vasıflandırma ile ilgili bir ihtilafın lex fori'ye göre çözümü her durumda hakkaniyete uygun olmayabilmektedir. Bunun ilk sebebi, vasıflandırma yapılan hukuk ile, yani lex fori ile, uyuşmazlığın çözümü için uygulanacak olan hukuk (lex causae) arasında farklılıklar olması ihtimalidir. Böyle bir durumda

⁵¹⁴ Etienne Bartin, “De l’Impossibilite d’Arriver a la Supression Definitive des Conflicts des Lois”, **Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee**, Y. 1897, Vol. 24, Issue 3-4, s. 225 Aktaran: Çelikel ve Erdem, s. 80; Franz Michael Kahn, “Gesetz Kollisionen”, **Jhering’s Jahrbücher**, Y. 1891, Vol. 30, s. 1 vd., Aktaran: Stone, **Conflict of Laws**, s. 390; Collier, s. 15; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 195; Nomer, s. 100; Seviğ, **Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, s. 123; Topçuoğlu, s. 88; Göger, s. 85; Collins, **Volume I**, s. 36.

⁵¹⁵ Fawcett ve Carruthers, s. 43 vd.; Stone, **Conflict of Laws**, s. 390; Collier, s. 16; Çelikel ve Erdem, s. 80; Nomer, s. 99; Briggs, s. 108; Collins, **Volume I**, s. 36; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 195; Aybay ve Dardağan, s. 150.

⁵¹⁶ Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 196; Aybay ve Dardağan, s. 150; Çelikel ve Erdem, s. 80; Briggs, s. 108.

⁵¹⁷ Göger, s. 85; Doğan, s. 180.

⁵¹⁸ Tekinalp, s. 39; Doğan, s. 180.

uyuşmazlık, esasa uygulanacak olan hukuk düzeninde kabul edildiği şekilde yorumlanmamış olacaktır⁵¹⁹. Sorun teşkil edecek bir diğer durum, uyuşmazlık konusu kurumun *lex fori*'de düzenlenmemiş olması ihtimalidir⁵²⁰. Bu durumda genel kabul hâkimin kendi hukukundaki yakın yahut benzer bir kurum ile intibak yapması yönündedir⁵²¹. Fakat her halde *lex fori*'de yakın yahut benzer bir kurum mevcut olmayabilir⁵²². Öyleyse, *lex fori*'nin vasıflandırma ihtilafını çözmek bakımından belirli noktalarda yetersiz kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Alman hukukçu Wolff ve Fransız hukukçu Despagnet'in ileri sürdüğü bir diğer çözüm yolu, *esasa uygulanacak hukukun (lex causae)* vasıflandırma ihtilafını çözmek bakımından da uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁵²³. Bu görüşün temelinde, uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak hukukun bir bütün olarak ele alınması gerektiği düşüncesi yatar⁵²⁴. Buna göre, uyuşmazlığa tatbik edilecek hukuk, uyuşmazlığın vasıflandırılması bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bu çözüm yolu, nihai olarak uygulanacak hukuk tespiti yapılmadan ve hatta tespiti yapılırken sanki tespit yapılmış gibi uyuşmazlığın bu hukuk tarafından vasıflandırılmasını öngördüğü için eleřtirilmiřtir⁵²⁵.

⁵¹⁹ Collier, s. 14; Wolff, s. 154; Tekinalp ve Uyanık, s. 35-36; Bunun en çarpıcı örneği hiç kuşkusuz nişanın bozulması durumunda Fransız ve Türk hukuklarınca yapılan vasıflandırmadır. Nişanın bozulması, Türk hukukunda özel olarak düzenleme alanı bulmuşken; Fransız hukukunda bu kurum haksız fiil olarak vasıflandırılmaktadır. Bu durumda Türk hakiminin önüne gelen bir uyuşmazlıkta vasıflandırma *lex fori*'ye (Türk hukukuna) göre yapılırsa sonuç MÖHUK m. 12 uygulanarak çözüme kavuşturulacakken; esasa uygulanacak hukuka göre vasıflandırma yapılması durumunda haksız fiil vasıflandırması yapılacak ve MÖHUK m. 34 uygulama alanı bulacaktır. Örnek için bkz. Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 198-99; şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe s. 49; Çelikel ve Erdem, s. 81; Seviğ, **Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, s. 127.

⁵²⁰ Wolff, s. 154; Collier, s. 14; Çelikel ve Erdem, s. 80.

⁵²¹ İntibak kurumu için bkz. Tekinalp ve Uyanık, s. 38, 40; şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 49, dn. 98; Nomer, s. 134.

⁵²² Bu duruma örnek olarak Anglo-sakson hukukunda düzenlenmiş olan "trust" müessesesi verilebilir. Trust, Anglo-sakson hukuklarınca düzenlenmiş olmakla birlikte bu müessesenin Kıta Avrupası hukuklarında bir karşılığı bulunmamaktadır. Tekinalp ve Uyanık, s. 36; Çelikel ve Erdem, s. 80; Nomer, s. 98. Trust müessesesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fawcett ve Carruthers, s. 1131 vd..

⁵²³ Wolff, s. 155; Frantz Despagnet, **Des Conflicts de lois Relatifs a la Qualification des Rapports Juridiques**, Paris: Marchal & Billard, 1898, s. 233 vd., Aktaran: Çelikel ve Erdem, s. 81; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 198; Collins, **Volume I**, s. 37.

⁵²⁴ Collins, **Volume I**, s. 31; Wolff, s. 155 vd.; Seviğ, **Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, s. 124; Çelikel ve Erdem, s. 81; Göğer, s. 86; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 198.

⁵²⁵ Collier, s. 14; Doğan, s. 181; Çelikel ve Erdem, s. 179; Tekinalp ve Uyanık, s. 36; Aybay ve Dardağan, s. 150; Seviğ, **Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, s. 124-125; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 199-200.

Bunun dışında doktrinde vasıflandırma ihtilafının mukayeseli hukuk kuralları⁵²⁶ dikkate alınarak veya aşamalı olarak⁵²⁷ önce lex fori vasıflandırma yapıp daha sonra lex causae vasıflandırma yapılarak da çözüme kavuşturulabileceği kabul edilmektedir.

Görüldüğü gibi bağlama konusunda vasıf ihtilafının çözümü bakımından birden çok yöntem ortaya atılmıştır. Geline son noktada Türk hukukunda hâkim olan görüş; somut olayın şartları ışığında değerlendirme yapıp bu değerlendirme sonucu milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine en uygun olan çözüm yolunun tatbik edileceğini savunmaktadır⁵²⁸.

Bağlama noktası bakımından vasıf ihtilafı ise, aynı bağlama noktalarının farklı ülke hukuklarında farklı anlamlar ihtiva etmesinden kaynaklanmaktadır⁵²⁹. Bağlama noktasının vasıflandırılması meselesi görece daha kolay bir şekilde çözüme kavuşturulabilmektedir. Bunun sebebi bağlama noktasının yorumunun, düzenlendiği ülke hukukunca yapılması gerektiğinin kabul edilmekte olmasıdır⁵³⁰. Yani, söz konusu bağlama noktası hangi ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarına aitse bağlama noktasının yorumu o ülke hukukunca yapılacaktır. Buradan hareketle, Türk hakiminin karşısına gelen bir uyuşmazlıkta Türk kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacağı için bağlama noktasının Türk hukukuna göre yorumlanması gerecektir.

⁵²⁶ Bağımsızlık teorisi olarak da adlandırılan bu görüşe göre vasıflandırma, hâkimin hukuku yahut esasa uygulanacak hukuka göre değil; mukayeseli hukuk prensipleri dikkate alınarak yapılır. Bu durumda vasıflandırma, milletlerarası özel hukuk prensipleri dikkate alınarak geliştirilmiş bağımsız kavramlar aracılığıyla yapılmış olacaktır. Collier, s. 17; Göger, s. 85; Nomer, s. 101; Aybay ve Dardağan, s. 152; Çelikel ve Erdem, s. 82; Göger, s. 87; Tekinalp ve Uyanık, s. 36; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 200; Doğan, s. 181-182; Seviğ, **Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, s. 129.

⁵²⁷ Özellikle ABD hukukunda kabul edilen aşamalı vasıflandırma, vasıflandırmanın iki basamaklı yapılması temeline dayanır. Buna göre ilk aşamada hâkim, vasıflandırmayı kendi hukukuna göre yapar. Bundan sonra bu vasıflandırma ışığında esasa uygulanacak hukuk dikkate alınarak ikinci bir vasıflandırma yapılır. Doğan, s. 182; Collier, s. 17; Çelikel ve Erdem, s. 83-84.

⁵²⁸ Göger, s. 88-89; Nomer, s. 102; Çelikel ve Erdem, s. 84; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 50.

⁵²⁹ Bu duruma örnek olarak ikametgâh yeri hukuku bağlama noktası verilebilir. İkametgâh yahut 5718 sayılı MÖHUK'un deyimiyle yerleşim yeri, birçok hukukta düzenleme alanı bulan bir bağlama noktasıdır. Fakat bu kavram, Kıta Avrupası ve Anglo-sakson hukuklarında gerek tayin gerek de kapsam olarak farklı anlamlara gelmektedir. İşte bu durum, bağlama noktasının vasıflandırılması bakımından farklılıklara yol açabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel ve Erdem, s. 76, dn. 13.

⁵³⁰ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 44; Nomer, s. 105 vd..

B. Telif Hakkı Sözleşmesinin Vasıflandırılması

Çalışma konumuz özelinde bağlama konusu, telif hakkına ilişkin sözleşmelerdir. Bu tespit bizi MÖHUK'un 28. maddesine götürecektir. Madde, telif hakkı ile ilgili sözleşmeler bakımından dikkate alınacak ilk bağlama noktasını, telif hakkını yahut bu hakkının kullanımını devreden tarafın *işyeri hukuku* olarak belirlemiştir. Maddenin devamında ise işyeri hukukunun bulunmaması halinde bu uyuşmazlıklara devreden tarafın *mutad meskeni hukukunun* uygulanacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere burada kanun koyucu birden çok bağlama noktası öngörmüştür. Bu noktada bağlama noktalarının birbirlerinin alternatifi olarak değil, birinin bulunmaması durumunda bir diğerinin uygulanacağı şekilde; diğer bir tabirle basamaklı bağlama noktası olarak düzenlenmiş olduğu gözden kaçmamalıdır.

Fakat, konumuz bakımından bağlama konusunun vasıflandırılması her durumda kolay olmamaktadır. Bir uyuşmazlığın fikri haklara ilişkin olduğunun tespitinin yapılması çoğu zaman bir problem teşkil etmemekle birlikte⁵³¹, bu uyuşmazlığın fikri hakkın özü ile mi yoksa sözleşmesel ilişkiyle mi ilgili olduğunun tespiti, çözümlenmesi zor bir meseledir⁵³². Bunun sebebi fikri haklara ilişkin sözleşmelerde, özellikle çalışmamızın konusunu oluşturan telif hakkının devri sözleşmelerinde, hakkın devri ile diğer bir deyişle tasarruf işlemi ile borçlandırıcı işlemin bir arada bulunması ve bu işlemlerin iç içe geçmiş olmasıdır.

Bir hakkın devredilip devredilememesi ile meseleler hak statüsüne tabidir. Bir diğer tabirle hakkın devri kabil haklardan olup olmaması, devredilen hakkın kapsamı ve bu hakkın kim tarafından kullanılacağı hak statüsü uyarınca çözüme kavuşturulur. Diğer taraftan devir sözleşmesi bakımından bu hakkın devredilmesi, taraflardan birinin sözleşmesel borcu olarak karşımıza çıkar. Bu sebeple doktrinde başta Ulmer olmak üzere pek çok hukukçu tarafından tasarrufi nitelik taşıyan sözleşmeler bakımından tasarruf

⁵³¹ Telif hakkının vasıflandırılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Stömholm, s. 70 vd..

⁵³² Hatice Selin Pürselim Arning, "Milletlerarası Özel Hukukta Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Telif Hakları: Sanatçı Salvador Dali ile ilgili Tokyo Yüksek Mahkemesi'nin ve Fransız Mahkemesi'nin Kararları", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD)**, Y. 2013, C. 21, S. 1, s. 247; Jane C. Ginsburg and Pierre Sirinelli, "Private International Law Aspects of Authors' Contracts: The Dutch and French Examples", **Columbia Journal of Law & The Arts**, Y. 2015, Vol. 39, No. 2, s. 177; Dardağan, s. 213.

işlemi ve borçlandırıcı işlemin ayrılması gerektiği ileri sürülmüştür⁵³³. Bu görüşe göre, hakkın devrinin niteliği ve kapsamı hak statüsüne tabi iken; devreden tarafın hakkı devir borcu, sözleşme statüsüne tabi olan bir husustur. Bir diğer deyişle tasarruf işlemi hak statüsüne, borçlandırıcı işlem ise sözleşme statüsüne tabi olacaktır. Konunun ehemmiyeti açısından bu hususu bir örnekle açıklamak yerinde olacaktır.

İngiliz mahkemesi önüne gelen İngiliz yazar Noble ile İngiliz film yapım şirketi Campbell Connelly & Co.⁵³⁴ arasında yapılan yazarın sinemaya uyarlanan eserinin dünya çapında gösterim hakkının yapımcıya devredilmesine ilişkin sözleşmede, taraflar arasında bu gösterim hakkının kapsamı konusunda bir uyuşmazlık çıkmıştır. Mahkeme, sözleşme ile film yapım şirketine verilen gösterim hakkının sinemada gösterim ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı daha açık bir ifadeyle hakkın devrinin televizyonda gösterimi kapsayıp kapsamadığına ilişkin olan bu uyuşmazlığın sözleşmesel yükümlülüklerle ilgili olmadığına hükmetmiştir. Gerçekten de bu husus, sözleşmesel bir mesele değil; bahsedilen hakkın kapsamı ile ilgili bir meseledir. Bu kapsamda bu uyuşmazlık hak statüsüne tabi tutulmuş ve koruma ülkesi hukuku⁵³⁵ uyarınca çözüme kavuşturulmuştur.

Ancak sözleşme bakımından her zaman bu şekilde iki ayrı statünün uygulanabilirliğini kabul etmek hukuki belirsizliğe sebep olabilecektir. Gerçekten de hangi hukuki muamelenin tasarrufi nitelik taşıdığı hangisinin borçlandırıcı işlem mahiyetinde olduğunu tespit etmek her hukuk sistemi bakımından ayrı ayrı ele alınması gereken bir husus olup bunun tespiti her zaman kolay olmamaktadır⁵³⁶. Öyle ki bu ayırım, aynı hukuk düzeninde ve aynı uyuşmazlık bakımından dahi farklı şekillerde yorumlanabilmektedir. Tokyo Mahkemeleri'nde farklı derece mahkemelerinin aynı

⁵³³ Ulmer, s. 44-45; Fawcett ve Torremans, s. 723-724; Pürselim Arning, s. 247-248; Aynı doğrultuda bkz. Nomer, s. 353-354; Can ve Toker, s. 308.

⁵³⁴ Karar için bkz. Paul Edward Geller, "International Copyright: The Introduction", Lionel Bently (Ed.), **International Copyright Law and Practise** içinde (1-236), New York: Lexis Nexis, 2017, s. 219.

⁵³⁵ Koruma ülkesi hukuku ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, III, A, 1, b, (2).

⁵³⁶ Strömholm, s. 126; Pedro Alberto De Miguel Asensio, "The Law Governing International Intellectual Property Licensing Agreements (A Conflict of Laws Analysis)", Jacques de Werra (Ed.), **Research Handbook on Intellectual Property Licensing** içinde (312-336), Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013, s. 317; Paul Edward Geller, "International Copyright: The Introduction", Lionel Bently (Ed.), **International Copyright Law and Practise** içinde (1-236), s. 222; Dardağan, s. 213; Sargın, **Marka Lisans Sözleşmeleri**, s. 26; Paul Edward Geller, "Conflicts of Laws in Copyright Cases: **Infringement and Ownership Issues**", **Journal of Copyright Society of USA**, Y. 2004, Vol. 51, s. 376, (Ownership); Ginsburg ve Sirinelli, s. 178.

uyuşmazlık bakımından yaptığı vasıflandırmalar bu durumun çözümü güç bir mesele olduğunu çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır⁵³⁷. Salvador Dali, 1986 yılında eserleri üzerindeki telif haklarını devir sözleşmesi ile davacı Robert Descharnes' e sekiz yıl süre ile devretmiş ve 1989 yılında vefat etmiştir. 1998-1999 yılları arasında davalı Tokyo merkezli Asahi Shimbun Co., Dali'nin eserlerinin bulunduğu "Spanish Fantasy: World of Gaudi and Dali" isimli bir sergi düzenlemiş ve sergi bünyesinde Dali'nin eserlerinin bulunduğu kataloglar satışa sunulmuştur.

Tokyo İlk Derece Mahkemesi'nin önüne gelen olayda⁵³⁸ devir sözleşmesi ile telif hakkını elinde bulundurduğunu iddia eden davacı, davalı şirketin Dali tarafından kendisine devredilen eserleri üzerindeki telif hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. İlk Derece Mahkemesi, davacı ile Dali arasında imzalanan sözleşmeyi incelemiş; sözleşme uyarınca davacının telif hakkını haiz olduğuna karar vermiş ve talebini kabul etmiştir. Bunun üzerine dava Tokyo Bölge Mahkemesi'ne taşınmıştır. Bölge Mahkemesi 2003 yılında verdiği kararda⁵³⁹, davacı ile Dali arasında yapılan devir sözleşmesinde hukuk seçimi klozu bulunmasına rağmen sözleşmenin hakkın devrini kapsayan bir sözleşme olmasından bahisle sözleşmenin bir bütün olarak hak statüsüne tabi olması gerektiğini ileri sürmüş ve "lex rei sitae" olarak Japon hukukunu uygulamıştır⁵⁴⁰. Davacının itirazı üzerine karar temyiz edilmiştir. Burada Yüksek Mahkeme⁵⁴¹, devir sözleşmesinin tasarruf işlemi mi yoksa borçlandırıcı işlem mi olduğunun kabulünün uygulanacak hukuk bakımından farklılığa yol açacağına dikkat çekmiştir. Devir sözleşmesinin borçlandırıcı niteliğini dikkate alan mahkeme, sözleşme statüsünün uygulanacağına hükmetmiştir. Taraflar söz konusu sözleşmede hukuk seçimi yapmışlardır. Bu bakımından uyuşmazlık, tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları İspanyol hukuku esas alınarak çözüme kavuşturulmuştur. Görüldüğü gibi davada aynı sözleşme bakımından her mahkeme kendi vasıflandırmasını yapmış ve sözleşmeyi farklı bir statüye tabi tutmuştur. Telif hakkının devri sözleşmesinde tasarruf işlemi ve borçlandırıcı işlem bakımından net bir ayrımın yapılamaması bu sakıncalı durumun önünü açmaktadır.

⁵³⁷ Kararlar ile ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. Pürselim Arning, s. 250 vd..

⁵³⁸ Karar için bkz. Tokyo District Court, 1991 Wa 3682, http://www.ip.courts.go.jp/app/files/hanrei_en/027/002027.pdf (05 Ağustos 2018).

⁵³⁹ Karar için bkz. Pürselim Arning, 250.

⁵⁴⁰ Pürselim Arning, s. 250.

⁵⁴¹ Karar için bkz. Tokyo Supreme Court, (2003) 1831 Hanrei Jiho 137, Pürselim Arning, s. 251-252.

Ayrıca böyle bir tespitin yapılabilirliği kabul edilse dahi bu şekilde iki ayrı statünün uygulanacağının kabulü durumunda bu statülerin tabi olduğu hukuk kuralları arasında çatışma çıkması çok muhtemeldir. Bir örnekle açıklamak gerekirse İngiliz roman yazarı J. K. Rowling'in yeni romanının senaryoya çevrilmesi hakkının Fransız bir yapım şirketine devri ile ilgili bir sözleşmede hak statüsünün İngiliz hukukuna; sözleşmesel statünün ise tarafların hukuk seçimi ile kararlaştırdıkları Fransız hukukuna tabi olduğunu varsayalım. Bu varsayımda yukarıda açıklanan görüşe göre romanın senaryoya devri ile ilgili uyuşmazlıklar, devredilen hakkın kapsamı yahut hakkın devir kabiliyeti, İngiliz hukukuna; devreden tarafın hakkı devir borcuna uygun davranıp davranmaması, kararlaştırılan ücretin ödenmemesi gibi tarafların sözleşmesel uyuşmazlıkları ise Fransız hukukuna tabidir. Ancak bu görüş, hak statüsü ile devir statüsünün birbiri ile çatıştığı durumlarda ne yapılması gerektiği konusunda bir açıklık getirememektedir. Örneğin, İngiliz hukukunda bu hakkın devri eser sahibinin manevi haklarını da içine alırken Fransız hukuku manevi hakların devredilemeyeceğini kabul etmektedir. Bu durumda hak statüsü ile belirlenen kapsam sözleşme statüsünün tabi olduğu hukuk düzenine aykırılık teşkil edecektir. Bu aykırılık uyuşmazlığın Fransız mahkemesine taşınması durumunda kamu düzeni müdahalesiyle⁵⁴² çözümlenebilir. Ancak bu akla gelen ilk çözüm yöntemidir. Kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliği dikkate alındığında hâkimin her durumda kamu düzenine aykırılığı ileri sürerek uygulanacak hukuka müdahale etmesi beklenemez. Ayrıca bu imkân dahi sözleşmenin birden çok hukuk düzenine tabi olması sonucu ortaya çıkan giriftliği çözmeye yetmemektedir.

Aslında bakıldığında bu şekilde iki statünün birbiri ile çatışmasının asıl sebebi telif hakkının yapısından kaynaklanmaktadır. Hukuk sistemleri birbirinden çok farklı telif hakkı düzenlemeleri içermektedir ve bu hukuk dalı istisnalar haricinde harmonizasyona da çok açık bulunmamaktadır⁵⁴³. Hukuk düzenlerindeki bu farklılıklar birden çok hukuk düzeni ile irtibatlı sözleşmelerde uyuşmazlıkların çıkmasına sebep olabilmektedir. Böyle bir konu bakımından uygulanacak hukukun tespit edilmesi yeterince zor iken bir de aynı sözleşmeyi parçalara ayırıp birden çok statüye tabi kılmak içinden çıkılmaz bir durum

⁵⁴² Kamu düzeni müdahalesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, IV, B.

⁵⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. yukarı. Birinci Bölüm, I, A.

yaratmaktadır. Tüm bu sebeplerle daha sonraları doktrinde borç doğuran ve tasarrufi nitelik taşıyan bu muamelenin tek bir statüye tabi olması gerektiği görüşü işlerlik kazanmıştır⁵⁴⁴. Kanaatimizce de devir sözleşmeleri bakımından tasarruf işlemi ve borçlandırıcı işlem iç içe geçmiş durumdadır. Ayrıca sözleşme bakımından önemli olan husus, hakkın devir kabiliyeti değil bilakis hakkı devir borcudur. Bu sebeple devir sözleşmelerinin sözleşme statüsüne tabi tutulması gerekmektedir. Buna karşın bir hakkın devir kabiliyetinin olup olmadığı yahut devrin kapsamı gibi hususlar hakkın özü ile ilgili meseleler olup bu meseleler hak statüsüne tabi tutulmalıdır. O halde bu noktada telif hakkına ilişkin sözleşmeler bakımından hak statüsünün ve sözleşme statüsünün sınırlarının çizilmesi gerekir.

III. TÜRK HUKUKUNDA ve KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Bu başlık altında telif hakkı sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti yapılacaktır. Bu tespit yapılırken; AB hukuku, ABD hukuku, İsviçre hukuku ve Türk hukukunun ilgili düzenlemeleri karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Bu kapsamda AB hukuku kapsamında sırasıyla “1980 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu”, “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonu’nun Modernizasyonuna İlişkin Yeşil Kitap”, “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü” ve son olarak Max Planck Enstitüsü Fikri Mülkiyetten Doğan Kanunlar İhtilafı Grubu tarafından hazırlanan “Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property-CLIP Principles” (Fikri Mülkiyet ile ilgili Kanunlar İhtilafı Prensipleri-CLIP Prensipleri)⁵⁴⁵; ABD hukuku kapsamında İkinci Restatement ve “Fikri Mülkiyet: Sınır Aşan İhtilaflarda Mahkemelerin Yetkisi, Hukuk Seçimi ve Hükümlerle ilgili İlkeler-ALI Prensipleri” (Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes); İsviçre hukuku kapsamında Milletlerarası Özel Hukuk

⁵⁴⁴ Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 23, dn. 47; Ayrıca tasarruf işlemi ve borçlandırıcı işlemin iç içe geçtiği görüşü için bkz. Dardağan, s. 213; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 163.

⁵⁴⁵ Uzun ismi “Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property” olan ilkeler, CLIP Prensipleri olarak kısaltılmaktadır. Çalışmamızda da bu terim kullanılacaktır.

Hakkında Federal İsviçre Kanunu ve Türk hukuku kapsamında 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun mercek altına alınmıştır.

A. STATÜ TESPİTİ

Uygulanacak hukukun tespitine geçmeden önce statü belirlemesinin yapılması yerinde olacaktır. Telif hakkı sözleşmesi bünyesinde tasarrufi nitelik taşıyan hakkın devri işlemi ve borçlandırıcı işlemi bir arada bulundurmaktadır. Hakkın devri, hak statüsü ile ilgili bir işlem iken sözleşme bakımından önemli olan devir borcu sözleşme statüsü kapsamındadır⁵⁴⁶. Vasıflandırma bu şekilde yapılmış olmakla birlikte telif hakkı sözleşmesi bakımından hak statüsünün önemli bir yeri bulunmaktadır. Bu sebeple uygulanacak hukukun tespitine geçilmeden önce hak statüsü ve sözleşme statüsünün incelenmesi gerekli görülmüştür.

1. Hak Statüsü

a. Hak Statüsünün Kapsamı

Hak statüsü olarak adlandırılan bu statünün kapsamı; fikri hakkın, doğumu, varlığı, içeriği, niteliği, kullanılması, ihlali ve son bulması gibi hakkın doğumundan sona ermesine kadar karşılaşılabilecek ve hakkın özü ile ilgili bütün uyumsuzluklar olarak belirlenmiştir⁵⁴⁷. Çalışmamız bakımından hak statüsünün önemi yukarıda açıklaması yapıldığı gibi hakkın devir kabiliyetinin de bu statüye tabi tutuluyor olmasıdır. Gerçekten de bir hakkın devredilip devredilemeyeceği, hakkın devrinin neleri kapsamına aldığı ve devir hakkının kim tarafından kullanılacağı hakkın özü ile ilgili kabul edilmekte ve hak statüsüne tabi tutulmaktadır. Telif hakkının kendine özgü yapısı ve hukuk sistemlerince farklı düzenlemeleri haiz olduğu düşünüldüğünde bu ayrımın önemi daha iyi anlaşılabacaktır.

⁵⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, II, B.

⁵⁴⁷ Statünün kapsamı bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Paul Torremans, "Choice of Law in EU Copyright Directives", Estelle Derclaye (Ed.), **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (457-479), Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009, s. 458 vd.; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 105; van Eechoud, s. 110; Nomer, s. 353; Pürselim Arning, s. 248-249.

Bunu bir örnekle somutlaştıralım. İşçinin işinin ifası sırasında meydana getirdiği eserin devrine ilişkin sözleşmelerde eser sahipliği sıfatının hukuk sistemlerinde farklı şekillerde kabul edilmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar çıkabilmektedir. Eser sahipliği sıfatına sahip olan taraf, ilk devir bakımından sözleşmenin devreden tarafının tespiti bakımından önem taşımaktadır. Anglo-sakson hukukunda işçinin işinin ifası sırasında meydana getirdiği eserlerin eser sahibinin işveren olduğu kabul edilmektedir. Buna karşın Kıta Avrupası hukukunda eser sahibi, eseri meydana getiren kişidir. Bu iki hukuk sisteminin karşı karşıya geldiği durumlarda örneğin, İsviçre merkezli bir saat şirketinin ABD merkezli bir reklam şirketi ile yaptıkları sözleşme sonucu hazırlanan reklam metninin devrinde, sözleşmenin tarafları ile ilgili bir uyuşmazlık çıktığında eser sahibinin kim olduğunun tespitinin hangi statü bakımından yapıldığının tespit edilmesi gerekmektedir. Hak statüsünün eser sahipliği sıfatının işverende olduğunu ve sözleşmenin devreden tarafının işveren olduğunu kabul eden ABD hukuku; sözleşme statüsünün ise işçinin eser sahibi ve fakat işverenin eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisini haiz olduğunu kabul eden İsviçre hukuku olduğu varsayımında fark daha iyi anlaşılacaktır. Çünkü bu durumda da hak statüsü sözleşmenin devreden tarafının hakkı devretme kabiliyeti olduğunu kabul ederken; sözleşme statüsünün uygulanması durumunda hakkın işveren tarafından devri mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce, eser sahipliği, hakkın özü ile ilgili bir mesele olup hak statüsüne tabi olmalıdır. Aksi durumda eser sahipliği bakımından hukuk sistemlerindeki farklı kabuller hak kayıplarına yol açabilecektir.

Hak statüsü bu şekilde belirlenmekle birlikte birden fazla devir mevzu bahis olduğu durumlarda hak statüsünün işlerliği daha da önem kazanacaktır. Örneğin, Fransız karikatür artisti ve İngiliz yayımcı arasında yapılan telif hakkının devri sözleşmesi üzerine yayımcının devraldığı bu hakları üçüncü bir kişiye devri söz konusu olduğunda ikinci sözleşmede devredilen hakkın kapsamının tespiti, birinci sözleşmedeki hak statüsü tarafından belirlenecektir⁵⁴⁸. Çünkü, İngiliz yayımcının sahip olduğu hak, eser sahibinin devrettiği kadarı ile sınırlıdır. Bu durumda ilk sözleşmede hak statüsünün Fransız hukuku olduğunun kabulünde; sözleşme ile devredilen haklar sözleşmede açıkça belirtilenler ile

⁵⁴⁸ Örnek için bkz. Paul Edward Geller, "International Copyright: The Introduction", Lionel Bently (Ed.), **International Copyright Law and Practise** içinde (1-236), New York: Lexis Nexis, 2017, s. 228-229.

sınırlı olacak ve eser sahibinin manevi haklarının devri mümkün olmayacaktır. İkinci sözleşmenin hak statüsünün manevi hakların devrine izin vermesi yahut sayım yoluna gidilmeden hakların küllen devrinin mümkün olması bu noktada bir şey değiştirmeyecektir. Aynı durum işleme hakkının devri sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Türk hukukunda işleme hakkının devri, Kanunda sayılan belirli hallerle sınırlandırılmış ve her bir hal bakımından eser sahibinin muvafakati aranmıştır. Bu halde eser sahibinin bir romanın yabancı bir dile tercümesi hakkını devrettiği durumlarda bu devir ancak tercümesine izin verilen diller ile sınırlı olmaktadır yahut devir romanın senaryo metnine çevrilme hakkını kapsamamaktadır. Sabahattin Ali'nin Kuyucaklı Yusuf isimli romanının İngilizceye tercüme hakkı, eser sahibinin mirasçıları tarafından İngiliz menşeli bir ajansa verildiğini ve sözleşmeye uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olduğunu varsayalım. Ajans, sözleşme ile kendisine devredilen bu hakkı kendi kullanabileceği gibi (sözleşmede buna izin veriliyorsa) bir başkasına, örneğin, Kanada merkezli bir yayınevine, devredebilir. İşte bu ikinci devir sözleşmesi, birinci sözleşme ile bağlı olup devredilen hakkın kapsamı birinci sözleşme esas alınarak tespit edilecektir. Bu durumda işleme hakkının devri sözleşmesi, sadece İngilizceye tercümeyi öngörüyorsa yayınevi, sözleşme statüsü buna izin verse dahi, Fransızcaya çevirme hakkını haiz olmayacaktır. Bu hakkın kapsamı, devir kabiliyeti gibi hususlar ise temelde birinci sözleşmedeki hak statüsüne, olayımızda Türk hukukuna, tabi olacaktır.

Statü bu şekilde belirlenmekle birlikte; bu statüye dahil olan ve yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığa hangi bağlama kuralının uygulanacağını tespitini yapmak kolay değildir. Bu tespitin kolay yapılamamasının sebebi hiç kuşkusuz fikri hakların hukuki niteliğidir. Fikri hakkın gayri maddi niteliği ve bu sebeple her yerde hazır bulunabilmesi bağlama kuralının tespitini zorlaştırmaktadır⁵⁴⁹. Gerçekten de fikri hak, sahibine bahşettiği hakkın mahiyeti bakımından aynı hak olarak nitelendirilse de aynı haklar bakımından uygulama alanı bulan “lex rei sitae” bağlama kuralının⁵⁵⁰ fikri haklar bakımından da uygulama alanı bulabileceğini söylemek çok doğru olmayacaktır. Bu

⁵⁴⁹ Dardağan, s. 109.

⁵⁵⁰ Lex rei sitae kuralının fikri haklar bakımından uygulanabilirliği, telif hakkının niteliğini fikri mülkiyet teorisini ile açıklayan hukuklar tarafından ileri sürülmüştür. Bu bağlamda özellikle Fransız hukukunda uygulama alanı bulabileceği söylenebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dardağan, s. 163; Ayrıca fikri mülkiyet teorisi için bkz. yuka. Birinci Bölüm, I, C, 1.

noktada fikri haklar bakımından uygulanabileceği ileri sürülen menşe ülke hukuku ve koruma ülkesi hukuku bağlama kurallarının tek tek incelenmesi ve bu statü bakımından uygulanabilirliklerinin tespitinin yapılması yararlı olacaktır.

b. Hak Statüsüne Uygulanacak Bağlama Kuralı

(1) Menşe Ülke Hukuku

Menşe ülke hukuku, bir diğer tabirle “lex loci originis”, fikri hakka ilişkin bağlama kuralını eserin yahut eser sahibinin bağlı olduğu devlet ile sabitler. Böylece her nerede olursa olsun hakkın özü ile ilgili bir uyuşmazlık çıktığında aynı hukuka bağlanmayı öngören bu bağlama kuralı ile uygulanacak hukuk bakımından belirlilik sağlanmış olur⁵⁵¹.

Bu bağlama kuralı, uygulanacak hukukun tespiti bakımından iki kıstas öngörmüştür. Bunlardan ilki, eser sahibinin milli hukukudur. Eser sahibi yönünden kişisel bağlama olarak da tabir edilen bu kıstasın temeli; eserin, eser sahibinin kişilik hakları bünyesinde olduğunu kabul eden görüşe dayanır⁵⁵². Buna göre eser her nerede doğmuş ve bulunuyor olursa olsun uyuşmazlık, eser sahibinin milli hukuku uyarınca çözüme kavuşturulacaktır. Menşe ülke hukuku bağlama kuralının kabulünde Fas vatandaşı olan ve fakat Fransa’da yaşayan bir seramik sanatçısının, Fas ile hiçbir bağı bulunmasa ve eserlerini Fransa’da meydana getirse dahi eserler üzerindeki telif hakkı Fas hukukuna tabi olacaktır. Ancak kural, herhangi bir an ile sabitlenmemiştir. Bu sebeple eserin doğum anından sonra değişme ihtimali bulunmaktadır⁵⁵³. Gerçekten de bu varsayımda eserin doğum anında tabi olduğu hukuk ile sahibinin vatandaşlığının değişmesi durumunda sahip olduğu hukuk farklı hukuklar olacaktır. Bu durumda Fas vatandaşı sanatçının daha sonra Fransız vatandaşlığını kazandığı ve bunu takiben Fas vatandaşlığından çıkması durumunda eserleri üzerindeki telif hakkına uygulanacak hukuk da değişecek ve eserler üzerindeki haklar Fransız hukukuna tabi olacaktır. Bu duru ise, uygulanacak hukukun

⁵⁵¹ Ulmer, s. 8; Gül Okutan, “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri”, **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999, s. 215; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 92; van Eechoud, s. 70-71.

⁵⁵² Dardağan, s. 110-111.

⁵⁵³ Dardağan, s. 111.

tespiti bakımından karmaşa yaratacaktır. Bu sebeple, menşe yerinin eser sahibinin milli hukukuna göre belirlenmesi kuralının, sadece yayımlanmamış eserler bakımından uygulama alanı bulması gerektiği kabul edilmiştir⁵⁵⁴. Yayımlanmış eserler bakımından ise, eser yönünden kişisel bağlama olarak adlandırılan eserin yayım yeri hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür⁵⁵⁵. Hakkın konusundan hareketle, eserin ilk yayım yerini menşe yeri kabul eden bu kıstas, özellikle telif hakkı ile ilgili uyuşmazlıklarda belirliliği sağlaması bakımından önemlidir⁵⁵⁶. Hakikaten de telif hakkının eserin meydana gelmesi ile kendiliğinden ortaya çıkması ve hakkın doğumu için herhangi bir formaliteye ihtiyaç duyulmaması hak bakımından uygulanacak hukukun tespiti zorlaştırmaktadır.

Menşe ülke hukuku kuralı milletlerarası sözleşmelerde de düzenleme yeri bulmuştur. Bern Sözleşmesi'nde menşe ülke, kanunlar ihtilafı kuralı düzenlemesi içeren 5. maddenin 4. fıkrasında tanımlanmıştır. Fıkra da menşe ülke hukukunun tespiti bakımından yukarıda anlatılan ikili kıstas dikkate alınmıştır. Sözleşmeye göre menşe ülke, eserin ilk defa Sözleşmeye taraf bir devlette yayımlanması durumunda yayımlandığı ülke; eserin Sözleşmeye taraf bir devlet ile Sözleşmeye taraf olmayan bir devlette aynı anda yayımlanması durumunda taraf ülke; yayımlanmamış yahut Sözleşmeye taraf olmayan bir devlette yayımlanmış olması halinde eser sahibinin vatandaşı olduğu Sözleşmeye taraf olan ülkedir⁵⁵⁷. Bern Sözleşmesi ile getirilen kuralı bir örnekle açıklayacak olursak; İngiliz bir yazarın romanının, Hollanda'da basılıp yayımlanması durumunda menşe ülke Hollanda; bu romanın aynı anda Hollanda ve San Marino'da yayımlanması durumunda San Marino, Sözleşmenin tarafı olmadığı için menşe ülke yine

⁵⁵⁴ Ulmer, s. 8; Dardağan, s. 111.

⁵⁵⁵ van Eechoud, s. 73; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 92; Ulmer, s. 8; Dardağan, s. 110-111.

⁵⁵⁶ Patent hakları bakımından ise menşe yeri hukuku, patentin sicile ilk kaydedildiği yer olarak karşımıza çıkmaktadır. Ulmer, s. 8; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 92.

⁵⁵⁷ Bern Sözleşmesi m. 5 (4): "The country of origin shall be considered to be:

(a) in the case of works first published in a country of the Union, that country; in the case of works published simultaneously in several countries of the Union which grant different terms of protection, the country whose legislation grants the shortest term of protection;

(b) in the case of works published simultaneously in a country outside the Union and in a country of the Union, the latter country;

(c) in the case of unpublished works or of works first published in a country outside the Union, without simultaneous publication in a country of the Union, the country of the Union of which the author is a national, provided that:

(i) when these are cinematographic works the maker of which has his headquarters or his habitual residence in a country of the Union, the country of origin shall be that country, and

(ii) when these are works of architecture erected in a country of the Union or other artistic works incorporated in a building or other structure located in a country of the Union, the country of origin shall be that country."

Hollanda olacaktır. Romanın yayımlanmamış yahut sadece San Marino’da yayımlanmış olması durumunda ise menşe ülke eser sahibinin vatandaşı olduğu ülke olan İngiltere’dir.

Bern Sözleşmesi ile öncelikle ulaşılmak istenen sonuç, eserin Sözleşmeye taraf olan menşe ülkesi ile bağlantısını sağlamaktır. Bunun sebebi ise, bir eserin sözleşmenin uygulama alanına girmesi için, menşe ülkesinin Sözleşmeye taraf bir ülke olması gerekliliğidir. Çünkü sözleşmede menşe ülkesi taraf devlet olan eserlere sonuç bağlanmıştır. Bu bağlamda Bern Sözleşmesi bakımından menşe ülke hukuku kuralının, genel kanunlar ihtilafı düzenlemesinden çok Sözleşme kapsamında korumanın sınırlarını belirleyen hukuk olduğunu söylemek daha doğru olacaktır⁵⁵⁸.

Türk hukukunda menşe ülke hukuku bağlama kuralı ile ilgili tek düzenleme, FSEK’in 5718 sayılı Sayılı Kanun (MÖHUK) yürürlüğe girdikten sonra yürürlükten kalkan 88. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. “Kanunlar İhtilafı” başlığı taşıyan bu düzenlemenin niteliği tartışmalı olmakla birlikte; doktrinde genel kabul, düzenlemenin hem kanunlar ihtilafı hem de yabancılar hukukuna ilişkin olduğudur⁵⁵⁹. Maddeye göre; eser sahibinin vatandaşlığı gözetilmeksizin Türkiye’de yayımlanmış eserler, Türk vatandaşlarının yayımlanmamış veya Türkiye dışında yayımlanmış eserleri ve milletlerarası bir anlaşmada karşılıklılık bulunmak kaydıyla yabancıların henüz yayımlanmamış eserleri ile ilk defa Türkiye’de yayımlanmış eserleri FSEK hükümlerine tabidir. Görüldüğü gibi madde ile uygulanacak hukukun tespitinin sağlayacak bir bağlama kuralı yerine; hangi durumlarda Türk hukukunun uygulanacağına ilişkin tek taraflı bağlama kuralı düzenlemesi yapılmıştır⁵⁶⁰. Bu sebeple, maddenin Türk hukukunda eser bakımından menşe ülkenin ne olduğunun tespitini yaptığı ve böylece yabancı eser

⁵⁵⁸ Bern Sözleşmesi bakımından menşe ülke hukuku kuralının niteliği hakkında birçok görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki bu hukukun eser bakımından bütün uyumsuzlukları çözmeye yetkili hukuk olmaması gerektiği ve sadece sözleşmenin uygulama alanını belirlemek için kullanılan bir kıstas olarak kabul edilmesi gerektiğini savunur. Bunun yanında bir diğer görüş, bu hukukunun fikri haklar bakımından uygulanması öngörülen bir diğer bağlama kuralı olan koruma ülkesi hukuku ile alternatifli olarak uygulanması gerektiğini savunur. Bunlardan biri olarak bir başka görüş ise, Sözleşmenin 5. maddesinin 1. ve 3. fıkrasından hareketle Bern Sözleşmesi’nde düzenlenmiş olan genel bağlama kuralının menşe ülke hukuku olduğunu savunur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ulmer, s. 30; Strömholm, s. 21; Dardağan, s. 122, 125.

⁵⁵⁹ Dardağan, s. 112.

⁵⁶⁰ Ünal Tekinalp, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun Eser Sahipleri Açısından Yer ve Kişi İtibarıyla Uygulanması”, **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999, s. 368 (FSEK’in Uygulanması); Dardağan, s. 126.

olarak nitelendirilecek eserin ne olduğunu belirlediği kabul edilmekte⁵⁶¹ ve maddenin kanunlar ihtilafı kuralından çok yabancılar hukukuna ilişkin bir düzenleme olduğu savunulmaktaydı⁵⁶². Öte yandan, bu hükmün çok yanlı olarak yorumlanması durumunda menşe ülke hukuku bağlama kuralının fikri hak statüsüne uygulanacak hukuk olarak kabul edildiği yorumu da yapılabilmekteydi⁵⁶³. Ancak bu hükmün uygulama alanı bulunduğu dönemde dahi Türk doktrinde fikri haklar bakımından menşe ülkesi hukukunun uygulanacağı görüşü kabul görmemiş; bu sebeple hüküm bu şekilde yorumlanmamıştır⁵⁶⁴.

Menşe ülke hukuku bağlama kuralının temel dayanağının evrensellik prensibi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Evrensellik prensibi, menşe ülkesi uyarınca korunan fikri hakkın milletlerarası alanda da bu ülke hukuku nispetinde tanınması ve korunması olarak tanımlanabilir⁵⁶⁵. Bu prensibe göre kural, yeknesaklığı ve milletlerarası ahengi sağlaması bakımından dikkat çekicidir⁵⁶⁶. Çünkü kural uyarınca eser, elde ettiği menşe ülke korumasını her nerede bulunursa bulunsun beraberinde getirecek ve böylece her yerde aynı koruma sağlanmış olacaktır. Fakat unutulmamalıdır ki bu koruma, ancak hakkın korunmasının talep edildiği ülke hukukuna ters düşmediği ölçüde işlerlik kazanabilir⁵⁶⁷. Bunun sebebi, hiçbir devletin yabancı ülke kanunlarını kayıtsız şartsız uygulamak istememesi ile açıklanabilir. Özellikle fikri haklar gibi devletlerin ekonomik ve sosyal politikaları ile yakından ilgili düzenlemelerin kayıtsız şartsız yabancı bir devletin hukuku uyarınca çözümlenmesi hem devletlerin egemenlik haklarını kısıtlayıcı hem de hukuk politikalarına aykırı bir durum yaratacaktır⁵⁶⁸.

⁵⁶¹ Dardağan, s. 126.

⁵⁶² Bu maddenin kanunlar ihtilafı kuralı olduğu görüşü için bkz. Ünal Tekinalp, **FSEK'in Uygulanması**, s. 368; Dardağan, s. 127.

⁵⁶³ Dardağan, s. 127.

⁵⁶⁴ Çelikel ve Erdem, s. 360; Doktrinde fikri haklar bakımından menşe ülke hukukunun da uygulanabilirliğini savunan tek görüş, Erdoğan Göğer'e aittir. Göğer, gayri maddi mallar üzerindeki haklar ile ilgili uyumsuzluklara ülkesellik ilkesine bağlı olarak mahalli kanunların uygulanacağını kabul etmekle birlikte; hakkın doğumu ve sona ermesi gibi hususların menşe ülke hukukuna tabi olması gerektiğini savunmaktadır. Göğer, s. 298-299.

⁵⁶⁵ Dardağan, s. 116.

⁵⁶⁶ Yavuz Kaplan, **İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 172; Dardağan, s. 128.

⁵⁶⁷ Dardağan, s. 129.

⁵⁶⁸ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 93-94; Dardağan, s. 129.

Menşе ülke bağlama kuralı, telif hakkı bakımından hukuk düzenlerince asgari bir koruma sağlanıyor olması varsayımında eser sahibi menfaatine sonuçlar doğuracaktır⁵⁶⁹. Fakat evrensel düzeyde böyle bir asgari korumanın söz konusu olmaması sebebiyle koruması istenen ülke hukukunun eser sahibine daha fazla hak bahşetmesi pekâlâ mümkün olabilmektedir. Böyle bir durum da eser sahibinin menfaatlerini zedeleyici sonuçlar ortaya çıkartmaktadır. Ayrıca menşе ülke hukuku kuralının ikili kıstas dikkate alınarak belirlenmeye çalışılması kuralın kendi içinde bölündüğü ve netlikten uzak bir çözüm yolu öngördüğü şeklinde yorumlanmıştır⁵⁷⁰.

Menşе ülke hukuku, telif hakkı ile ilgili uyumsuzlukları tek bir hukuka bağlamakla birlikte bu hukukun, bağlama kuralı olarak kabul edilmesi her zaman hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacaktır⁵⁷¹. Özellikle Türk hukuku gibi eserin hukuki himayeden yararlanmasının kamuya arz edilmesi şartına bağlı olduğu ülkeler bakımından eserin kamuya arz edildiği ülkenin menşе ülke olduğunun tespitinin yapılması gerekir. Bu ise eser ile sıkı irtibatlı olmayan ve hatta eserle irtibatın tesadüfi nitelik arz ettiği ülkelerin menşе ülkesi olması sonucunu doğurabilmektedir⁵⁷². Buna örnek olarak bir tiyatro eserinin yahut sinema eserinin kamuya arzının yapılması verilebilir⁵⁷³. Gerçekten de bir tiyatro eserinin kamuya arzının yapıldığı ülkenin eser ile hiçbir bağlantısı bulunmayabilir. Bu durumda sırf bu tiyatro eserinin ilgili ülkede kamuya sunulması dolayısıyla bütün hukuki sonuçları bu hukuka bağlamak hakkaniyete aykırı olacaktır. Tüm bu sebeplerle menşе ülke hukuku kuralının teorik temelleri sağlam olmakla birlikte uygulamada güçlükler yaratabilecek bir çözüm getirdiği söylenebilir.

(2) Koruma Ülkesi Hukuku

Fikri hak ile ilgili uyumsuzluklar bakımından öngörülen tek bağlama kuralı menşе ülke hukuku değildir. Bunun yanında bu uyumsuzluklara koruma ülkesi hukuku bağlama kuralının uygulanması da savunulmuş ve hatta menşе ülke hukuku bağlama

⁵⁶⁹ Ulmer, s. 30; Dardağan, s. 129.

⁵⁷⁰ Dardağan, s. 129.

⁵⁷¹ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 93; Dardağan, s. 129.

⁵⁷² Dardağan, s. 129; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 93-94.

⁵⁷³ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 94; Dardağan, s. 130.

kuralına göre görece daha çok taraftar toplamıştır. “Lex loci protectionis” olarak adlandırılan koruma ülkesi hukuku uyarınca fikri hak statüsü, korumanın talep edildiği ülke hukukuna tabidir. Bu bağlama kuralına göre fikri haklara ilişkin koruma, menşe ülke hukukunun aksine korumanın talep edildiği her bir ülke için ve bu ülkelerin her birinde birbirinden bağımsız olarak mevcuttur⁵⁷⁴. Bu durumda koruma hangi ülkeden talep ediliyorsa o ülkenin hukuku uygulanacaktır. Fakat, korumanın talep edildiği ülke hukukundan ne anlaşılması gerektiği ve bu hukukun nasıl tespit edileceği pek açık değildir.

Fikri haklara ilişkin korumanın uyuşmazlık konusu davaya bakan hâkimin hukuku uyarınca çözüme kavuşturulması gerektiği görüşü, bu bağlamda koruma ülkesi hukukunun lex fori olduğu kabulü, hâkimin kendi hukukunu yabancı hukuka nazaran daha iyi bildiği varsayımına dayanır⁵⁷⁵. Fakat bu görüş milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırılık teşkil eder. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine göre uyuşmazlık, hâkimin en iyi bildiği hukuk değil; uyuşmazlıkla en yakın irtibatlı hukuk dikkate alınarak çözüme kavuşturulur⁵⁷⁶. Bu bağlamda uyuşmazlıkla irtibatı tespit edilmeden hâkimin hukukunu uygulamak, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetiyle bağdaşmaz. Öte yandan hak statüsünü lex fori olarak belirlemek “forum shopping⁵⁷⁷” e de neden olabilecektir⁵⁷⁸. Davacı, hak ile irtibatını gözetmeksizin dilediği ülke mahkemesinde dava açabilecek ve uyuşmazlık davanın açıldığı ülke hukukuna göre çözüme kavuşturulacaktır. Bu varsayımda bu hukuk, davalı tarafından öngörülemez olması sebebiyle de eleştiriye açıktır. Koruma ülkesi olarak hâkimin hukukunun uygulanması tüm bu sebeplerle eleştirilmiş ve bu hukukun uygulanması, fikri hakkın kullanıldığı yahut ihlal edildiği ülke ile örtüşmesi şartına bağlanmıştır⁵⁷⁹. Buna göre,

⁵⁷⁴ Ulmer, s. 15; Dardağan, s. 131-132; Stömholm, s. 61.

⁵⁷⁵ Rita Matulionyte, **Law Applicable to Copyright A Comparison of the ALI and CLIP Proposals**, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, s. 30; van Eechoud, s. 108; Dardağan, s. 132; Doğan, s. 358.

⁵⁷⁶ Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Kerem Giray, “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2011-2012, C. 13-14, S. 1-2, s. 555 vd. (MÖHUK Hakkaniyeti); Nomer, s. 14; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe s. 25 vd.; Doğan, s. 164 vd.; Can ve Toker, s. 47 vd..

⁵⁷⁷ Forum shopping doktrini, Anglo-sakson hukukunda ortaya çıkmış olup tarafların kendi menfaatlerine en uygun sonucu alacaklarını düşündükleri ülke mahkemesini seçmeleri ve davayı bu mahkemede açmaları anlamına gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gita F. Rothschild, “Forum Shopping”, **Litigation**, Y. 1998, Vol. 24, No. 3, s. 40 vd..

⁵⁷⁸ Dardağan, s. 132.

⁵⁷⁹ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 97.

koruma ülkesi olarak lex forinin uygulanması ancak lex forinin aynı zamanda dava konusu fiilin gerçekleştiği ülke olması ihtimalinde mümkündür.

Koruma ülkesi hukukunun tespiti ile ilgili ileri sürülen bir diğer görüşün temeli, koruma ülkesi hukukunun fiilin gerçekleştiği ülkenin hukuku olduğu kabulüne dayanır⁵⁸⁰. Burada bahsi geçen fiilin ne olduğu yorumlanmaya muhtaçtır. Her ne kadar bazı yazarlar tarafından söz konusu fiil kavramı, fikri hakkın ihlaline sebep olan fiil şeklinde dar yorumlansa da kanaatimizce fiil hem ihlal hem de hakkın kullanımına ilişkin her türlü eylemi kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır⁵⁸¹. Buna göre görüş, uyuşmazlık konusu fiilin gerçekleştiği ülkenin, bir diğer tabirle söz konusu fiil ile hukuk düzeni bozulan ülkenin koruma ülkesi olarak kabul edilmesi ve uyuşmazlığın bu ülke hukuku uyarınca çözüme kavuşturulması gerektiğini savunur. “Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu⁵⁸²” paragraf 34, bu görüşe paralel olarak fikri hakların doğumu, içeriği ve sona ermesini bu hakların kullanıldığı ya da ihlal edildiği ülke hukukuna tabi kılmıştır⁵⁸³.

“Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal İsviçre Kanunu” nun (Gesetz für Internationales Privatrecht) fikri haklara uygulanacak hukuk düzenlemesinin bulunduğu 110. maddesinde ise fikri haklara ilişkin uyuşmazlıkların bu hakların korumasının talep edildiği ülke hukukuna tabi olduğu hüküm altına alınmıştır⁵⁸⁴. Bu madde ile fikri haklara ilişkin hak statüsünün koruma ülkesi hukuku bağlama kuralına tabi kılındığı tartışmasız

⁵⁸⁰ Ulmer, s. 8, 13; Dardağan, s. 133; Doğan, s. 358-359.

⁵⁸¹ van Eechoud, s. 105-106; Doğan, s. 359; Fiilin gerçekleştiği ülkeyi fikri hakka ilişkin ihlalin gerçekleştiği ülke olarak yorumlamak hak statüsünü sınırlamak anlamına gelir. Gerçekten de fikri hak statüsü sadece fikri hakkın ihlalden ibaret değildir. Bunun dışında fikri hakkın doğumu, kullanımı, sona ermesi gibi birçok husus hak statüsünün kapsamına dahildir.

⁵⁸² BGBl 1978/304, Bahsi geçen kanun 1978 tarihli olup fikri mülkiyet haklarına dair hükümleri bakımından dikkat çekicidir. Kanun, 2007 yılında Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayımlanıp (OJEU, Vol. 50, 31.07.2007, L 198) AB hukuku devletlerinde ipso iure uygulama alanı bulan “864/2007 sayılı Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Tüzüğü-Roma II Tüzüğü” tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. Çalışmamız bakımından önemli görüldüğü ölçüde bu Kanunun hükümlerine değinilecektir. Bunun yanında hem Avusturya hem de diğer üye ülkelerinde meri olan Roma II Tüzüğü’nde fikri hakların hak statüsüne ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, Tüzüğün 8. maddesinde fikri hakların ihlaline uygulanacak hukuk düzenleme alanı bulmuştur. Maddede genel kabule paralel olarak fikri hak ihlallerine korumanın talep edildiği ülke hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.

⁵⁸³ Hükümde özel olarak koruma ülkesi hukuku zikredilmemekle birlikte söz konusu bağlama kuralı, Avusturya doktrini ve Yüksek Mahkemesince koruma ülkesi hukuku olarak yorumlanmıştır. Fawcett ve Torremans, s. 806; Thomas Petz, “Austria”, Toshiyuki Kono (Ed.), **Intellectual Property and Private International Law** içinde (218-345), Cornwall: Hard Publishing, 2012, s. 225; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 100; Esra Dardağan Kibar, “Fikri Haklar Alanında Uygulanacak Hukuk Sorunu”, **Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar**, Eskişehir: Yetkin Yayınları, 2016, s. 442-443.

⁵⁸⁴ Kanunun İngilizce çevirisi için bkz. http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_from_1_1_2017.pdf (30 Nisan 2018).

bir gerçektir. Fakat İsviçre doktrinde dahi bu açık hükme rağmen koruma ülkesi hukukunun ne şekilde tespit edileceği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır⁵⁸⁵. Bu noktada maddenin lafzından hareketle koruma ülkesi hukukunun, korumanın talep edildiği ülke hukuku olduğu; başka bir deyişle hangi ülkenin koruması isteniyorsa koruma ülkesi hukuku olarak o ülkenin hukukunun uygulama alanı bulacağı yorumu dikkat çekicidir⁵⁸⁶.

Koruma ülkesi hukuku bağlama kuralı, milletlerarası sözleşmelerde de düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin konumuz bakımından en önemli örneği kuşkusuz Bern Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 2. fıkrasıdır. Maddeye göre, Sözleşmede öngörülen haklardan yararlanma ve bu hakları kullanma herhangi bir formaliteye bağlı olmayacak ve eserin menşe ülkesinden bağımsız olacaktır. Bu haklara ilişkin korumanın kapsamı korumanın talep edildiği ülkenin hukukuna tabi olacaktır.

Sözleşmenin 5. maddesi hem menşe ülke hukuku hem de koruma ülkesi hukukunu yetkilendiren düzenlemeler içermektedir. Bu durum, bağlama kurallarının kapsamı ve sınırları konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur⁵⁸⁷. Bu noktada bir görüş, Sözleşme bakımından genel bağlama kuralının koruma ülkesi hukuku olduğunu ileri sürerken; buna karşıt olarak ileri sürülen diğer bir görüşe göre koruma ülkesi hukuku, sadece hakkın ihlali ve usuli güvencelere ilişkindir ve koruma ülkesi ile kastedilen hukuk lex foriden başka bir hukuk değildir⁵⁸⁸. Esasen maddede usuli konular düzenleme alanı bulmamıştır; koruma, cezai yaptırımları da içine alarak maddi hukuka ilişkin bütün hususları kapsayacak şekilde geniş bir anlamda kullanılmaktadır⁵⁸⁹. Bu sebeple bize göre söz konusu fıkranın usuli düzenlemeleri kapsadığı görüşü kabul edilebilirlikten uzaktır⁵⁹⁰. Bunun yanında 2. fıkranın genel bağlama kuralı niteliğinde olmadığı; sadece Sözleşme ile teminat altına alınan asgari haklara ilişkin düzenlemeler

⁵⁸⁵ Doktrinde genel kabul, koruma ülkesi hukukunun ihlalin yahut yararlanmanın gerçekleştiği ülke hukuku olduğu yönündedir. Dardağan, s. 134.

⁵⁸⁶ Dardağan, s. 134; Dardağan Kibar, s. 447; Aynı doğrultuda yorum için bkz. Okutan, s. 213; Doğan, s. 359; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 253.

⁵⁸⁷ Menşe ülkesi hukuku ile ilgili ileri sürülen görüşler için bkz. yuka. İkinci Bölüm, III, A, 1, b, (1).

⁵⁸⁸ Dardağan, s. 147; Koruma ülkesi hukukunun Sözleşme bakımından genel bağlama kuralı olduğu için bkz. Stömholm, s. 75.

⁵⁸⁹ Dardağan, s. 149.

⁵⁹⁰ Bu konuda fıkranın usuli düzenlemeleri de kapsadığı görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dardağan, s. 147, 150.

içerdiği de ileri sürülen görüşler arasındadır⁵⁹¹. Fakat bu görüşün de hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Tüm bu açıklamalardan hareketle kanaatimizce koruma ülkesi hukuku kuralı, Sözleşme bakımından genel bağlama kuralı olarak kabul edilmelidir.

Türk hukukunda fikri haklara uygulanacak hukuka ilişkin klasik manada ilk kanunlar ihtilafı kuralı⁵⁹² 5718 sayılı MÖHUK ile düzenleme alanı bulmuştur. Kanunun 23. maddesinde düzenlenen ve “Fikri mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuk” kenar başlığını taşıyan madde, İsviçre düzenlemesi ile aynı doğrultudadır. Maddede, fikri mülkiyete ilişkin hakların hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o ülkenin hukukuna tabi olduğu kabul edilmektedir⁵⁹³. Kanaatimizce İsviçre doktrininde yapılan lafzi yorum, Türk hukuku bakımından da geçerli olmalıdır. Buna göre koruma ülkesi hukuku, fiilin gerçekleştiği ülke hukuku yahut hâkimin hukuku değildir⁵⁹⁴. Koruma ülkesi hukuku, koruması talep edilen ülkenin hukukudur. Bu hukuk pek tabii hâkimin hukuku ile ya da fiilin gerçekleştiği ülke hukuku ile örtüşebilir. Fakat bu, koruma ülkesi hukukunun her zaman bu hukuklar ile örtüşmesi gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır.

Koruma ülkesi hukuku bağlama kuralının tam manasıyla kavranabilmesi ülkesellik prensibinin açıklanması ile mümkün olacaktır. Ülkesellik prensibi temelde, devletlerin kendi sınırları içinde her hal ve şartta kendi hukukunu uygulaması anlamına gelmektedir⁵⁹⁵. Bu noktada ülkesellik prensibinin temelinde kanunların yerelliği ilkesinin yattığını söylemek yanlış olmayacaktır. Esasen ülkeselik prensibi, milletlerarası özel

⁵⁹¹ Neuhaus, Ulmer’in önerisine yaptığı eleştiride bunu dile getirmiş ve Sözleşme ile düzenleme alanı bulan bu kuralın bir bağlama kuralı olmadığını yalnızca yabancıların haklarını koruyan bir hüküm olduğunu ileri sürmüştür. Stömholm, s. 66, 75; Matulionyte, s. 29; Dardağan, s. 147.

⁵⁹² Her ne kadar 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmeden önce yürürlükte bulunan FSEK’in 88. maddesi “Kanunlar İhtilafı” kenar başlığı taşısa da bu madde klasik anlamda kanunlar ihtilafı kuralı niteliği taşımaktan uzaktı. Fakat, bu Kanun döneminde dahi doktrinde, fikri haklara ilişkin hak statüsünün koruma ülkesi hukukuna tabi olduğu kabul edilmekteydi.

⁵⁹³ MÖHUK m. 23/1: “Fikri mülkiyete ilişkin haklar hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o ülkenin hukukuna tabidir.”.

⁵⁹⁴ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 252; Çelikel ve Erdem, s. 362 vd.; Koruma ülkesi hukukunun fiilin işlendiği ülke hukuku olarak yorumlanmasının özellikle telif hakkı gibi doğumu herhangi bir formaliteye bağlanmayan ve bu sebeple herhangi bir ülke ile doğrudan bağı olmayan haklar için pratik açıdan daha uygun olacağı görüşü için bkz. Dardağan Kibar, s. 449.

⁵⁹⁵ Bu sebeple ülkesellik prensibi global manada yeknesak bir telif hakkı hukuku yahut fikri mülkiyet hukukunun da oluşmasına engel bir kurumdur. Kaplan, s. 171; Kloss, s. 15; Matulionyte, s. 14; Boguslavsky, s. 16; Cristiana Sappa, “The Principle of Non-Discrimination”, Irini Stamatoudi ve Paul Torremans (Ed.); **EU Copyright Law** içinde (23-37), Fourth Edition, Croydon: Sweet & Maxwell, 2015, s. 25; Keeling, s. 265-266; Stömholm, s. 59; Çelikel ve Erdem, s. 361.

hukukun temel ilkeleri ile uyuşmamaktadır⁵⁹⁶. Fakat bu ilkenin zaman içinde evrildiği ve kanunlar ihtilafı kuralına dayanak teşkil edecek forma dönüştüğü söylenebilir. Çünkü milletlerarası özel hukuk kuralları ile, ülkesellik prensibinin aksine bir hukuki ilişkiye, ilişkinin nerede vuku bulduğuna yahut nerede dava konusu olduğuna bakılmaksızın irtibatlı olduğu hukukun uygulanması amaçlanır.

Fikri haklar bakımından ülkesellik prensibinin uygulama alanı bulacağı konusu, üzerinde ittifaka varılmış bir meseledir. Bunun sebebi, fikri hakların hukuki niteliği ile açıklanabilir. Gerçekten de fikri hakların gayri maddi niteliği dolayısıyla bu hakların sahibine, maddi varlığı olan şeyler üzerindeki haklar gibi, doğumu itibarıyla her yerde mutlak hakimiyet sağlayacağı söylenemez⁵⁹⁷. Bir fikri hakka herhangi bir ülke tarafından hukuki himaye sağlanması ancak hakkın o ülke tarafından tanınması ile mümkün olmaktadır⁵⁹⁸. Buna göre fikri hak, ancak tanındığı ülkece korunur. Bu cümle, fikri hakka ilişkin korumanın tek bir ülke hukuku ile sınırlandırıldığı anlamına gelmemektedir. Özellikle fikri hakkın aynı anda birden çok yerde hazır bulunabilmesi yahut birden çok ülkenin bu hakkı tanıması, korumanın birden çok ülke tarafından gündeme gelebilmesine sebep olmaktadır. Fikri hakkın birden çok ülke tarafından tanınıyor ve bunun sonucu olarak korunuyor olmasının ülkesellik prensibi açısından sonucu; bu korumaların her bir ülke bakımından birbirinden bağımsız ve ayrı olarak hüküm ifade etmesidir⁵⁹⁹. Yani, her hukuk düzeni kendi koruması bakımından bağımsız olup korumasının sınırlarını belirleme hakkını haizdir. Hukukların bağımsızlığı olarak da adlandırılacak olan bu ilke, koruma ülkesi hukuku kuralının dayanağını oluşturmaktadır⁶⁰⁰.

Özellikle konumuz olan telif hakkı söz konusu olduğunda ülkesellik prensibinin sınırlarının daha net bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Gerçekten de telif hakkının herhangi bir formaliteye gerek duymadan varlık kazanıyor olması, bu hakkın tanındığı ve

⁵⁹⁶ Neuhaus'un ülkesellik prensibinin, milletlerarası özel hukukun temel ilkeleri ve fikri mülkiyet haklarının uluslararası platformda özgürlüğü ve eşitliği prensipleri ile uyuşmadığı ve koruma ülkesi hukuku bağlama kuralına getirilen eleştiriler için bkz. Stömholm, s. 65.

⁵⁹⁷ B. Bahadır Erdem, "Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi", **Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999, s. 45 (Ülkesellik Prensibi); Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 38.

⁵⁹⁸ Erdem, **Ülkesellik Prensibi**, s. 46; Dardağan, s. 142; Kaplan, s. 172; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 39.

⁵⁹⁹ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 39; Erdem, **Ülkesellik Prensibi**, s. 46; Dardağan, s. 145; Kaplan, s. 172-173.

⁶⁰⁰ Dardağan, s. 145.

korunduğu ülkelerin tespit edilmesini zorlaştırmaktadır⁶⁰¹. Bu sebeple korumanın her ülkede bağımsız olarak ve kendi hukuk düzeni çerçevesinde ele alınması gündeme gelmektedir. Bu ilkenin telif hakkı gibi sosyo-ekonomik yönü ağır basan haklar bakımından işlerlik kazanması tesadüf değildir. Her devlet ekonomik ve siyasi mülahazalarla bu hakların varlığı, içeriği ve kullanılmasının sınırlarını kendisi belirlemek istemektedir⁶⁰². Bu prensip fikri hak ile ilgili bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda devletlerin her hal ve şartta kendi hukuklarını uygulayacağı şeklinde değil; o hakkı tanıyan ülkenin hukukunu kendi hukukunun bir parçası olarak uygulayacağı şeklinde yorumlanmıştır⁶⁰³.

Koruma ülkesi hukuku bağlama kuralı ve ülkesellik prensibi özellikle telif hakkı gibi korumanın ve hakkın doğumunun herhangi bir formaliteye bağlı olmadığı durumlarda muğlaklığa sebep olur. Çünkü hak, birden çok ülkede tanınıyor ve korunuyor olabilir. Bu durumda herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda bu ülke hukuklarından hangisine başvurulacağının tespit edilmesi gerekir. Bunun tespit edilebilmesi her zaman kolay olmamaktadır. Genel kabul, “lex loci protectionis” in ihlalin yahut kullanmanın gerçekleştiği ülke hukuku olarak kendini göstereceği şeklindedir. Bu çözümün eksik kalan noktası ise ihlalin yahut kullanmanın bir diğer tabirle uyuşmazlık konusu fiilin birden çok ülkede birden gerçekleşmesi durumudur⁶⁰⁴. Özellikle günümüzde eserlerin dijital ortamlarda da bulunması ve dijital vasıtalarla yayılmasının had safhaya çıkması bu olasılığı arttırmaktadır⁶⁰⁵. Tek bir fiil, hakkın aynı anda birden çok ülkede ihlal edilmesine yol açabilmektedir. Bu noktada koruma ülkesi hukukunun hangi ülke olacağı sorusu cevaplanması zor bir sorudur⁶⁰⁶. Koruma ülkesi hukukunun

⁶⁰¹ Bu sebeple telif hakkı bakımından belirliliğin sağlanabilmesi için menşe ülke hukuku bağlama kuralının uygulanması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 41-42; Erdem, **Ülkesellik Prensibi**, s. 49.

⁶⁰² Ulmer, s. 2; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 101.

⁶⁰³ Dardağan, s. 144; Aslında ülkesellik prensibinin temelindeki mesele, bir devletin ülkesinde yabancı bir hukukun uygulanıp uygulanmaması ile ilgilidir. Bununla birlikte günümüzde bu mesele, hukukların liberalleşmesi ve gelişmesi ile birlikte daha tali bir niteliktedir ve genel manada ülkeler, yabancı bir hukukun uygulanmasını kendi egemenlik haklarına saldırı olarak görmemektedir.

⁶⁰⁴ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 110.

⁶⁰⁵ The American Law Institute, **Intellectual Property: Principle’a Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes (with Comments and Reports Note), Part III Applicable Law (American Law Institute Report)**, s. 157-158, http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198062 (4 Mayıs 2018); Dardağan Kibar, s. 450.

⁶⁰⁶ ALI ve CLIP Prensiplerinde de fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklar koruma ülkesi hukuku bağlama kuralına tabi tutulmuştur. Bunun yanında özellikle dijital ortamlarda yapılan ihlaller bakımından daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda bu hukukun da uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir. Böylece kaçış klozu niteliğindeki bu

seçiminin ne şekilde yapılacağı bir yana bırakılırsa; bu durum aynı fiil bakımından ülkelerce farklı değerlendirme yapılması ve birbirinden farklı sonuçlara ulaşılmasına da sebep olabilmektedir. Bu da hukuki belirsizlik ve birbiriyle çelişki içinde bulunan hukuki sonuçlar anlamlarına gelmektedir⁶⁰⁷.

Bağlama kuralının bir diğer aksayan yönü ise koruma ülkesinin eser için gerekli korumayı sağlayamıyor veya kendi vatandaşlarına ait eserler bakımından daha fazla koruma sağlıyor olması durumudur⁶⁰⁸. Doktrinde kamu düzeni müdahalesiyle çözümlenebileceği kabul edilse de⁶⁰⁹ bu durumun hukuk güvenliğini sarsacağı açıktır.

Hukukların gerek milletlerarası sözleşmelerle gerek de AB hukuku gibi ulusal üstü hukuk sistemleriyle yeknesaklaştırılmaya çalışılması⁶¹⁰ ülkesellik prensibinin özellikle fikri haklar bakımından etkisini azaltmaktadır⁶¹¹. Gerçekten de ülkesellik prensibinin günümüz globalleşen dünyasında işlerliği zayıflamıştır. Sayılan bu gerekçelerle artık ülkesellik prensibinin bir diğer tabirle koruma ülkesi hukukunun mutlak olarak uygulanmasının önüne geçilmektedir. Bunun dışında somut olayın özellikleri dikkate alınarak koruma ülkesi hukuku ile menşe ülke hukukunun birlikte uygulanması bir diğer çözüm yolu olabilir⁶¹². Bu çözüm yolu, özellikle telif hakkı bakımından söz konusu olan tereddütleri ortadan kaldıracaktır.

bağlama kuralı ile ihlalin birden çok ülkede meydana geldiği durumlarda hangi ülkenin hukukunun uygulanacağı problemi belirli ölçüde çözümlenmiş olacaktır. Dardağan Kibar, s. 453. Ayrıca bahsi geçen hükümler için bkz. CLIP Principles Art. 3:603, **Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property, Prepared by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), The Final Text December 1 2011 (CLIP Principles Final Text)**, https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Final_Text_1_December_2011.pdf (4 Mayıs 2018); ALI Principles Art. 321, American Law Institute, **Report**, s. 220 http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198079 (4 Mayıs 2018).

⁶⁰⁷ Dardağan Kibar, s. 451.

⁶⁰⁸ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 108.

⁶⁰⁹ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 108; Ayrıca kamu düzeni müdahalesi ve şartları için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, IV, B.

⁶¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. yukarı. İkinci Bölüm, I.

⁶¹¹ Kur ve Dreier, s. 317-318; Dardağan Kibar, s. 450; Bu konuda bkz. Erdem, **Ülkesellik Prensibi**, s. 51; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 43-44.

⁶¹² Dardağan Kibar, s. 452; Özellikle telif hakkına ilişkin meselelerde evrensellik prensibine etki tanımak hakkaniyete daha uygun düşecektir. Buna örnek olarak ALI Prensiplerinin 313. maddesi verilebilir. Maddede eser sahipliğine ilişkin meselelerde evrensellik prensibinin dikkate alınacağı belirtilmiştir. ALI Principles Report s. 189, http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198093 (4 Mayıs 2018).

2. Sözleşme Statüsü

a. Sözleşme Statüsünün Kapsamı

Bir sözleşmenin kuruluşu, geçerliliği, yorumu, ifası, hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukukun tespiti, sözleşme statüsünün kapsamına giren hususlar olup bu konularda bir ihtilaf çıktığında uyuşmazlığın sözleşme statüsüne göre çözülmesi gerekir. Bu bağlamda sözleşmenin doğumundan sona ermesine kadar ortaya çıkacak bütün sözleşmesel uyuşmazlıkların sözleşme statüsü uyarınca çözüme kavuşturulacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Hatta bir adım geriye gidilerek sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan kusurlu davranışlardan doğan sorumluluğun dahi sözleşme statüsü kapsamında olduğu savunulabilir⁶¹³.

O halde sözleşmenin kuruluşu sırasında; tarafların yaptığı önerinin ve kabulün şekli, şartları, geçerliliği, hüküm ve sonuçları; sözleşmenin devamı sırasında; irade sakatlıklarından herhangi birinin olup olmadığı, borcun ifası ile ilgili meseleler, taraflar arasındaki hak ve borçların kapsamı, sözleşmenin sona ermesi durumunda ise; sona erme sebepleri, sona ermenin fer'i hakları da kapsayıp kapsamadığı meselesi, ifa imkansızlığı, ibra, yenileme, takas ve zamanaşımına⁶¹⁴ ilişkin meselelerin hepsi sözleşme statüsü tarafından belirlenecektir.

Sözleşme statüsünün kapsamı bu şekilde belirlendikten sonra bu statünün öngördüğü bağlama kurallarının tespiti gerekmektedir. Bu noktada ilk bağlama kuralı, subjektif bağlama kuralı olarak da adlandırılan uygulanacak hukukun taraflarca

⁶¹³ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 299; Sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan kusurlu davranıştan doğan sorumluluğun bir diğer tabirle culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme statüsünde kabul etmek bir vasıflandırma meselesidir. Doktrinde bir görüş, culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme statüsünde olduğunu kabul etmekle birlikte; bir diğer görüş kusurlu davranışın geçersiz bir sözleşmenin kurulmasına sebep olması sebebiyle sorumluluğun haksız fiil statüsüne tabi olması gerektiğini kabul etmektedir. Roma II Tüzüğü'nün 12. maddesinin 1. fıkrasında da culpa in contrahendo sorumluluğunun kurulması amaçlanan sözleşmenin tabi olması gereken hukuka tabi olduğu düzenlemesi bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kazım Sedat Sirmen, **Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 84 vd.; Zeynep Derya Tarman, "Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C. II**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 1650 vd.; Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 60; Bilgin Tiryakioğlu, **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996, s. 48-49.

⁶¹⁴ Zamanaşımı, MÖHUK'un 8. maddesinde hukuki işlem ve ilişkinin esasına uygulanacak hukuka tabi kılınmıştır. O halde zamanaşımı meselesinin sözleşmesel bir ilişkiden kaynaklandığı durumlarda bu hukuk sözleşme statüsü olacaktır.

belirlenmesidir. Taraflara verilen hukuk seçimi imkanının, sözleşmeler bakımından kabul edilen irade muhtariyeti prensibinin milletlerarası özel hukuk bakımından görünümü olduğu söylenebilir. Bu bağlama kuralı, neredeyse bütün hukuk sistemlerince kabul edilmekte olup, sözleşme statüsünün ilk basamağını oluşturmaktadır. Öyle ki sözleşme bakımından öngörülen diğer bağlama kurallarının işlerlik kazanabilmesi; tarafların hukuk seçimi yapmamış olması şartına bağlanmaktadır.

Taraflarca hukuk seçimi yapılmaması durumunda sözleşme statüsü bakımından uygulama alanı bulabilecek bağlama kuralları objektif bağlama kuralı olarak adlandırılır. Bu bağlama kuralları; akdin kuruluş yeri hukuku “lex loci actus” veyahut en yakın irtibatlı hukuktur. Akdin kuruluş yerinden ne anlaşılması gerektiği açıktır. Bu noktada en yakın irtibatlı hukukun açıklanması gerekmektedir. En yakın irtibatlı hukuk, günümüzde karakteristik edim karinesi ile izaha çalışılmıştır⁶¹⁵. Buna göre en yakın irtibatlı hukuk, karine uyarınca belirlenen karakteristik edim borçlusunun milli hukuku, mutad mesken hukuku yahut ifa yeri hukuku olabilir. Sözleşme statüsü bakımından bu bağlama kurallarından hangisinin uygulama alanı bulması gerektiğinin tespiti ancak bu kuralların incelenmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

Sözleşme statü bakımından uygulama alanı bulabilecek bir diğer bağlama kuralı ise daha sıkı ilişkili hukuktur. “Kaçış klozu” yahut istisna kuralı olarak da adlandırılan bu bağlama kuralına göre, halin bütün şartları dikkate alındığında sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye bu hukuk uygulanır. Sözleşme ile irtibatı en kuvvetli olan hukukun uygulanması ilkesi ile, diğer bir tabirle milletlerarası özel hukuk hakkaniyetiyle de uyum içinde olan bu kural; hukuk düzenlerince hem fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından hem de genel sözleşme statüsü bakımından uygulama alanı bulur.

⁶¹⁵ Karakteristik edim karinesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, III, A, 2, b, (2).

b. Sözleşme Statüsüne Uygulanacak Bağlama Kuralı

En yakın irtibatlı hukuk, sözleşme statüsü bakımından uygulama alanı bulan evrensel nitelikli bir bağlama noktasıdır. Ancak hukuk sistemlerinde en yakın irtibatlı hukuk bağlama noktasının yorumu birbirinden farklı şekillerde yapılmaktadır. İngiliz hukukunu da kapsar şekilde Kıta Avrupası hukuk sisteminde en yakın irtibatlı hukuk, karakteristik edim teorisi ile açıklanmış ve sözleşme ile en yakın irtibatlı hukukun karakteristik edim borçlusunun hukuku olduğu kabul edilmiştir. Buna karşın ABD hukukunda en yakın irtibatlı hukukun tespiti karakteristik edim karinesi ile yapılmamıştır. Bunun yerine en yakın irtibatlı hukukun tespiti bakımından kriterler ileri sürülmüş ve bu kriterlerin toplandığı hukukun en yakın irtibatlı hukuk olduğu kabul edilmiştir.

(1) ABD Hukuku Yaklaşımı Uyarınca En Yakın İrtibatlı Hukuk

ABD hukukunda İkinci Restatement⁶¹⁶ hazırlanırken esas alınan temel felsefe kategorik bağlama kuralları belirlemek yerine somut olayın niteliği ve özellikleri dikkate alınarak en yakın irtibatlı hukukun tespit edilmesini sağlamaktır⁶¹⁷. Bu durumda

⁶¹⁶ İkinci Restatement, 1971 tarihinde yayımlanmıştır. Yayımlandığı tarihten itibaren yol gösterici bir kaynak olarak gerek mahkeme içtihatları bakımından gerekse doktrinde kullanıla gelmiştir. Günümüzde değişen ve gelişen ihtiyaçlar gerekçe gösterilerek kanunlar ihtilafı alanında yeni bir Restatement hazırlanması gerektiği savunulmaktadır. Bununla ilgili çalışmalara başlanmış olup ayrıntılı bilgi için bkz. Kermit Roosevelt ve Bethan Jones “What a Third Restatement of the Conflict of Laws Do?”, **Symposium on the Third Restatement of The Conflict of Laws**, s. 139 vd., <https://www.asil.org/sites/default/files/Roosevelt%20%26%20Jones%2C%20What%20a%20Third%20Restatement%20of%20Conflict%20of%20Laws%20Can%20Do.pdf> (20 Temmuz 2018); Donald Earl Chidress, “International Conflict of Laws and the New Conflict Restatements”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, Y. 2017, Vol. 27, s. 561 vd.; Restatementlar tavsiye niteliği taşıdıkları için İkinci Restatement’ın yayımlanması Birinci Restatement’ı uygulanmasını engellememektedir. Mahkemeler Birinci Restatement’a dayanarak da hüküm kurabilmektedir. Amerikan Temyiz Mahkemesi’nin 1993 yılında verdiği bir karara konu olan olayda; California’da yaşayan İngiliz vatandaşı Kip Rano isimli fotoğrafçının, New York merkezli Fransız şirketi Sipa Press Inc. ile sözleşme yapmış ve çektiği fotoğrafların çoğaltımı, dağıtımı ve satımına ilişkin haklarının kullanımını devretmiştir. Rano bir süre sonra 1986’da Sipa’ya gönderdiği bir mektupla sözleşmeyi sona erdirmiş; sözleşmenin sona ermesine rağmen Sipa fotoğrafları geri vermemiş ve elindeki fotoğrafların dağıtımına devam etmiştir. Mahkeme burada tarafların sözleşmede Fransız yahut California hukukunun uygulanmasına yönelik seçim yapmadığına bu durumda hem Birinci Restatement’ın 332 ve 358. maddelerini hem de İkinci Restatement’ın 188. maddesine atıf yaparak sözleşmenin kuruluş yeri hukukunun sözleşmenin geçerliliği ile ilgili mevzuatlarda uygulama alanı bulacağını (olayda Fransız hukuku); burada sözleşmenin ifası ile ilgili bir problem olduğundan bahisle ifa yeri hukuku olan California hukukunun uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Karar için bkz. US Court of Appeals, Ninth Circuit, 02.03.1993. <https://www.casemine.com/judgement/us/5914beacadd7b049347a9aae> (19 Temmuz 2018).

⁶¹⁷ Harold P. Southerland, “A Plea for the Proper Use of the Second Restatement of Conflict of Laws” **Vermont Law Review**, Y. 2002, Vol. 27, s. 4 vd.; Willis L. M. Reese, “Conflict of Laws and the Restatement Second”, **Law and Contemporary Problems**, Y. 1963, Vol. 28, No. 4, s. 681 (Restatement Second); Aysel Çelikel, “Devletler Özel Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metod”, **İÜHFİM**, Y. 1970, C. 25, S. 1-4, s. 236, (Yeni Bir Metod); Mesut Aygün, “ABD. Kanunlar İhtilafı Hukukunda Akde Uygulanacak Hukuka İlişkin Currie’nin Devlet Menfaatinin Tahlili Teorisi ve En Sıkı İrtibatlı Hukuk”, **Mahmut Tevfik Bırsel’e Armağan**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 453, (Devlet Menfaati Teorisi); Restatementlar bağlayıcı nitelikte belgeler olmadığı için, bu kural bütün eyaletler bakımından uygulama alanı bulmamaktadır. Uyuşmazlıkların çözümü

uygulanacak hukuk, somut olayla “en önemli irtibatı haiz hukuk” olmalıdır⁶¹⁸. En önemli irtibatlı hukuk, tek bir bağlama kuralı ile değil; her somut vakıa bakımından ayrı ayrı değerlendirilecek olan kriterler rehberliğinde belirlenecektir⁶¹⁹. Bu kriterler Restatement’ın 6. paragrafında düzenleme alanı bulmuştur⁶²⁰. Kriterler, tek amacının en önemli irtibatlı hukuku tespit etmek olduğu varsayılan tarafsız bir mahkemenin bakış açısı ile belirlenmiştir⁶²¹. Bu bağlamda kriterlerin kendi hukukunu önplanda tutmayan ve her hukuka eşit mesafede olan tarafsız bir mahkeme tarafından ele alınacağı öngörülmektedir.

Paragrafta öngörülen ilk ve öncelikli kriter⁶²², somut olay bakımından mahkemelerin anayasal sınırlamaları dikkate alarak kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayacak olmalıdır. Ancak ne federe devlet yasalarında ne de federal devlet yasasında kanunlar ihtilafına ilişkin geniş hükümler bulunmaktadır⁶²³. Bu sebeple bu kriterin uygulama alanının geniş olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu kriterin somut olaya uygulanma kabiliyeti bulunmaması halinde 2. fıkrada öngörülen kriterler dikkate alınacaktır. Bu kriterler kanunlar ihtilafı ile ilgili bütün meseleler bakımından uygulanabilir olup birbirleri ile eşit mahiyette kabul edilmekle birlikte mahiyetleri gereği her biri farklı bir uyuşmazlık bakımından görece daha yakın irtibat sağlayabilir⁶²⁴. Bu kriterler sırasıyla; milli ve milletlerarası sistemin ihtiyaçları, davayı gören mahkemenin uyuşmazlık konusu olay ile ilgili tutumu, uyuşmazlık ile ilgili diğer devletlerin uyuşmazlık konusu olay ile ilgili tutumu ve söz konusu devletlerin konunun tayininde

bakımından I. Restatement’ın öngördüğü “sözleşmenin kuruluş yeri hukuku” bağlama noktasının kullanılması gerektiğini kabul eden eyaletler de bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Toshiyuki Kono ve Paulius Jurcys, “General Report”, Toshiyuki Kono (Ed.), **Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives** içinde (1-217), s. 165.

⁶¹⁸ En yakın irtibatlı hukuk yaklaşımı özellikle sözleşmesel meseleler bakımından Anglo-sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de kabul görmüş bir yaklaşımdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. yuka. İkinci Bölüm, III, A, 2, b.

⁶¹⁹ Willis Reese, L. M. Reese, “The Second Restatement of Conflict of Laws Revisited” **Mercer Law Review**, Y. 1983, Vol. 34, s. 508 (Revisited); Southerland, s. 8; Fawcett ve Carruthers, s. 33; Aygün, **Devlet Menfaati Teorisi**, s. 453; Reese, **Restatement Second**, s. 683.8

⁶²⁰ Madde metni için bkz. <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest6.html> (19 Temmuz 2018).

⁶²¹ Reese, **Restatement Second**, s. 692; Fawcett ve Carruthers, s. 33.

⁶²² Gerçekten de bu kriterin uygulanmasının, paragrafın devamında öngörülen kriterlerden daha öncelikli olduğu kabul edilmektedir. Reese, **Restatement Second**, s. 693; Southerland, s. 11-12.

⁶²³ Güngör, s. 46; Reese, **Restatement Second**, s. 682.

⁶²⁴ Bu kriterlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; Reese, **Revisited**, s. 517; Mesut Aygün, ABD Kanunlar İhtilafı Hukuku’na Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metodlar, II. Restatement ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk”, **GÜHFD**, Y. 2016, C. 20, S. 2, s. 153 (Kanunlar İhtilafı); Güngör, s. 47 vd.; Ayrıca Restatement’ın hazırlanma aşamasında öne sürülen kriterler ve bu kriterler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Reese, **Restatement Second**, s. 682 vd..

menfaatleri, haklı beklentilerin korunması, mahkemenin hukukunun belirli bir hukuk alanında yatan temel politikaları, sonucun kesinlik öngörülebilirlik ve yeknesaklığı, uygulanacak hukukun tespit ve olaya uygulanmasındaki kolaylıktır. Uygulanacak hukukun tespitinde işbu kriterlerin somut uyuşmazlık bakımından irtibatı belirlenecek ve en yakın irtibatlı hukuk bu kriterler esas alınarak tespit edilecektir.

Bu noktada unutulmamalıdır ki kriterler, bağlama kuralı değil; bağlama kuralının tespiti bakımından kullanılacak ilkelerdir. Bu bağlamda vurgulanması gereken bir diğer nokta, yapılan değerlendirmenin aynı somut olay bakımından dahi her uyuşmazlık için ayrı ayrı yapılması gerekliliğidir⁶²⁵. Gerçekten de uyuşmazlıkların irtibatlı olduğu kriterler birbirinden farklı olabilir ve bunun sonucu olarak da bu uyuşmazlıklar bakımından farklı hukukların uygulanması gerekebilir. Bu kriterler her uyuşmazlık bakımından uygulanacak olan genel kriterlerdir. Bunun dışında bir de sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti bakımından özel bağlama kuralları öngörülmüştür⁶²⁶.

Son olarak ALI Prensiplerinin incelenmesi yerinde olacaktır. Prensiplerde fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk 315. paragrafta düzenlenmiştir. Uygulanacak hukuk, sözleşme ile en yakın irtibatlı hukuktur. En yakın irtibatlı hukukun tesisi bakımından karine ileri sürülmüştür. Bu karineye göre en yakın irtibatlı hukuk, hakkı devreden yahut lisans veren tarafın sözleşmenin kurulduğu zamanki ikametgahıdır. Sözleşmeler bakımından en yakın irtibatlı hukuk bağlama noktasının uygulanması şaşırtıcı değildir. Gerçekten de ABD hukukunda da genel kabul gören yaklaşım budur. Ancak en yakın irtibatlı hukukun tespiti bakımından bu şekilde bir karine ileri sürülmesi

⁶²⁵ Güngör, s. 45.

⁶²⁶ Restatement'ın 188. paragrafında hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde sözleşmeye uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceği hüküm altına alınmıştır. Hükme göre, hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde sözleşmeye uygulanacak hukuk, sözleşme ve taraflarla "en önemli irtibatı" haiz devletin hukukudur. Bu hukuk 6. paragrafta öngörülen kriterler dikkate alınarak tespit edilecektir. Bu bağlamda sözleşmeler bakımından en önemli ilişkiyi haiz devlet; sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşme müzakerelerinin yapıldığı yer, ifa yeri, sözleşmenin konusunun bulunduğu yer olabileceği gibi; tarafların gerçek kişi olması durumunda taraflardan herhangi birinin milli hukukunun, ikametgahının yahut mutad meskeninin bulunduğu yer; tüzel kişi olması durumunda ise tüzel kişiliği kazandığı yer yahut işyeri hukuku olabilir. Görüldüğü gibi burada tek bir bağlama kuralı belirlemekten kaçınılmış ve maddede sayılan bağlama noktalarından hangisi sözleşme ile en önemli ilişkiyi haiz ise bu kuralın uygulanacağı belirlenmiştir. Bu bağlama noktalarının hepsi sözleşmeler bakımından eşit önemi haiz olup hiçbirinden daha önemli görülmemiştir. Ancak 3. fıkra da ayırık bir düzenlemeye gidilmiş ve sözleşmenin müzakerelerinin yürütüldüğü yer ile ifanın gerçekleştiği yerin aynı ülkede olması durumunda aksi öngörülmedikçe sözleşme ile en önemli irtibatlı yerin bu ülke olduğu ve sözleşme bakımından bu ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

ve bu karine uyarınca devreden yahut lisans veren tarafın hukukunun sözleşme ile en yakın irtibatlı kabul edilmesinin hangi hukuki gerekçeye dayandırıldığının açıklanması gerekir. Bu noktada hüküm iki şekilde yorumlanmıştır. İlk yorum, bu sözleşmeler bakımından hakkın konusunu oluşturan devir ediminin devreden tarafından kullanılması sebebiyle en yakın irtibatlı hukukun devreden tarafın hukuku olduğu şeklindedir⁶²⁷. İkinci yorum, Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilen karakteristik edim teorisi yaklaşımının ALI Prensipleri’nde de kabul edildiğidir⁶²⁸. Ancak karakteristik edim prensibinden yola çıkıldığı varsayımında dahi devreden tarafın karakteristik edim borçlusu olarak kabul edilmesinin nedeni açıklanamamaktadır⁶²⁹. Çünkü fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler ve özellikle telif hakkı sözleşmeleri bakımından karakteristik edim borçlusunun hangi taraf olduğu üzerinde ittifaka varılmış bir mesele değildir. Doktrinde her hal ve şartta tek bir karakteristik edim borçlusu olduğundan bahsetmenin hakkaniyete aykırı olduğu kabul edilmektedir⁶³⁰.

Kanaatimizce karakteristik edim bakımından tartışmalı olan devreden tarafın hukukunun en yakın irtibatlı hukuk olduğu kabulünün Prensiplerde yer alması doğru değildir. Bu şekilde tek bir bağlama kuralı belirlemek yerine CLIP Prensipleri gibi farklı ihtimaller dikkate alınarak uygulanacak hukukun tespit edilmesi daha yerinde olurdu⁶³¹. Böyle bir yöntemin Restatement’ların ruhuna da daha uygun olacağı tartışmasız bir gerçektir. Ayrıca söz konusu düzenlemede karine olarak ileri sürülen bu yaklaşımın aksinin ne şekilde ispat edileceği ve başka bir hukukun hangi şartlarda uygulanabileceğinin belirtilmemiştir. Gerçekten de hem AB hukukunda hem de Türk hukukunda karakteristik edim teorisinin uygulanmasına “daha sıkı ilişkili hukuk” klozu ile istisna getirilmiş ve en yakın irtibatlı hukuk bakımından karine olarak kabul edilen karakteristik edimin koşulsuz şartsız uygulanmasının önüne geçilmiştir⁶³². Ancak

⁶²⁷ Toshiyuki Kono ve Paulius Jurcys, “General Report”, Toshiyuku Kono (Ed.), **Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives** içinde (1-217), s. 167; Toshiyuku Kono, “Intellectual Property and Private International Law General Report (Abbreviated Version)”, **International Academy of Comparative Law Washington Congress 2010**: Springer Business and Media, 2012, s. 29, (General Report).

⁶²⁸ Jürgen Basedow, Toshiyuku Kono ve Axel Metzger (Ed.), **Intellectual Property in Global Arena Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US** içinde (1-23), s. 13

⁶²⁹ Toshiyuki Kono ve Paulius Jurcys, “General Report”, Toshiyuku Kono (Ed.), **Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives** içinde (1-217), s. 167.

⁶³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuka. İkinci Bölüm, III, A, 2, b, (2), (b).

⁶³¹ CLIP Prensiplerinin öngördüğü kural için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, III, A, 2, b, (2), (b), (i).

⁶³² Daha sıkı ilişkili hukuk bağlama noktası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, III, B, 2, c.

Prensiplerle kabul edilen hükümde böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve kati olarak devreden tarafın hukukunun uygulanmasının önüne geçilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶³³.

(2) Karakteristik Edim Teorisi Uyarınca En Yakın İrtibatlı Hukuk

Taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukuk hakkında herhangi bir seçim yapılmaması halinde sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağı çözümlenmesi gereken bir meseledir. Önceleri bu mesele tarafların sözleşmenin akdedildiği andaki farazi iradeleri dikkate alınarak çözümlenmeye çalışılıyordu⁶³⁴. Özellikle İsviçre doktrinin kabul ettiği bu yaklaşım, daha sonra objektif bir kıstasa dönüşmüş ve somut olayın bütün şartları göz önüne alınarak sözleşmeyle en yakın irtibatlı hukuk şeklinde yorumlanmaya başlanmıştır⁶³⁵. Bu yeni yaklaşım ışığında en yakın irtibat, diğer bir tabirle sözleşme ile hukuk sistemleri arasındaki objektif bağlantılar, “karakteristik edim teorisi” ışığında tespit edilmeye çalışılmıştır⁶³⁶.

⁶³³ Toshiyuki Kono ve Paulius Jurcys, “General Report”, Toshiyuku Kono (Ed.), **Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives** içinde (1-217), s. 167.

⁶³⁴ Özellikle İsviçre doktrininde kabul görmüş bu yaklaşım, genel olarak ifa yeri olarak somutlaşmaktaydı. Fügen Sargın, “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, **AÜHFD**, Y. 2001, C. 50, S. 2, s. 38-39 (Karakteristik Edim); Güngör, s. 97; Bunun dışında tarafların yetkili mahkeme yahut hakemi belirlemeleri; sözleşmenin geçerli olduğu hukuk düzeni, tarafların ortak bir şahsi statüye sahip olması; sözleşmenin kurulduğu yer; sözleşmenin belirli bir hukuk baz alınarak yapılması yahut sözleşmede belirli bir ülkenin dili veya para birimi kullanılması gibi hususlar da tarafların farazi iradelerini tespitinde dikkate alınacak unsurlardır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 19, 22; Fawcett ve Torremans, s. 757.

⁶³⁵ Tarafların farazi iradesinin tespitinin bizatihi hâkimin kendisi tarafından yapılması ve bu tespitinde gerçek anlamda taraf iradesinin bulunmaması tüm bu sebeplerle bu şekilde yapılan tespitin hukuk güvenliğini sarsıcı nitelik taşıması bu dönüşümü gerekli kılmıştır. Gülören Tekinalp, “Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve “En Yakın İrtibatlı Hukuk” Uygulaması”, **Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hatırasına Armağan (1902-1985) Gedächtnisschrift für Prof. Dr. Ernst E. Hirsch (1902-1985)**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Olgaç Matbaası, 1986, s. 446-447 (En Yakın İrtibatlı Hukuk); Özel, **MÖHUK** 24/II, s. 582; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 144; Güngör, s. 144-145; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 162; Fawcett ve Torremans, s. 760; Sargın, **Karakteristik Edim**, s. 39; Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 39-40; Bu yeni yaklaşım aynı zamanda analitik yöntem olarak da adlandırılmaktadır. Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 30; Fawcett ve Carruthers, s. 712; Hans Ulrich Jessurun D’Oliveira, ““Characteristic Performance” in the Draft EEC Obligation Convention”, **The American Journal of Comparative Law**, Y. 1977, Vol. 25, s. 304.

⁶³⁶ İsviçre Federal Mahkemesi tarafından geliştirilen bu yaklaşım aynı zamanda özel sözleşme tiplerine özgü bağlama kurallarının geliştirilmesine de önyak olmuştur. Bu yaklaşım ışığında sözleşmeyi karakterize eden edimin tespiti ile sözleşmeler kategorilere ayrılmış ve bu kategorilere özgü bağlama kuralları geliştirilmiştir. Gülören Tekinalp, “Patent Lisansı Sözleşmesine Uygulanacak Bağlama Kuralı”, **İÜHFM**, Y. 1970, C. 35, S. 1-4, s. 259 (Patent Lisansı Sözleşmesi); Fawcett ve Torremans, s. 757; Sargın, **Karakteristik Edim**, s. 39-40; Tekinalp, **En Yakın İrtibatlı Hukuk**, s. 443; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 78-79; D’Oliveira, s. 304; Fawcett ve Carruthers, s. 712; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 162.

Karakteristik edim, sözleşmenin ağırlık merkezi olarak nitelendirilen, ona özellik katan ve onu karakterize ederek diğer sözleşmelerden ayıran edim olarak tanımlanmakta olup sözleşme ile en yakın irtibatlı hukukun tespiti bakımından karine teşkil etmektedir⁶³⁷. Bu bağlamda ilk söylenmesi gereken şey, paranın karakteristik edim sayılmadığıdır. O kadar ki karakteristik edimin paranın karşısındaki edim olduğu tespiti yapılmaktadır. Gerçekten de para edimi, neredeyse her sözleşme bakımından sabit olup ayırt edici nitelik taşımamaktadır⁶³⁸.

(a) Genel Sözleşme Kuralı Bakımından Karakteristik Edimin Tespiti

Sözleşme statüsü bakımından en yakın irtibatlı hukukun ve bu nispette karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanması gerektiği kabulünden sonra bu hukukun hangi bağlama noktası ile birlikte uygulanacağını tespiti gerekir. Bu bağlamda sözleşme statüsü bakımından öngörülen bağlama noktaları; borçlu esas alınarak karakteristik edim borçlusunun milli hukuku, mutad meskeni hukuku, işyeri yahut idare merkezi hukuku; sözleşme esas alınarak karakteristik edimin ifa yeri hukuku şeklinde sınıflandırmaya tabi tutulabilir⁶³⁹.

Terimsel olarak bir birlik olmamakla birlikte İsviçre doktrinince geliştirilen bu teori, farklı hukuk sistemlerinde de kabul görmüştür⁶⁴⁰. Alman hukukunda sözleşmeye uygulanacak hukuk, İsviçre yaklaşımıyla paralel olarak tarafların farazi iradeleri ışığında belirlenmeye çalışılmıştır⁶⁴¹. Buna göre, tarafların farazi iradeleri tek bir ülke hukukunu gösteriyor ise sözleşme bu ülkenin hukukuna tabi olacaktır. Sözleşme birden çok ülke hukuku ile irtibatlı ve bu ülke hukuklarından hiçbirinin sözleşme ile irtibatı bir diğerinden fazla değil ise bu durumda sözleşme bölünerek her bir edim için o edimin en yakın irtibatlı

⁶³⁷ Calliess, s. 120; Harding, s. 155; Ferrari, s. 162-163; Güngör, s. 173-174; Calster, s. 139; Fawcett ve Torremans, s. 758; D'Oliveira, s. 305; Özel, **MÖHUK m. 24/II**, s. 582; Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 40; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 78; Fawcett ve Carruthers, s. 712; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 162; van Eechoud, s. 198; Nomer, s. 331; Giovanna Miano, "International Patent Licensing Agreements and Conflict of Laws", **Northwestern Journal of International Law & Business**, Y. 1980, Vol. 2, No. 11, s. 19-20.

⁶³⁸ Özel, **MÖHUK m. 24/II**, s. 583; Fawcett ve Torremans, s. 759; Ferrari, s. 165; van Eechoud, s. 198; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 78; Fawcett ve Carruthers, s. 714; Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 31.

⁶³⁹ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 162; D'Oliveira, s. 309-310; Ferrari, s. 167; Dardağan, s. 236-237; Fawcett ve Carruthers, s. 709.

⁶⁴⁰ Ferrari, s. 162; Güngör, s. 147-148; Sargın, **Karakteristik Edim**, s. 40, dn. 14.

⁶⁴¹ Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 144-145; Sargın, **Karakteristik Edim**, s. 40, dn. 14.

olduğu hukuk uygulanacaktır⁶⁴². Gerçekte bu yöntemin karakteristik edim teorisinden farklı bir çözüm yolu getirmediği açık olmakla birlikte, Alman hukukunda ilk önceleri karakteristik edim terimi kullanılmamıştır. Ancak daha sonra bu terim Alman hukukunda da kullanılmaya başlanmıştır; “1986 tarihli Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu⁶⁴³” (Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts)’nın 28. maddesinde hukuk seçiminin olmaması durumunda en yakın irtibatlı hukukun uygulanacağı ve bu hukukun da karakteristik edim borçlusunun hukuku olacağı düzenleme alanı bulmuştur⁶⁴⁴.

İngiliz hukukunda da benzer bir şekilde sözleşmeye uygulanacak hukuk gerçek ve en yakın irtibata göre belirlenmektedir⁶⁴⁵. Burada hâkim; sözleşme ile irtibat bakımından herhangi bir hiyerarşik sıralama yapmaksızın her hal ve şartı göz önünde bulundurarak tarafların, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki makul ve mantıklı düşünceleri durumunda seçecekleri hukukun ne olacağı tespitini yapar⁶⁴⁶. Bu yaklaşımın da karakteristik edim kriteri ile aynı doğrultuda olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Roma I Tüzüğü’nde karakteristik edim teorisine yer verilmiştir. Ancak burada karakteristik edim bir karine olarak değil, bağlama kuralının kendisi olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁴⁷. Tüzükte hukuk seçimi yapılmaması durumunda karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür; en yakın irtibatlı hukuka ise ancak karakteristik edimin belirlenememesi halinde başvurulacağı düzenleme alanı bulmuştur.

Türk hukukunda karakteristik edim teorisi ilk olarak 2675 sayılı MÖHUK (mülga MÖHUK)’un sözleşmeden doğan borç ilişkileri başlığını taşıyan 24. maddesinde

⁶⁴² Sargın, **Karakteristik Edim**, s. 40, dn. 14.

⁶⁴³ Nr. 37 vom 30.07.1986.

⁶⁴⁴ Rechtsanwalt Klaus Worpeil, **German Private International Law**, http://www.vorpeil.de/media/content/buecherloseblatt/German_Private_International_Law.pdf (8 Mayıs 2018); Gülören Tekinalp, “Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu” **MHB**, Y. 8, 1998, S. 1, s. 60 (Akdi Borç Statüsü).

⁶⁴⁵ Briggs, s. 503-504; Sargın, **Karakteristik Edim**, s. 41, dn. 15; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 165.

⁶⁴⁶ Hill ve Shuilleabhain, s. 211-212; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 165; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 144; Sargın, **Karakteristik Edim**, s. 41, dn. 15.

⁶⁴⁷ Tüzük metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=LV> (7 Mayıs 2018); Paul Torremans, “Intellectual Property and the EU Rules on Private International Law: Match or Mismatch?”, Irini Stamatoudi ve Paul Torremans (Ed.); **EU Copyright Law** içinde (1019-1063), Fourth Edition, Croydon: Sweet & Maxwell, 2015, s. 1035; Calster, s. 136; Briggs, s. 550; Hill ve Shuilleabhain, s. 226-227; Ferrari, s. 122, 159-160; Bogdan, s. 127-128.

düzenleme alanı bulmuştur. Madde, bahsi geçen Kanunda sözleşmesel ilişkilere uygulanacak tek hüküm olup⁶⁴⁸ maddede karakteristik edim, en yakın irtibatlı hukukun tayini bakımından karine teşkil etmemekte; bilakis ayrı bir bağlama kuralı olarak öngörülmekteydi⁶⁴⁹. Hükme göre, sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların seçtikleri hukuka tabidir. Tarafların açık olarak bir hukuk seçimi yapmamaları durumunda sözleşmeye borcun ifa yeri hukuku; borcun ifa yerinin birden fazla ve farklı ülkelerde olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin, bir diğer deyişle karakteristik edimin ifa yeri hukuku; bu yerin tespit edilememesi halinde ise sözleşme ile en yakın irtibatlı ülkenin hukuku uygulanır. Görüldüğü gibi maddede en yakın irtibatlı hukuk ile karakteristik edimin birbiri ile bağlantısı bulunmamaktadır. Ayrıca maddeye göre sözleşme statüsü bakımından en yakın irtibatlı hukukun uygulanması ancak, borcun yahut karakteristik edimin ifa yeri hukukunun uygulanamaması halinde gündeme gelebilir. O halde bu Kanun döneminde uluslararası düzenlemelerde ve karşılaştırmalı hukukta yer verilen halin tüm şartlarına göre daha yakın irtibatlı hukukun bulunması halinde bu hukukun uygulanacağına ilişkin istisna hükmü Türk hukuku bakımından uygulama alanı bulmamaktaydı⁶⁵⁰.

5718 sayılı MÖHUK ile bu anlayış değişmiş ve sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun düzenlendiği 24. maddenin 4. fıkrasında tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeye en yakın irtibatlı hukukun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. En yakın irtibatlı hukukun tespiti bakımından, karine olarak karakteristik edim teorisi kıstas alınmıştır. Buna göre en yakın irtibatlı hukuk, ticari ve mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmeler bakımından karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu anındaki işyeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunmaması durumunda yerleşim yeri, birden çok işyeri bulunması halinde sözleşmeyle en yakın irtibatlı olan işyerinin hukuku; diğer tüm hallerde karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukudur. Son cümlede ise, halin bütün şartlarına göre sözleşme ile daha yakın irtibatlı bir hukukun bulunması

⁶⁴⁸ Bu sebeple ilgili Kanun döneminde yabancılık unsuru taşıyan telif hakkı sözleşmeleri ile ilgili uyumsuzluklar bakımından da bu madde hükmü uygulama alanı bulmaktaydı.

⁶⁴⁹ Tekinalp, **Akdi Borç Statüsü**, s. 61; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 167; Sargın, **Karakteristik Edim**, s. 42-43.

⁶⁵⁰ Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 47-48; Tekinalp, **En Yakın İrtibatlı Hukuk**, s. 450; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 167-168.

halinde sözleşmesel ilişkiye bu hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir. Böylece bu madde ile, uluslararası düzenlemelerle birlik sağlanmıştır.

(b) Telif Hakkı Sözleşmeleri Bakımından Karakteristik Edimin Tespiti

Genel sözleşme statüsü uyarınca karakteristik edim, hukuk düzenlerince bu şekilde belirlenmiştir. Bunun yanında çalışma konumuz olan telif hakkı sözleşmesi bakımından karakteristik edimin incelenmesi gerekmektedir⁶⁵¹. Telif hakkı sözleşmesi bakımından karakteristik edimin belirlenmesi, çözümü zor bir meseledir. Bu tespitin zor olmasının bir sebebi, tarafların edimlerinin neredeyse birbirine denk olmasıdır. Gerçekten de bu sözleşmede edimler arasındaki fark o kadar incedir ki sözleşme bakımından karakteristik edimi tespit etmek adeta imkansızlaşmaktadır.

Bu tespitin zor olmasının bir diğer sebebi ise telif hakkı sözleşmesinin bünyesinde birden fazla ve birbirinden çok farklı nitelikte sözleşme tipi barındırıyor olmasıdır. Gerçekten de düşünüldüğünde yayım sözleşmesi, temsil sözleşmesi, işleme hakkının devrine ilişkin sözleşmeler birbirinden çok farklı nitelikte sözleşmelerdir.

(i) Kanuni Düzenlemeler Uyarınca Karakteristik Edimin Tespiti

Telif hakkı sözleşmelerinde karakteristik edimin hangi tarafın edimi olduğu konusunda hukuk düzenlerinde de birlik bulunmamaktadır. Bunun öncelikli sebebi fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından karakteristik edimin belirlenmesinin her zaman kolay olmamasıdır. Bu husus, fikri haklara ilişkin sözleşmelerin karmaşık yapısından devletlerin ekonomik politikalarına kadar geniş bir yelpazede incelenebilir. Bu sebeple fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından uygulanacak hukuk ile ilgili yeknesak bir kural belirlemek güçtür. Özellikle bu konuda kanun metinleri ile, ilgili kanunların tasarı

⁶⁵¹ Ulmer'in 1975 yılında Federal Alman Adalet Bakanlığı için hazırladığı raporda da fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler bakımından en yakın irtibatlı hukukun uygulanması gerektiği ve bu hukukun da karakteristik edim teorisi uyarınca tespit edileceği kabul edilmekteydi. Stömholm, s. 63; Kloss, s. 17; Diğer bir ifadeyle, en yakın irtibatlı hukukun ve bu hukukun tespiti bakımından karakteristik edim teorisinin telif hakkı sözleşmeleri uyarınca da uygulama alanı bulacağı doktrinde öteden beri kabul edilen bir husustur.

metinleri arasındaki farklılıklar dikkate alındığında bu düzenlemenin yapılmasının ne kadar zor olduğu anlaşılabacaktır.

Roma Konvansiyonu yürürlüğe girmeden önceki dönemde Avusturya hukukunda karakteristik edim borçlusunun hakkı devralan taraf olduğu kabul edilmekteydi⁶⁵². Buna karşın hali hazırda İsviçre hukukunda karakteristik edim borçlusunun hakkı devreden taraf olduğu kabul edilmektedir⁶⁵³. Ancak, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun Tasarı metninde fikri haklara ilişkin sözleşmelerin tabi olduğu hukuk, tek bir ülke ile irtibatlı olan sözleşmeler bakımından irtibatlı ülke hukuku; birden fazla ülke ile irtibatlı sözleşmeler bakımından hakkı yahut kullanım hakkını devralan tarafın hukuku olarak belirlenmiştir⁶⁵⁴. Görüldüğü gibi bu metinde fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından karakteristik edim borçlusunun devralan taraf olduğu kabul edilmektedir. Fakat bu kabul, kanunlaşma sürecinde doktrin tarafından eleştirilmiş ve madde bu eleştiriler doğrultusunda günümüzdeki formuna ulaşmıştır⁶⁵⁵. Tasarı metnindeki düzenleme, öncelikle İsviçre'nin ekseriyetle fikri hakkı devreden bir ülke olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca İsviçre hukukunun açık, basit ve tüm tarafların menfaatini gözetten bir hukuk olarak taraflarca tercih edilen bir hukuk olduğu bu sebeple de böyle bir hukukun terk edilerek sözleşmenin başka ve bilinmeyen bir hukuka tabi kılınmasının yerinde olmayacağı savunulmuştur⁶⁵⁶. Gerçekten de söz konusu ölçütler kanun koyucu tarafından uygulanacak hukuk belirlemesi yapılırken dikkate alınmaya değer ölçütlerdir. Tüm bu sebeplerle Tasarı metni değiştirilmiş ve fikri haklara ilişkin sözleşmelere devreden tarafın hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

AB hukukunda telif hakkına ilişkin sözleşmeler bakımından getirilen ilk ayırık düzenleme Avrupa Birliği Komisyonu tarafından hazırlanan “Akdi Borç İlişkilerine

⁶⁵² Kanunun 43. paragrafında, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler bakımından karakteristik edim borçlusunun hakkı devralan olduğu kabul edilmektedir. Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 171.

⁶⁵³ Söz konusu hüküm İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun m. 122 de düzenleme alanı bulmuştur. Maddenin 1. fıkrasında fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerin hakkı transfer eden tarafın mutad mesken hukukun tabi olduğu söylenilmektedir. Maddenin İngilizce çevirisi için bkz. http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_from_1_1_2017.pdf (8 Mayıs 2018).

⁶⁵⁴ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 177.

⁶⁵⁵ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 177.

⁶⁵⁶ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 178.

Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonu’nun Modernizasyonuna İlişkin Yeşil Kitap’da” (Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and Its Modernisation)⁶⁵⁷ yer almaktadır⁶⁵⁸. Tasarının 4/1 (f) maddesine göre “fikri ve sınai haklara ilişkin sözleşmeler”e uygulanacak hukuk, *hakkı yahut kullanım hakkını devredenın mutad mesken hukukudur*⁶⁵⁹. Tasarı ile, fikri ve sınai haklara ilişkin sözleşmeler bakımından karakteristik edim belirlemesi yapılmış ve bahsi geçen sözleşmeler karakteristik edim borçlusu kabul edilen devreden tarafın hukukuna tabi kılınmıştır. Ancak bu bağlama kuralı gerek doktrinde gerekse Avrupa Birliği’nin Ekonomik ve Sosyal Komitesi’nin 23 Aralık 2006 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesi’nde yayımlanan raporunda; Tasarı metninde franchise sözleşmesi ve dağıtım sözleşmelerinin de özel sözleşme tipi olarak düzenlendiği göz önünde bulundurularak maddenin kapsamının belirlenememesi ve fikri ve sınai sözleşmeler bakımından en yakın irtibatlı hukukun her durumda devreden tarafın hukuku olmayabileceği, bu sebeple değişen koşullara uygun daha esnek bir bağlama kuralı getirilmesi gerektiği düşüncesiyle eleştirilmiştir⁶⁶⁰.

Düşünüldüğünde fikri ve sınai sözleşmeler terimi ile hem telif hakkına ilişkin sözleşmeler hem de sınai haklara ilişkin sözleşmeler kastedilmekte; bu sözleşme grupları dahi kendi içlerinde, telif hakkı sözleşmeleri bakımından yayım sözleşmesi, temsil sözleşmesi; marka lisansı sözleşmesi, teknoloji transfer sözleşmesi gibi, farklı sözleşme tiplerini barındırmaktadır⁶⁶¹. Bu sebeple fikri ve sınai sözleşmelerin kapsamı ve sınırların

⁶⁵⁷ İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0654&qid=1533319735013&from=EN> (23 Mart 2018).

⁶⁵⁸ Güngör, s. 86 dn. 9; Tarman, **Roma I Tüzüğü**, s. 305; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 125.

⁶⁵⁹ Madde metni için bkz. [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2005\)0650_/com_com\(2005\)0650_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2005)0650_/com_com(2005)0650_en.pdf) (23 Mart 2018).

⁶⁶⁰ Rapor için bkz. OJEU, 23.12.2006, Vol. 49, 2006/C 318/10, Ayrıca raporun metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52006AE1153> (23 Mart 2018); Calliess, s. 123; Fawcett ve Torremans, s. 761; Toshiyuki Kono ve Paulius Jurcys, “General Report”, Toshiyuki Kono (Ed.), **Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives** içinde (1-217), Oxford; Hart Publishing, 2012, s. 171.

⁶⁶¹ Bu sözleşmeler dahi bünyelerinde birden çok sözleşme tipi barındırabilmektedir. Örneğin, teknoloji transfer sözleşmeleri; know-how sözleşmesi, lisans sözleşmesi ve devir sözleşmelerini kapsamaktadır. Bunun yanında ar-ge sözleşmesi, danışmanlık sözleşmesi gibi karma nitelikli sözleşmeler de teknoloji transfer sözleşmeleri ile bağlantılı olup fikri mülkiyet haklarına ilişkin yapılabilmektedir. Teknoloji transfer sözleşmeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 153 vd.; Sema Çörtoğlu Koca, “Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)**, Y. 2007, C. 11, S. 1-2, s. 233 vd.; Sema Çörtoğlu Koca, “Milletlerarası Özel Hukukta Araştırma-Geliştirme (Ar-Ge) Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR)**, Y. 2009, C. 9, S. 3, s. 98 vd..

tespiti önemlidir. Ancak Tasarı metninde bu şekilde bir belirleme yapılmamış; bunun yanında bu sözleşmelerin kapsamında değerlendirilebilecek olan franchise ve distribütörlük sözleşmeleri bakımından da ayrı bağlama kuralı getirilmiştir⁶⁶². Bu durum, Tasarı metninde öngörülen sınırların tespitini daha da güç hale getirmektedir⁶⁶³. Ayrıca bu şekilde birden çok ve birbirinden farklı nitelikte sözleşmenin bir arada bulunması bu sözleşmeler bakımından tek bir bağlama kuralı öngörülmesini de zorlaştırmaktadır⁶⁶⁴. Gerçekten de sözleşmelerin özellikleri dikkate alındığında bu sözleşmelerden her biri bakımından en yakın irtibatlı hukukun devreden tarafın hukuku olduğunu söylemek yanlış olacaktır. Hatta aynı sözleşme tipi bakımından dahi sözleşmesel edimlerin ağırlığının yer değiştirmesi en yakın irtibatlı hukuku değiştirebilecektir. Örnek olarak; yayım sözleşmesi bakımından yukarıda bahsi geçen yaklaşımın aksine genel kabul, sözleşmeyi karakterize eden edimin eserin devrinden ziyade bu eserin basılması olduğu ve sözleşmesel rizikoların yayımcıda toplandığı bu sebeple de devralan taraf olan yayımcının hukukunun uygulanacağı yönündedir. Ancak bu kabul, yayımcının ediminin sadece para edimi ile sınırlı olduğu sözleşmeler bakımından işlerliğini kaybedecek ve bu durumda devreden taraf olan eser sahibinin hukuku uygulanacaktır.

Tüm bunların sonucu olarak Tasarı metnindeki bağlama kuralı Avrupa Parlamentosu Hukuki İşler Komitesi tarafından hazırlanan Raporda⁶⁶⁵ *“fikri ve sınai haklara ilişkin sözleşmelerin devreden yahut lisans verenin mutad mesken hukuku ile en yakın irtibatlı olduğu kabul edilir”*, şeklinde değiştirilmiştir⁶⁶⁶. Fıkranın bu şekilde

⁶⁶² Ayrıca getirilen franchise sözleşmesi ve distribütörlük sözleşmesi ile ilgili olarak getirilen bağlama kuralları, fikri ve sınai haklara ilişkin bağlama kuralları ile çelişki içindedir. Şöyle ki, franchise sözleşmeleri bakımından öngörülen bağlama kuralında franchise alanın; distribütörlük sözleşmeleri bakımından distribütörün mutad mesken hukukunun uygulanacağı öngörülürken; fikri ve sınai haklara ilişkin sözleşmeler bakımından devreden ve lisans verenin mutad meskeni hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür. Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse; bir fikri yahut sınai hakka ilişkin franchise sözleşmesi yapıldığında (f) bendi uyarınca bağlama kuralı tespit edilirse franchise verenin hukuku uygulanması gerekirken; (g) bendi esas alınırsa franchise alanın hukuku uygulanacaktır. CLIP Comments, s. 3; Pedro Alberto De Miguel Asensio, “The Law Governing International Intellectual Property Licensing Agreements (A Conflict of Laws Analysis)”, Jacques de Werra (Ed.), **Research Handbook on Intellectual Property Licensing** içinde (312-336), s. 325; Hatice Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, **MHB**, Y. 2010, C. 30, S. 1-2, s. 66, (Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları).

⁶⁶³ Fikri ve sınai haklara ilişkin sözleşmelerin kapsamının devir ve lisans sözleşmeleri ile sınırlanması gerektiği görüşü için bkz. CLIP Comments, s. 3.

⁶⁶⁴ CLIP Comments, s. 3.

⁶⁶⁵ Tam adı “Draft European Parliament Legislative Resolution on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations” olan Raporun İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/PDF/?uri=CELEX:52005PC0650&from=EN> (03 Ağustos 2018).

⁶⁶⁶ CLIP Grubunun önerdiği bağlama kuralı ise şu şekildedir: “*Fikri ve sınai haklara ilişkin sözleşmelerin esasının en yakın irtibatlı olduğu hukukun devreden yahut lisans verenin mutad mesken hukuku olduğu kabul edilir; meğer ki, devreden yahut lisans veren münhasır kullanma yetkisini haiz olsun.*” CLIP Comments, s. 5.

değiştirilmesi bakımından ilk söylenmesi gereken şey, tasarının aksine fikri ve sınai sözleşmelerin devir ve lisans sözleşmesi ile sınırlandırılmış olmasıdır. Bunun yanında en yakın irtibatlı hukukun karine olarak devreden hukuku olduğu kabul edilmiş; ancak öngörülen istisna hükmü ile katı bir şekilde her durumda ve şartta devreden hukukunun uygulanmasının da önüne geçilmiştir.

Tasarı metninde yer alan “fikri ve sınai haklara ilişkin sözleşmeler” için getirilen özel bağlama kuralı Roma I Tüzüğü’nün metnine alınmamıştır. Bunun sebebi, özellikle Roma I Tüzüğü gibi ulusal üstü belgeler bakımından fikri haklara ilişkin sözleşmesel uyumsuzlukların tek bir bağlama kuralı ile çözümlenebilmesi, diğer bir ifade ile uyumsuzlukların hepsi bakımından tek bir karakteristik edim öngörülmesinin uygun olmayacağı düşüncesidir⁶⁶⁷. Gerçekten de fikri haklar ile ilgili düzenlemeler devletlerin hukuk politikaları, teknolojik ve kültürel altyapıları ile doğrudan ilgilidir. Bu sebeple fikri haklar ile ilgili düzenleme yapılırken bu hususlar göz önünde tutularak bağlama kuralları belirlenir. Örneğin, yoğunluklu olarak fikri ürünleri devreden ülkeler bakımından, fikri hakkı devreden tarafın hukukunun uygulanması avantajlı olabilmekteyken; fikri ürünleri devralan ülkeler bakımından devralan tarafın hukukunu uygulamak daha uygun olacaktır. Aksi ihtimalde bu ülkelerin fikri haklara ilişkin yaptıkları sözleşmelerde hep “yabancı” bir hukukun; hakkı devralan ülkeler bakımından her halde devreden ülkenin hukuku, hakkı devreden ülkeler bakımından devralan ülkenin hukuku, uygulanması mevzu bahis olacak; böyle bir durum da caydırıcı nitelik taşıyacaktır. Bu durum, birden çok devleti bağlayıcı nitelikli bağlama kuralı belirlenirken tek bir kural ile belirleme yapılamamasının sebeplerinden birini oluşturmaktadır⁶⁶⁸. Ayrıca bu sözleşmeler bakımından karakteristik edim her zaman aynı edim olmayabilmektedir. Bu bağlamda her koşulda devreden tarafın karakteristik edim borçlusu olduğu bu kapsamda en yakın irtibatlı hukukun her durumda devreden tarafın hukuku olduğundan bahsedilememektedir. Bu da tek bir bağlama kuralı belirleme yapılmak istenmemesinin

⁶⁶⁷ Calliess, s. 123; Bu noktada CLIP görüşleri için bkz. Paul Torremans, “Intellectual Property and the EU Rules on Private International Law: Match or Mismatch?”, Irini Stamatoudi ve Paul Torremans (Ed.); **EU Copyright Law** içinde (1019-1063), s. 1035-1036; European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, **Commentary**, s. 275 Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono ve Axel Metzger (Ed.), **Intellectual Property in Global Arena Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US** içinde (1-23), 2010.

⁶⁶⁸ Ayrıca yukarıda değinildiği gibi, fikri haklara ilişkin sözleşmelerin ağırlık merkezleri ve dahi karakteristik edimleri her zaman aynı taraf üzerinde toplanmamaktadır. Bu durum da tek bir bağlama kuralı ile tespit yapılmasının bir diğer sakıncalı tarafını oluşturmaktadır.

ikinci sebebini oluşturmaktadır. Bu sebeplerle ulusalüstü belgelerde fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından tek bir bağlama kuralı getirmek sakıncalı olabilmektedir.

Tüm bu düşünceler doğrultusunda, fikri haklara ilişkin sözleşmeler, özel sözleşme tiplerinin⁶⁶⁹ düzenlendiği 4. maddenin 1. fıkrasına alınmamıştır. Bu sözleşmeler ile ilgili uyuşmazlıkların genel sözleşme kuralı olan 4. maddenin 2. fıkrası ve devamında yer alan bağlama kuralı ile çözüme kavuşturulacağı kabul edilmektedir⁶⁷⁰.

Telif hakkı sözleşmelerinin genel kurala tabi olması her bir uyuşmazlık bakımından ayrı ayrı karakteristik edim tespitinin yapılması anlamına gelmektedir. Böylece mahkeme önüne gelen her uyuşmazlıkta karakteristik edim tespitini yapmak durumundadır⁶⁷¹. Tüzükte fikri ve sınai haklara ilişkin özel bir hüküm bulunmaması ve bu sözleşmelere uygulanacak hukukun karakteristik edim ışığında tespit edilmesi de karakteristik edimin tespitinin zor ve muğlak olması sebebiyle eleştirilmiştir. Bu eleştiriler doğrultusunda CLIP Prensipleri hazırlanmıştır. Prensiplerin fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından getirdiği hükümler dikkat çekicidir. Sözleşmeye uygulanacak hukukun düzenlendiği 3:502. maddede⁶⁷², tarafların hukuk seçimi yapmaması halinde sözleşmeye en yakın irtibatlı hukukun uygulanacağı öngörülmüştür. Burada dikkat çekici olan, fikri haklara ilişkin en yakın irtibatlı hukukun tespiti bakımından kriterler öne sürülmüş olmasıdır. Gerçekten de fikri haklarla ilgili sözleşmeler bakımından ve özellikle

⁶⁶⁹ 4. maddenin 1. fıkrasında; satım sözleşmelerine, hizmet sözleşmelerine, taşınmaz sözleşmelerine, taşınmaza ilişkin kira sözleşmelerine, franchise sözleşmelerine, distribütörlük sözleşmelerine, açık arttırma yoluyla yapılan satım sözleşmelerine, 2004/39 sayılı Yönerge'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının 17. bendinde tanımlanan yatırım araçlarının satımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk ile ilgili özel bağlama kuralları getirilmiştir.

⁶⁷⁰ Calliess, s. 123; Ferrari, s. 129.

⁶⁷¹ Bu noktada "Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın-ATAD" (Court of Justice of European Union) 2009 yılında vermiş olduğu Falco vs. Weller Kararı (Falco Privatstiftung and Thomas Rabitsch vs. Gisela Weller-Lindhorst (2009) C-533/07, ECR I-3327; Karar için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77990&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=120216> (30 Temmuz 2018)) dikkat çekicidir. Karara konu olan uyuşmazlık Avusturyalı müzisyen Falco'nun konser kayıtlarının tutulmasına ilişkin yapılan lisans sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Karar, Brüksel I Tüzüğü'nün 5. maddesi uyarınca yetkili mahkemenin tesisine yönelik olsa da kararda Adalet Divanı, söz konusu lisans sözleşmesi bakımından karakteristik edim incelemesi yapmıştır. Divan, lisans sözleşmesinde karakteristik edimin, lisans verenin ve lisans alanın sözleşmedeki hak ve borçlarına bakılmaksızın, her hal ve şartta lisans verenin edimi olduğu sonucuna varmıştır. Ancak Divanın bu yaklaşımının fikri haklara ilişkin sözleşmelerin Roma I Tüzüğü'nün 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca çözümlenmesi ile ulaşılmak istenen amaca aykırı olduğu kabul edilmektedir⁶⁷¹. Gerçekten de Tasarı metninde fikri haklara ilişkin sözleşmeler için öngörülen bağlama kuralının Tüzüğe alınmamasının sebebi fikri haklara ilişkin sözleşmelerin tek bir bağlama kuralı ile çözümlenmesinin meydana getireceği sakıncaların önüne geçmektedir. Maddenin Tüzüğe alınmaması ile önüne geçilmek istenen bu sakıncaların Divan'ın verdiği karar ile tekrarlanması hatalıdır.

⁶⁷² Madde metni için bkz. https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Final_Text_1_December_2011.pdf (20 Mayıs 2018).

çalışma konumuz olan telif hakkı sözleşmeleri bakımından en yakın irtibatlı hukukun tespiti için getirilen karine uyarınca karakteristik edim borçlusunun tespitinin zor ve muğlak olduğu düşünüldüğünde bu şekilde bir belirleme yapılmasının yerindeliği ortaya çıkacaktır⁶⁷³. Bu sebeple belirleme yaparken Grup, karakteristik edim teorisinden hareket etmemiş; belirli kıstaslar getirerek bu kıstaslar dahilinde olan durumlar bakımından devreden/lisans veren tarafın yahut devralan/lisans alan tarafın hukukunun uygulanacağını düzenlemiştir⁶⁷⁴.

Buna göre fikri haklara ilişkin devir veya lisans sözleşmeleri yahut sözleşmenin ana konusu ve korunabilir bir hususun oluşması ile ilgili bu fıkra kapsamındadır. Bu fıkra göre en yakın irtibatlı hukuk, belirlenen unsurların devreden/lisans verende toplanması durumunda, bu tarafın hukuku; unsurların devralan/lisans alanda toplanması durumunda ise devralan/lisans alanın hukuku olacaktır. Aslında yapılan bu ayırım ile ulaşılmak istenen sonuç, karakteristik edimin tespitinden başka bir şey değildir. Yalnızca burada bu tespitin belirli şartlara bağlandığı bu yolla muğlaklığın ortadan kalktığı kabul edilebilir. Ayrıca tek bir tarafın hukukuna etki tanınmaması da Prensipler bakımından dikkat çekici bir husustur⁶⁷⁵. Gerçekten de özellikle telif hakkı sözleşmeleri düşünüldüğünde her durum ve şartta tek bir tarafın hukukunun uygulanacağını öngörmek hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir.

Bu unsurlar, devredilecek yahut lisans verilecek hakkın devrinin yahut lisansının verildiği ülkenin sözleşmenin herhangi bir tarafının ülkesi olması; devralan yahut lisans alanın devraldığı/lisans aldığı hakkı açık yahut zımni şekilde kullanma yükümlülüğünün olup olmaması; devir yahut lisans bedellerinin belirlenme şekli; devreden/lisans alanın bilgilendirme yükümlülüğünün yahut eser sahibinin eseri yaratma yükümlülüğünün olup

⁶⁷³ European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, **Commentary**, s. 272-273.

⁶⁷⁴ Toshiyuki Kono ve Paulius Jurcys, "General Report", Toshiyuki Kono (Ed.), **Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives** içinde (1-217), s. 176; European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, **Commentary**, s. 273; Pedro Alberto De Miguel Asensio, "The Law Governing International Intellectual Property Licensing Agreements (A Conflict of Laws Analysis)", Jacques de Werra (Ed.), **Research Handbook on Intellectual Property Licensing** içinde (312-336), s. 338; Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono ve Axel Metzger (Ed.), **Intellectual Property in Global Arena Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US** içinde (1-23), s. 13.

⁶⁷⁵ European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, **Commentary**, s. 275-276.

olmamasıdır. Sayılan bu unsurların toplandığı taraf, sözleşmeye mutad mesken hukuku uygulanacak olan taraf olarak belirlenecektir⁶⁷⁶.

Görüldüğü gibi Prensipler ile getirilen şartlarda, sözleşme ile bir tarafın ediminin diğer tarafa nazaran daha ağırlıklı olması esas alınmıştır. Eğer devredilen hak, devralanın yahut devredenin ülkesinde kullanılacaksa; örneğin, Alman vatandaşı bir film yapımcısının filminin İngiliz TV kanalında gösterimine ilişkin bir sözleşmede hak İngiltere’de kullanılacağı için, sözleşmeye İngiliz hukukunun uygulanması gerekir. Yahut sözleşmede kullanma yükümlülüğü varsa hakkı kullanma yükümlülüğü olan devralan tarafın hukukunun, örneğimizde İngiliz hukuku, uygulanması gerekecektir.

O halde, eğer söz konusu hak devralanın yahut lisans alanın mutad meskeninin ya da işyerinin bulunduğu ülke tarafından veriliyorsa; devralanın/lisans alanın bu hakkı kullanma yükümlülüğü bulunuyorsa; devir yahut hakkın kullanım bedelleri yüzde şeklinde belirlenmişse ve devralanın/lisans alanın bilgilendirme yükümlülüğü bulunuyorsa bu durumda unsurların devralan/lisans alan üzerinde toplandığı kabul edilir ve devralan yahut lisans alanın mutad meskeni hukuku uygulanır. Öte yandan hakkın devreden yahut lisans verenin mutad meskeninin ya da işyerinin bulunduğu ülke tarafından verildiği; sözleşmenin taraflarının bedelin ödenmesi dışında herhangi bir yükümlülüğünün bulunmadığı; lisansın tek kullanımlık olarak verildiği yahut eser sahibinin eseri yaratma yükümlülüğünün olduğu durumlarda ise unsurların devreden/lisans veren üzerinde toplandığı kabul edilir ve devreden/lisans verenin mutad meskeni hukuku uygulanır.

CLIP Prensiplerinde fikri haklarla ilgili sözleşmeler bakımından tek bir tarafın hukukunun uygulanması yerine belirli kıstaslar getirilerek bu kıstasların yoğunlaştığı tarafın hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür. Bunun sebebi, fikri haklarla ilgili sözleşmelerin tek bir kural ile çözümlenemeyecek kadar geniş bir yelpazeye yayılması ile açıklanmıştır. Gerçekten de fikri haklara ilişkin sözleşmelerin kapsamı telif hakkı sözleşmelerinden sınai haklarla ilgili sözleşmelere kadar geniş bir çerçevedir. Bu denli

⁶⁷⁶ Prensiplerde bağlama noktası olarak mutad mesken hukukunun öngörüldüğüne dair bkz. European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, **Commentary**, s. 273.

geniş ve birbirinden farklı niteliği haiz sözleşmeler bakımından tek bir tarafın hukukun en yakın irtibatlı hukuk olarak öngörülmesi her zaman makul olmayabilmektedir.

Türk hukukunda fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerin düzenlendiği MÖHUK'un 28. maddesinde hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda sözleşmeye fikri hakkı yahut kullanım hakkını devreden tarafın hukuku uygulanacağı öngörülmüştür. Kanun koyucu bu belirleme ile fikri haklara ilişkin sözleşmelerde karakteristik edimin tespitini yapmış bulunmaktadır⁶⁷⁷. O halde bu sözleşmeler bakımından karakteristik edim tespiti taraflara bırakılmamış ve bu edim devreden tarafın edimi olarak belirlenmiştir. Böylece bu sözleşmelere uygulanacak hukuk, sözleşmenin devreden tarafının hukuku olarak sabitlenmiştir. Fikri haklar ve özellikle de telif hakkı bakımından karakteristik edimin tespiti zor ve hatta bazı durumlarda imkânsız olduğu düşünüldüğünde kanun koyucu tarafından böyle bir belirliliğin sağlanmasının tarafların lehine olduğu düşünülebilir. Ancak böyle bir hüküm verebilmek için kanun koyucunun bu maddeyi hazırlarken hangi saikten hareket ettiğinin tespitinin yapılması gerekir. Hiç kuşkusuz böyle bir belirleme yapılırken kanun koyucu hukuki, siyasi yahut ekonomik menfaatlerden hareket etmiş olmalıdır. Ancak maddenin gerekçesinde bu noktada bir açıklama bulunmamaktadır. Daha açık bir ifadeyle kanun koyucunun bu belirlemeyi yaparken hangi saikle hareket ettiği gerekçeden anlaşılmamaktadır⁶⁷⁸.

Fikri mülkiyet hakkına ilişkin sözleşme kavramı, sınai haklara ilişkin patent sözleşmesi, marka lisansı sözleşmesi gibi teknoloji transfer sözleşmeleri ile telif hakkına ilişkin yayım sözleşmesi, temsil sözleşmesi, işleme hakkının devrine ilişkin sözleşmeleri içine alan çok geniş bir kavramdır. Bu sözleşmelerin kendi dahil oldukları sözleşme grupları bakımından dahi tek bir karakteristik edim belirlemesi yapılamazken bu sözleşme gruplarının hepsi için tek bir kural belirlemek milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Bu bakımdan hüküm yürürlüğe girdiği

⁶⁷⁷ Çelikel ve Erdem, s. 431; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 294; Gülören Tekinalp, Ergin Nomer ve Ayşe Odman Boztosun, **Private International Law in Turkey**, The Netherlands: Kluwer Law International, 2012, s. 109; Bu husus madde gerekçesinde de açık olarak belirtilmiştir. Gerekçe için bkz. Öztekin Gelgel ve Erdem, **Gerekçe**, s. 97; Fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından karakteristik edimin belirlenmesinin ve sözleşmenin her koşulda devreden tarafın hukukuna tabi olmasının eleştirisi için bkz. Sargın, **Fikri ve Sınai Haklar**, s. 178 vd.; Can ve Toker, s. 307; Doğan, s. 399.

⁶⁷⁸ Sargın, **Fikri ve Sınai Haklar**, s. 181.

dönemde eleştirilere maruz kalmış ve fikri haklarla ilgili sözleşmeler bakımından tek bir kural öngörülmesinden en yakın irtibatlı hukukun her bir somut olay bakımından ayrı ayrı tespit edileceği daha esnek “soft” bir kuralın öngörülmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁷⁹.

(ii) Sözleşme Tiplerinin İncelenmesi Yoluyla Karakteristik Edimin Tespiti

Telif hakkı sözleşmesi bakımından karakteristik edimin tespitinin zor olmasının bir diğer sebebi ise, telif hakkı sözleşmesi terimi ile tek bir sözleşmeden bahsedilmemesi, bünyesinde birbirinden farklı nitelikte ve birden çok sözleşme bulundurmasıdır. Bu sebeple her sözleşme bakımından halin şartlarının değerlendirilmesi ve somut olayın şartları ışığında karakteristik edim tespitinin yapılması gerekmektedir⁶⁸⁰. Sözleşme statüsü bakımından karakteristik edim borçlusunun kural olarak hakkı devreden taraf olduğu bu bağlamda eser sahibinin yahut hak sahibinin karakteristik edim borçlusu olduğu kabul edilmektedir. Fakat bu kural her zaman hakkaniyete uygun sonuçlar vermeyebilmektedir.

Bu noktada yabancılik unsuru taşıyan telif hakkı sözleşmeleri bakımından özellik arz eden ve telif hakkı sözleşmeleri içinde de sıkça rastlanabilecek olan sözleşme türlerinin karakteristik edim bakımından incelenmesi yararlı olacaktır. Bunlardan ilki, yayım sözleşmesidir. Yayım sözleşmesi ile eser sahibi yahut bu hakkı ondan devralan kimse (hak sahibi) eserin yayma ve çoğaltma haklarını devretmekte; buna karşılık yayımcı eserin çoğaltımı ve dağıtımını yapmaktadır. Bu sözleşme bakımından karakteristik edim borçlusu, sözleşme ile ilgili bütün riskleri üstlenen yayımcıdır⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ Sargın, **Fikri ve Sınai Haklar**, s. 187.

⁶⁸⁰ Dardağan, s. 245.

⁶⁸¹ Ulmer, s. 50; Calliess, s. 123; van Eechoud, 200; Tekinalp ve Uyanık, s. 309; Özel, **MÖHUK m. 24/II**, s. 598; Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 89; Dardağan, s. 241; Pedro Alberto De Miguel Asensio, “The Law Governing International Intellectual Property Licensing Agreements (A Conflict of Laws Analysis)”, Jacques de Werra (Ed.), **Research Handbook on Intellectual Property Licensing** içinde (312-336), s. 330-331; Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono ve Axel Metzger (Ed.), **Intellectual Property in Global Arena Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US** içinde (1-23), Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 12-13.

Gerçekten de yayım sözleşmesini karakterize eden edim; eserin yayma ve çoğaltma hakkının kullanılması yani, yayımcının edimidir.

Temsil sözleşmesi, bir eserin temsil hakkının yahut bu hakkın kullanımının devredilmesi olarak tanımlanabilir. Temsil sözleşmesi bakımından da paralel biçimde temsil hakkını kullanacak gerçek veya tüzel kişinin edimi, sözleşmeyi karakterize eden edim olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁸². Çünkü burada da sözleşmenin ekonomik riskini üstlenen taraf, temsil hakkını devralan taraftır. Ayrıca, devralan tarafın haktan yararlanma yükümlülüğü de bulunmaktadır⁶⁸³. Bu bakımdan devreden tarafta hakkı devretmek dışında bir yükümlülük kalmamaktadır. Bunun dışında umuma iletim hakkının devri söz konusu olduğunda karakteristik edim aynı şekilde ekonomik riskleri üstlenen devralan taraf olacaktır⁶⁸⁴. O halde telif hakkı sözleşmesi bakımından karakteristik edim, sözleşmede riski üstlenen, aktif davranışta bulunarak sözleşmeyi karakterize eden ve eserden yararlanan tarafın edimi olarak tanımlanabilir⁶⁸⁵.

Ancak burada yapılan tahliller de genel kaide olarak değerlendirilmemelidir. Kanaatimizce her nasıl devreden tarafın karakteristik edim borçlusu olduğu bilakaydüşart kabul edilmiyorsa devralan taraf bakımından da aynı şartlar geçerli olmalıdır. Her sözleşme bakımından sözleşmenin şartları ve sözleşme bakımından tarafların borçları incelenip karakteristik edimin tespitinin yapılması daha yerinde olacaktır.

Bunun dışında telif hakkı sözleşmelerinin oluşum süreçleri dikkate alınarak bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre karakteristik edim, sözleşmenin ağırlık merkezini oluşturan “birincil edim”dir; bu edim eser bakımından eserin meydana gelmesi yahut dağıtımının yapılmasıdır⁶⁸⁶. Bu yer çoğunlukla koruma ülkesi hukuku ile de örtüşmektedir. Eser ısmarlama sözleşmeleri gibi eser meydana gelmeden yapılan sözleşmeler bakımından

⁶⁸² (Var) Çetin, s. 23; Dardağan, s. 242.

⁶⁸³ Dardağan, s. 246; Bu noktada bir başka görüş, temsil sözleşmeleri bakımından hakkı devreden tarafın tek ediminin bu hakkın devredilmesi değil aynı zamanda bu hakka konu olan eserin de oluşturulması olduğunu ileri sürmüştür. van Eechoud, s. 201; Gerçekten de bir tiyatro oyununun temsili için prodüktörle oyuncu arasında yapılan sözleşmede oyuncu, sadece bu hakkını devretmek yükümlülüğünde değildir. Bunun yanında bu oyunun ortaya konulması da oyuncunun bir diğer tabirle devreden yükümlülükleri arasındadır.

⁶⁸⁴ Ulmer, s. 49; Dardağan, s. 246.

⁶⁸⁵ Dardağan, s. 246; Ulmer, s. 49.

⁶⁸⁶ Miano, s. 21.

karakteristik edim, eser sahibinin edimidir⁶⁸⁷. Ancak eser meydana geldikten sonra yapılan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusu, hakkı kullanan diğer ifadeyle hakkı devralan taraf da olabilmektedir.

(iii) Sözleşmesel Edimlerin İncelenmesi Yoluyla Karakteristik Edimin Tespiti

Yukarıda anlatıldığı gibi karakteristik edimin tespiti birbirinden farklı kıstaslar esas alınarak yapılabilmektedir. Bunlardan bir diğeri sözleşmenin öngördüğü borçların incelenmesi yoluyla karakteristik edimin tespitidir. Telif hakkı sözleşmesi uyarınca devreden borçları, hakkın varlığını tekeffül borcu ve eseri teslim borcudur. Devralanın borçları ise bedeli ödeme borcu ve hakkı kullanma borcudur. Bu borçların devir ve lisans sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır. Bunun sebebi iki sözleşmenin karakterinin birbirinden farklı olmasıdır. Devir sözleşmelerinde devreden taraf, çoğunlukla sözleşmenin konusu olan eseri meydana getiren eser sahibidir. Bu varsayımda devreden taraf eseri meydana getirmekte ve bu eseri devretmekte; devralan taraf ise bunun karşılığı olarak sözleşme ile belirlenen miktardaki parayı ödemektedir. Bu durumda karakteristik edimin devreden tarafın edimi olduğu kabul edilmektedir⁶⁸⁸.

Lisans sözleşmelerinde hakkın kullanımını devir ve bunun karşılığı olarak belirli bir miktar para ödenmesi dışında eserden münhasır yararlanma gibi hususi nitelik taşıyan borçlar da bulunabilmektedir. Münhasır yararlanma gibi özellikli borçların sözleşmeyi karakterize etme niteliğini haiz olduğu kabul edilmektedir⁶⁸⁹. Buna göre sözleşme ile devralana eserden münhasır yararlanma yetkisi tanınıyor ve buna bağlı olarak eseri koruma yükümlülüğü yükleniyorsa; devralanın edimi belirli bir miktar paranın

⁶⁸⁷ van Eechoud, s. 201; Dardağan, s. 242.

⁶⁸⁸ Pedro Alberto De Miguel Asensio, “The Law Governing International Intellectual Property Licensing Agreements (A Conflict of Laws Analysis)”, Jacques de Werra (Ed.), **Research Handbook on Intellectual Property Licensing** içinde (312-336), s. 327-328.

⁶⁸⁹ Thomas Petz “Austria”, Toshiyuku Kono (Ed.), **Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives** içinde (218-345), Oxford; Hart Publishing, 2012, s. 231; Dardağan, s. 240; Pedro Alberto De Miguel Asensio, “The Law Governing International Intellectual Property Licensing Agreements (A Conflict of Laws Analysis)”, Jacques de Werra (Ed.), **Research Handbook on Intellectual Property Licensing** içinde (312-336), s. 328; Ancak bu noktada bir başka görüş, eserden münhasır yararlanma yetkisi verilen sözleşmelerin satım sözleşmesine benzediğini, burada dahi sözleşmeyi devreden borçlarının karakterize ettiğini bu sebeple de lisans alanın yahut devralanın karakteristik edim borçlusu olamayacağını ileri sürmektedir. van Eechoud, s. 200; Miano, s. 21.

ödenmesinden daha fazlası olmakta ve karakteristik edim borçlusu hakkı devralan olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁹⁰. Aksi ihtimalde, yani, devralana münhasır bir hakkın devredilmediği ve bunun sonucu olarak eseri koruma yükümlülüğü altına girmediği bir diğer tabirle devralanın ediminin belirli bir miktar para ödemekle sınırlı olduğu sözleşmeler bakımından karakteristik edim borçlusu hakkı devreden taraf olacaktır⁶⁹¹. O halde, eserden münhasır yararlanmanın istisna olduğu daha açık bir ifadeyle bütün telif hakkı sözleşmelerini kapsamadığı düşünülürse bu sözleşmeler bakımından karakteristik edim borçlusunun kural olarak devreden taraf olduğunun kabulü gerekir. Bu kabul aynı zamanda devreden tarafın eser sahibi olduğu varsayımında daha da işlerlik kazanacaktır⁶⁹².

Devreden tarafın karakteristik edim borçlusu olduğunun kabulü, telif hakkı sözleşmelerinin birden çok ülke ile irtibatlı bir şekilde yapıldığı durumlarda yeknesaklığı sağlaması bakımından da önemlidir⁶⁹³. Aksi kabulde sözleşme birden fazla hukuk ile irtibatlı hale gelecek ve bu durum aynı sözleşme bakımından birbirinden farklı hukuki sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecektir⁶⁹⁴.

Bu iki kabul arasındaki farklılıkları bir örnekle açıklamak gerekirse; Hollywood menşeli bir filmin aynı sözleşme ile İngiltere, Avustralya ve Türkiye’de dağıtımının gerçekleşmesi durumunda karakteristik edimin devralan tarafın edimi olduğu kabul edilirse her uyuşmazlık bakımından ayrı hukukun uygulanması gerekecektir. Yani, İngiltere’de çıkan bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda bu uyuşmazlık bakımından İngiliz hukuku uygulanırken; Avustralya söz konusu olduğunda Avustralya hukuku; Türkiye’de bir uyuşmazlık çıktığında ise Türk hukuku uygulanacaktır. Görüldüğü gibi bu kabulde aynı sözleşmeden kaynaklanan ve fakat farklı ülkelerde meydana gelen uyuşmazlıklar farklı hukuka tabi olacaktır. Ancak karakteristik edimin devreden tarafın hukuku olduğu ve bunun sonucu olarak sözleşme uyarınca bu hukukun uygulanması

⁶⁹⁰ Tekinalp, **Patent Lisansı Sözleşmesi**, s. 266; Thomas Petz “Austria”, Toshiyuku Kono (Ed.), **Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives** içinde (218-345), s. 231; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 99-100; Dardağan, s. 239-240.

⁶⁹¹ Dardağan, s. 240; Tekinalp, **Patent Lisansı Sözleşmesi**, s. 266; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 99.

⁶⁹² Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 89.

⁶⁹³ Ulmer de raporunda telif hakkı sözleşmeleri bakımından karakteristik edimin eser sahibinin hukuku olduğunu ileri sürmektedir. Ulmer, s. 51; Stömholm, s. 64; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 92; Miano, s. 20-21.

⁶⁹⁴ Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 92.

gerektiği kabulünde uyuşmazlığın kimden kaynaklandığı ve nerede meydana geldiği önem taşımaksızın bütün uyuşmazlıklar bakımından ABD hukuku uygulanacaktır. Böylece sözleşme bakımından yeknesak bir uygulama söz konusu olacak ve öngörülebilirlik sağlanmış olacaktır. Gerçekten de milletlerarası nitelikli sözleşmelerde sözleşmeye uygulanacak hukukun öngörülebilir olması oldukça önemlidir. Sözleşme yapılırken olası bir uyuşmazlığın hangi hukuk uyarınca çözüme kavuşturulacağını bilmesi ve bu hukukun değişen olasılıklar bakımından farklılık göstermeyecek olması, diğer bir deyişle tek bir hukuk olması taraflar bakımından güvence teşkil edecektir.

Son olarak doktrinde telif hakkı sözleşmelerinde en yakın irtibatlı hukukun koruma ülkesi hukuku olduğu görüşü ileri sürülmüş; fakat bu görüşün işlerlik kazanması sözleşmenin tek bir ülke için akdedilmesi durumu ile sınırlanmıştır⁶⁹⁵. Görüşe göre, sözleşmenin tek bir hukukla irtibatlı olduğu durumda bu hukuk, hakkın kullanıldığı yer hukuku olan devralanın hukukudur. Hakkın burada kullanılması sebebiyle sözleşmenin hukuki sonuçları bu hukukta doğacak; koruma ülkesi hukuku da bu hukuk olarak ortaya çıkacaktır⁶⁹⁶. Böylece iki hukuk birleşmekte ve yeknesaklık sağlanmaktadır. Fakat bu görüş, sözleşmenin her zaman tek bir hukuk düzeniyle irtibatlı olmaması göz önünde bulundurulduğunda uygulama bakımından bütün durumları kapsayacak bir çözüm getirmediği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶⁹⁷.

En yakın irtibatlı hukuk ve bunun sonucu olarak karakteristik edim teorisi sözleşme statüsü bakımından kabul edilen bağlama kuralı olarak tespit edilmiştir. Fakat, karakteristik edim muğlak bir kavramdır ve her bir sözleşme bakımından karakteristik edimin ne olduğunun tespitinin yapılması gerekmektedir. Bunun ötesinde karakteristik edim ile hangi bağlama noktasının uygulanacağı da çözümlenmesi gereken bir diğer meseledir. Biz, bu başlıkta karakteristik edimin sözleşme statüsü bakımından işlerliğini ve telif hakkı sözleşmesi bakımından görünüm biçimlerini inceledik. Telif hakkı sözleşmesi bakımından karakteristik edimin ve buna bağlı olarak uygulanacak bağlama kuralının tespiti aşağıda anlatılacaktır.

⁶⁹⁵ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 172.

⁶⁹⁶ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 172; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 80.

⁶⁹⁷ Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 87-88.

B. SÖZLEŞMENİN ESASINA UYGULANACAK HUKUK

1. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Belirlenmesi Durumunda (Subjektif Bağlama Kuralı)

Sözleşme, en genel tanımıyla tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun iradeleri sonucu ortaya çıkan hukuki işlem⁶⁹⁸ olup sözleşmeler bakımından sözleşme serbestisi prensibi hakimdir⁶⁹⁹. Bu prensip uyarınca taraflar, sözleşme yapmakta; sözleşmenin konusunu belirlemekte ve sözleşmeye tatbik edilecek hükümleri belirlemekte; bir diğer tabirle sözleşmeyi düzenlemekte geniş bir serbestiye sahiplerdir⁷⁰⁰. Bu prensibin milletlerarası özel hukuktaki görünüm biçimi ise irade muhtariyeti prensibidir⁷⁰¹. Bu noktada milletlerarası özel hukukta kabul edilen irade muhtariyeti prensibinin maddi hukuktaki irade serbestisi ile farkını ortaya koymak yerinde olacaktır. İrade muhtariyeti prensibi ile taraflar, akdettikleri sözleşmeye uygulanmasını istedikleri hukuku belirlerler. Bu belirleme ile seçtikleri hukukun emredici ve tamamlayıcı kurallarının tümünün yani hukukun küll halinde sözleşmeye uygulanacağını kabul ederler⁷⁰². Buna karşılık irade serbestisi prensibinde iç hukuktaki emredici kurallar bakımından bir serbesti tanınmamıştır. Taraflara tanınan serbesti tamamlayıcı hükümlerle sınırlandırılmıştır.

İrade muhtariyeti prensibi ile taraflar, akdettikleri sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme ve sözleşmeyi bu hukuk uyarınca yürütme hakkını haizdir. Fakat bir defa

⁶⁹⁸ Bu tanım bakımından TBK esas alınmış olup; karşılaştırmalı hukuk bakımından da bu tanımın geçerli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Kılıçoğlu, s. 79; Oğuzman ve Öz, **Cilt I**, s. 42; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş On beşinci Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2017, s. 33; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 72.

⁶⁹⁹ O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, Cilt I, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015, s. 73-74, 357 (Temel Kavramlar); Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 16, 316; Haluk N. Nomer, s. 74; Kılıçoğlu, s. 109; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 137; Sibel Özel, “Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi”, **Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar**, Eskişehir: Yetkin Yayınları, 2016, s. 426 (Yabancılık Unsuru); Tekinalp ve Uyanık, s. 275.

⁷⁰⁰ Oğuzman ve Öz, **Cilt I**, s. 23; Eren, s. 17; Kılıçoğlu, s. 109; Nihal Uluocak, **Devletler Hususi Hukuku I. Hükmi Şahısların Tabiiyeti II. Gemilerin ve Uçakların Tabiiyeti III. Bağlama Kaideleri (Teşrii Selahiyet İhtilaflarında)**, İstanbul: 1965, s. 134 (Tabiiyet); Göger, s. 303-304; Seviğ, **Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, s. 34-35; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 157; Özel, **Yabancılık Unsuru**, s. 426; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 137-138; Tarman, **Hukuk Seçimi**, s. 146; Doğan, s. 363; Can ve Toker, s. 267.

⁷⁰¹ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 264; İrade muhtariyetinin sadece milletlerarası ticari akitler bakımından uygulanacağı görüşü için bkz. Seviğ, **Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, s. 89; Uluocak, **Tabiiyet**, s. 132.

⁷⁰² Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 157; Özel, **Yabancılık Unsuru**, s. 426; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 156; Nomer, s. 317; Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s. 103.

hukuk seçimi yapıldıktan sonra hâkimin hukukunun bu sözleşmeye müdahale hakkının tamamen ortadan kalktığını söylemek yanlış olur. Seçilen hukukun uygulanması sonucu hâkimin hukukunun bir diğer deyişle lex forinin kamu düzeni açık ve ciddi bir şekilde ihlal edilirse bu durumda irade muhtariyeti prensibi rafa kaldırılır ve lex fori uygulama alanı bulur⁷⁰³.

Bunun dışında doktrinde irade muhtariyetini sınırlayıcı bir diğer hal olarak, seçilen hukukun sözleşmenin uygulanmasının önüne geçecek hükümler teşkil etmesi durumu gösterilmiş ve böyle bir durumda bu seçimin yapılmamış sayılması gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁰⁴. Buna örnek olarak hukuk seçimi ile telif hakkı sözleşmeleri bakımından da tescil kaydı getiren bir hukukun seçilmesi verilebilir. Böyle bir durumda tescil edilmemiş bir sözleşmenin geçersizliği gündeme gelecektir. Hukuk seçiminin geçerli olduğunun kabûlü durumunda sözleşme geçersiz sayılacak ve hüküm ifade edemeyecektir. Bu sebeple görüşe göre sözleşmenin salahiyeti gereği hukuk seçiminin yapılmamış sayılması hakkaniyete daha uygun düşecektir.

Sözleşmeler bakımından esas olanın tarafların iradesi olduğu günümüzde kabul edilmekte ve irade muhtariyeti prensibine öncelik tanınmaktadır. Bununla birlikte bu prensibin mutlak olarak uygulanmayıp belirli hallerde sınırlamalara tabi olduğunun söylenmesi gerekir.

Sözleşmeye tarafların seçtikleri hukukun uygulanması kuralı bir diğer deyişle hukuk seçimi ilkesi ilk olarak on sekizinci yüzyılda Moinaeus tarafından ortaya atılmış daha sonra bu ilke Savigny tarafından geliştirilmiştir⁷⁰⁵. Hukuk seçimi ilkesi, sübjektif bağlama kuralı olarak da adlandırılmakta olup sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından ilk basamakta bulunan bağlama kuralıdır. Öyle ki sözleşme statüsü

⁷⁰³ Kamu düzeni müdahalesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, IV, B; Hukuk seçiminde seçilen hukukun kamu düzenine aykırı olması durumunda, uyumsuzluğa lex forinin maddi hukuk kurallarının mı yoksa kanunlar ihtilafı kurallarının mı uygulanacağı çözümlenmesi gereken bir diğer meseledir. Kanaatimizce burada hukuk seçimi yapılarak objektif bağlama kurallarının uygulama alanı bulmayacağı taraflarca kabul edilmiştir. Bu sebeple uyumsuzluk öncelikle seçilen hukukun kamu düzenine aykırı olmayan hükümlerince çözüme kavuşturulmaya çalışılacak. Bu şekilde çözüme ulaşılamıyorsa bu durumda lex fori uygulanacaktır.

⁷⁰⁴ Dardağan, s. 233.

⁷⁰⁵ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 158; Tekinalp ve Uyanık, s. 275-276.

bakımından öngörülen diğer bağlama kurallarının uygulama alanı bulması ancak tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde mümkün olmaktadır.

Hukuk seçimi imkânı ile taraflar, akdettikleri sözleşmeye diledikleri hukuku seçebilmekte ve böylece sözleşme, bu hukuka tabi olmaktadır. Bu noktada bu imkânın hangi sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulduğunun tespiti yapılması gerekir. Gerçekten de tarafların diledikleri her sözleşme bakımından hukuk seçimi yapıp yapamayacakları cevaplanması gereken bir sorudur. Doktrinde bir görüş tarafların başka bir hukuk düzeni ile irtibatlı olmayan daha açık bir ifadeyle yabancılik unsuru içermeyen bir sözleşme için de hukuk seçimi yapabileceklerini kabul etmektedir⁷⁰⁶. Bu görüşe göre, tarafların hukuk seçimi imkânı ile akdettikleri sözleşmeye yabancı bir hukukun tatbikini sağlamaları sözleşmeyi birden fazla hukuk nizamı ile irtibatlı hale getirir; diğer bir ifade ile hukuk seçiminin kendisi yabancılik unsuru niteliği taşır⁷⁰⁷. Ancak sistematik olarak düşünüldüğünde MÖHUK’da düzenleme alanı bulan hukuk seçimi imkânı, ancak MÖHUK’un uygulama alanına giren bir uyumsuzluk bakımından gündeme gelebilir. MÖHUK’un uygulama alanı, Kanunun 1. maddesinde düzenlenmiş olup yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkiler olarak tanımlanmıştır. O halde Kanunun lafzından çıkarılacak ilk yorum, bu Kanunun yabancılik unsuru taşıyan uyumsuzluklar bakımından uygulanabileceği olmalıdır. Bu kapsamda hukuk seçimi imkanının uygulanabilmesinin önşartı olarak sözleşmenin yabancılik unsuru taşıması gerektiği söylenmelidir⁷⁰⁸. Bu husus ABD hukukunda İkinci Restatement’da açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Kanunun 187. paragrafında sözleşme ile ilgili bütün irtibatlar tek bir ülkede toplanıyorsa bir diğer deyişle sözleşmede yabancılik unsuru bulunmuyorsa hukuk seçimi yapılamayacağı düzenlemesi bulunmaktadır⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ Çelikel ve Erdem, s. 369; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 272-273; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 162; Nomer, s. 320.

⁷⁰⁷ Nomer, s. 320; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 273; Çelikel ve Erdem, s. 369; Bu görüşün eleştirisi için bkz. Özel, **Yabancılik Unsuru**, s. 424-425; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 30; Ayrıca yabancılik unsuru içermeyen sözleşmeler bakımından irade muhtariyeti ilkesinin uygulanması ve hukuk seçimi yapılmasının lüzumlu olmadığı görüşü için bkz. Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s. 116.

⁷⁰⁸ Özel, **Yabancılik Unsuru**, s. 425; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 33; Tekinalp ve Uyanık, s. 277; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 162-163; Cüneyt Çilingiroğlu, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, **MHB**, Y. 1989, C. 9, S. 2, s. 104, 112-113; Roma I Tüzüğü bakımından da aynı yorumun yapılması gerektiği görüşü için bkz. Calliess, s. 81; Roma Konvansiyonu da aynı yönde bir tutum benimsemektedir. Fawcett ve Carruthers, s. 680.

⁷⁰⁹ Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 163.

Bunu bir örnekle açıklayalım. Tartışmalı olan husus Türk bir film yapım şirketi ile TRT arasında yapılan filmin gösterimine ilişkin sözleşmede hukuk seçimi ile sözleşmenin yabancı bir hukuka tabi olup olamayacağıdır. Sözleşmenin tarafları Türk olup; söz konusu eser Türkiye’de meydana gelmiş bu bakımdan sözleşmenin konusu olan eser üzerindeki mali haklar Türk hukukuna tabidir ve sözleşmenin ifa yeri de Türkiye’dir. Böyle bir durumda sözleşmede yabancılık unsuru bulunmamaktadır. İlk görüş, bu durumda dahi uygulanacak hukuk olarak yabancı bir hukukun seçilmesi ile sözleşmeye yabancılık unsuru katılmış olacağını iddia etmektedir⁷¹⁰. Bizim de katıldığımız ikinci görüş ise, sözleşmede hukuk seçiminin mevzu bahis olabilmesi için yabancılık unsuru taşımasının öncelikli şart olduğunu kabul etmekte ve ancak yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmede hukuk seçimi yapılabileceğini savunmaktadır⁷¹¹.

Uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi, sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarının belirliliğini ve bunun sonucu olarak hukuki güvenliği sağlamaktadır⁷¹². Birden çok hukuk düzeni ile irtibatlı bulunan bir sözleşmenin hangi hukuk düzenine tabi olacağı başka bir deyişle sözleşmenin hangi hukuk düzeni içinde yorumlanacağı ve hukuki sonuçlarını hangi hukuk düzeninde doğuracağı önemli bir meseledir. Bunun taraflarca tespit edilmesi hukuki güvence teşkil eder⁷¹³. Özellikle fikri hukuk gibi hukuk düzenlerince çok farklı şekillerde ele alınan haklar bakımından hukuk seçimi taraflar bakımından öngörülebilirliği sağlamaktadır. Gerçekten de özellikle objektif bağlama kurallarının değişkenliği ve karakteristik edimin telif hakkı sözleşmeleri bakımından

⁷¹⁰ Nomer, s. 320; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 273; Çelikel ve Erdem, s. 369.

⁷¹¹ Özel, **Yabancılık Unsuru**, s. 425; ; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 33; Tekinalp ve Uyanık, s. 277; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 162-163.

⁷¹² Gülören Tekinalp, “Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk- MÖHUK m. 24 ve Zımni Hukuk Seçimi”, **MHB**, Y. 1985, C. 5, S. 1, s. 28 (Zımni Hukuk Seçimi); Özel, **MÖHUK m. 24/II**, s. 579; Doğan, s. 364; İlyas Arslan, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi”, **MHB**, Y. 2013, C. 33, S. 2, s. 3 (Zımni Hukuk Seçimi); Tekinalp ve Uyanık, s. 277; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 36, 39; Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s. 106; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 154.

⁷¹³ Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması durumunda sözleşmeden doğan uyuşmazlığın hangi hukuk düzeni içinde çözümleneceği başvurulacak ülke mahkemesine göre bile değişiklik arz edecek bir meseledir. Çünkü her mahkeme, uyuşmazlık bakımından kendi kanunlar ihtilafı kuralını uygulayacaktır. Bunun sonucu olarak aynı uyuşmazlığın farklı mahkemelerce farklı hukuk düzenleri kıstas alınarak çözümlenmesi gündeme gelebilecektir. Bu hukuk, tarafların öngörmediği ve belki de bilmediği bir hukuk olabilir. Bu da sözleşmenin hükümlerinin farklı şekillerde ve hatta tarafların öngörmediği şekillerde yorumlanmasına da yol açabilmekte ve bu hukuk uyarınca sözleşmenin geçersiz sayılması bile mümkün olabilmektedir. Tüm bu sebeplerle taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması hem hukuk güvenliği açısından hem de uygulanacak hukukun çoğu zaman taraflar bakımından öngörülemez olması sebebiyle sakıncalı olabilmektedir.

tespitinin zorluğu dikkate alındığında tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemeleri uyuşmazlıkların çözümünde bir kolaylık ve kesinlik sağlayacaktır. Ayrıca telif hakkı gibi ülkesellik prensibinin hüküm sürdüğü haklara ilişkin sözleşmeler bakımından sözleşmeye uygulanacak hukuk büyük önemi haizdir. Her ne kadar hak statüsü ve sözleşme statüsü birbirinden ayrı olsa da sözleşme statüsünün hakkı tanımayan bir ülke olması uygulamada problemler yaratabilecektir.

Kural olarak hukuk seçimi, açık olarak yapılmalıdır⁷¹⁴. Açık hukuk seçimi, tarafların belirli bir hukuku seçme iradelerinin herhangi bir yoruma ihtiyaç duyulmaksızın ve net bir biçimde anlaşılacak şekilde yapılması olarak tanımlanabilir⁷¹⁵. Buna göre taraflar sözleşmenin tabi olmasını istedikleri hukuku sözleşmenin bir hükmü olarak yahut akdettikleri ayrı bir sözleşme ile açık olarak belirleyebilirler⁷¹⁶. Bunun yanında sözleşmede açık olarak belirtilmemiş olsa dahi sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından herhangi bir tereddüte yer vermeyecek şekilde anlaşılması kaydıyla zımni hukuk seçiminin de geçerli olacağı kabul edilmektedir⁷¹⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus, zımni hukuk seçiminde tarafların hukuk seçimi yapmak konusunda iradelerinin bulunduğudır. Daha açık bir ifadeyle zımni hukuk seçiminde tarafların hukuk seçimi yapmak konusunda iradeleri uyuşmaktadır; sadece bu seçimi açık bir şekilde beyan etmemişlerdir⁷¹⁸.

⁷¹⁴ Hukuk seçiminin açık yapılması başta MÖHUK olmak üzere diğer milli hukuk düzenlemelerinde ve hatta Roma I Tüzüğü ve uluslararası metinlerde de yer bulmuş bir kuraldır. Bununla birlikte hukuk düzenlerinde belirli kurallar dahilinde zımni hukuk seçimine de yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Briggs, s. 537; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 266; Arslan, **Zımni Hukuk Seçimi**, s. 6; Ferrari, s. 95; Hill ve Shuilleabhan, s. 217; Can ve Toker, s. 269; Doğan, s. 365; Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s. 123.

⁷¹⁵ Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 29; Hill ve Shuilleabhan, s. 217; Arslan, **Zımni Hukuk Seçimi**, s. 7; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 140; Göger, s. 305; Can ve Toker, s. 269; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 266; Doğan, s. 365; Nomer, s. 322; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 164.

⁷¹⁶ Göger, s. 305; Tekinalp ve Uyanık, s. 276; Doğan, s. 365.

⁷¹⁷ Collier, s. 194; Calster, s. 132; Nomer, s. 323; Çelikel ve Erdem, s. 370; Hill ve Shuilleabhan, s. 218; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 266; Fawcett ve Torremans, s. 754; Hukukumuzda zımni hukuk seçimi ilk defa 5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinin 1. fıkrasında düzenleme alanı bulmuştur. 2675 sayılı MÖHUK'da ise sadece açık hukuk seçimi kabul edilmiş olup tespit edilmesindeki zorluklar sebebiyle zımni hukuk seçimi kabul edilmemekte idi. Arslan, **Zımni Hukuk Seçimi**, s. 8; Aslı Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, S. 1, s. 116-117; Ayrıca 2675 sayılı MÖHUK'daki durum ve eleştirisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, **Zımni Hukuk Seçimi**, s. 29-30; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 43; Doğan, s. 366; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 166; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 166; Briggs, s. 537.

⁷¹⁸ Dardağan, s. 228; Tekinalp ve Uyanık, s. 281; Bayata Canyaş, s. 112; Arslan, **Zımni Hukuk Seçimi**, s. 9.

Zımnî hukuk seçimi hukukumuzda sözleşmeden tereddüte yer vermeyecek şekilde anlaşılma kıstası ile, İsviçre hukukunda sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından kesin ve açık bir şekilde anlaşılması şartı ile formülize edilmiştir⁷¹⁹. ABD hukukunda da benzer bir karineye yer verilmiş ve sözleşmenin belirli bir ülke yahut eyalete özgü yasal terimler kullanılarak yapılması durumunda zımnî hukuk seçiminin olduğu kabul edilmiştir⁷²⁰. Roma I Tüzüğü'nde zımnî hukuk seçimi, sözleşme hükümlerinden ve halin şartlarından açıkça anlaşılan hukuk olarak tanımlanmıştır⁷²¹. Görüldüğü gibi her hukuk düzeni farklı ve fakat birbiri ile paralel kıstaslar belirleyerek zımnî hukuk seçimini kabul etmiştir.

Zımnî hukuk seçiminin tespitini yapacak olan kişi, hakimdir. Hâkimin zımnî hukuk seçiminin tespiti bakımından tarafların iradeleri yönünde karar vermesi gerekir. Unutulmamalıdır ki, zımnî hukuk seçiminin olduğu durumlarda belirli bir hukukun seçilmesi konusunda tarafların birbirine uygun iradelerinin olduğu kabul edilmektedir. Sadece burada taraflar seçtikleri hukuku sözleşmede açık olarak belirtmemişlerdir. Hiç kuşkusuz hâkim, yukarıda anlatılan hususları dikkate alarak herhangi bir ülkenin hukukunun “zımnî” olarak seçildiği sonucuna varsa dahi taraflardan birinin böyle bir iradesinin olmadığını beyan etmesi zımnî hukuk seçiminin olmadığı anlamına gelecektir. Çünkü zımnî hukuk seçimi, tarafların söz konusu hukukun sözleşmeye uygulanmasını istedikleri ve fakat bunu açık bir şekilde belirtmedikleri karinesine dayanmaktadır. Tarafın bu beyanı ise hukuk seçimi iradesinin olmadığını göstermektedir. Bu noktada farazi hukuk seçiminden de bahsetmek gerekir. Farazi hukuk seçimi; tarafların hukuk seçimi konusunda iradelerinin bulunmadığı durumlarda hâkimin muhtemel yahut farazi

⁷¹⁹ M. 116 (2): “The choice of law must be express or result with certainty from the provisions of the contract or from the circumstances; it is further governed by the chosen law.”

⁷²⁰ İkinci Restatement, Paragraf 187. Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 168.

⁷²¹ Roma Konvansiyonu'nun zımnî hukuk seçimi bakımından öngördüğü kıstas, “makul kesinlik” idi. Doktrinde bir görüş, Roma I Tüzüğü ile daha belirgin ve net bir kıstas belirlendiğini savunurken; diğer bir görüş, bu değişikliğin yalnızca tercüme farklılıklarını gidermek amacıyla yapıldığını ileri sürmektedir. Gerçekten de bu kıstas, Roma Konvansiyonu'nun İngilizce metninde “reasonable certainty” (makul kesinlik), Fransızca metninde “de façon certaine” (kesinlik) olarak çevrilmiştir. Tüzüğün bu anlamda metinler arasında yeknesaklaştırma yaptığı yadsınamaz bir gerçektir. Fakat aynı zamanda makul kesinlik ile hukuk seçiminin açıkça anlaşılması kıstasının da birbirinden farklı anlamlar taşıdığını ve Tüzük ile zımnî hukuk seçimi bakımından daha net bir kıstas öngörüldüğünü söylemek gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Briggs, s. 537; Ferrari, s. 78; Bayata Canyaş, s. 114-115; Arslan, **Zımnî Hukuk Seçimi**, s. 10; Güngör, s. 92; Fawcett ve Carruthers, s. 709; Ayrıca Roma Konvansiyonundaki düzenleme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Calliess, s. 82-83; Stone, **Conflict of Laws**, s. 236; Fawcett ve Torremans, s. 754-755 Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 45 vd..

(varsayılan) iradelerinden hareket ederek hukuk seçimini tayin etmesidir⁷²². Fakat farazi hukuk seçimi günümüzde tarafların hukuk seçimi yönünde bir iradesinin bulunmaması dolayısıyla başta Türk hukukunda olmak üzere hukuk düzenlerinde kabul edilmemektedir⁷²³.

Tarafların hukuk seçimi yapması durumunda sözleşmeye seçilen hukukun maddi hukuk kuralları uygulanır⁷²⁴. Meğer ki taraflar hukuk seçiminde seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacağını belirtsin. Bu husus MÖHUK'un 2. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkranın mefhumu muhalifinden hukuk seçiminin olduğu durumlarda atıf ilkesinin uygulanmayacağı sonucu çıkarılabilir⁷²⁵. Atıf ilkesinin sözleşmeler bakımından uygulanmamasının temel işlevi hukuki belirliliktir. Çünkü, atıfın uygulanması varsayımında tarafların seçtiği ülkenin kanunlar ihtilafı hukuku kurallarına bakılacak ve uyuşmazlık bakımından bu kuralların öngördüğü hukuk uygulama alanı bulacaktır. Bu hukuk ise çoğu zaman tarafların bilmediği bir hukuk olacaktır. Örneğin, tarafların arasında yaptıkları sözleşme ile uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu seçmişlerse bu durumda Türk maddi hukuku uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda FSEK hükümleri devreye girecek ve uyuşmazlık Türk hukukuna göre çözüme kavuşturulacaktır. Ancak atıf ilkesinin kabul edilmesi durumunda MÖHUK uygulama alanı bulacak ve MÖHUK m. 28 kapsamında uygulanacak hukukun tespiti yapılacaktır.

⁷²² Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 46; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 168; Nomer, s. 323; Arslan, **Zimni Hukuk Seçimi**, s. 14-15; Tiryakioğlu, s. 31; Tekinalp ve Uyanık, s. 282.

⁷²³ Tekinalp ve Uyanık, s. 282; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 266; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 44; Doğan, s. 367-368; Tiryakioğlu, s. 31.

⁷²⁴ Briggs, s. 538; Nomer, s. 326; Tekinalp ve Uyanık, can ve Toker, s. 273; s. 277; Çelikel ve Erdem, s. 370; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 158-159; Tekinalp, **Zimni Hukuk Seçimi**, s. 30-31; Çilingiroğlu, s. 111-112; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 268.

⁷²⁵ Kanunlar ihtilafı kuralları, uyuşmazlığa uygulanacak maddi normu belirleyen kurallar değildir. Bilakis bu kurallar, uygulanacak maddi normun bulunduğu hukuku gösterici nitelikte kurallardır. Kanunlar ihtilafı kuralları ile, uyuşmazlığı çözecek hukukun gösterilmesi mümkün olduğu gibi; bu kurallar uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını da gösterir nitelikte olabilirler. Bu halde; yani, kanunlar ihtilafı kuralları ile tespit edilen hukukun maddi hukuk normları değil, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması halinde “atıf” (renvoi) prensibi gündeme gelir. Atıf prensibi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Fawcett ve Carruthers, s. 57 vd.; Çelikel ve Erdem, s. 105 vd.; Göğer, s. 59 vd.; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 203 vd.; Tekinalp ve Uyanık, s. 37; Nomer, s. 145 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 51 vd.; Doğan, s. 189 vd.; Can ve Toker, s. 89 vd.; Atıfın sözleşmeler bakımından uygulanmayacak olmasının hukukumuz bakımından bir diğer kanuni dayanağı, aynı maddenin 3. fıkrasıdır. Fıkarda, uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılmasının bir diğer tabirle atıf ilkesinin, kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin meselelerle sınırlı olarak uygulanacağı kabul edilmiştir. Aynı şekilde bu fıkranın yorumu yoluyla da sözleşmesel uyuşmazlıklarda atıf ilkesinin uygulanmayacağı sonucu çıkarılabilir. Özellikle hukuk seçimi durumunda atıfın uygulanması, sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi ilkesine hâlel getirecek bir durumdur.

Taraflar akdettikleri sözleşmeye uygulanacak hukuku seçtikleri zaman kural olarak seçilen bu hukuk sözleşmenin bütününe kapsar ve sözleşmenin esasına bu hukuk uygulanır⁷²⁶. Bunun yanında taraflar, yaptıkları seçimi sözleşmenin belirli bir kısmı ile sınırlayabilirler⁷²⁷. Böyle bir sınırlamanın yapıldığı halde sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanması gündeme gelir. Gerçekten de sözleşmenin bu şekilde farklı hukuklara tabi kılınmasında tarafların menfaati olabilir. Bu halde tarafların edimlerinin farklı hukuklara tabi olacağı kararlaştırılabileceği gibi; her bir edimin farklı bir hukuka tabi olacağı da kararlaştırılabilir. Buna örnek olarak her bir edimin farklı ülkelerde ifa edileceği sözleşmeler verilebilir. Özellikle birden çok ülkede cari olacak şekilde işleme hakkı veya hut çoğaltma hakkı devrini öngören telif hakkı sözleşmeleri düşünüldüğünde kısmi hukuk seçimi yapılmasında tarafların menfaati olduğu görülecektir⁷²⁸. Fakat böyle bir seçimin yapılması ancak sözleşmedeki edimlerin bölünebilir olması durumunda mümkün olacağı unutulmamalıdır⁷²⁹.

Kısmi hukuk seçimi imkânı ilk defa Roma Konvansiyonu’nun 3. maddesinin 1. fıkrası ile düzenleme alanı bulmuştur. Hüküm, Roma I Tüzüğü’ne de aynı şekilde alınmış olup AB hukukunca uygulama alanı bulduğu aşıkardır. Kısmi hukuk seçimi, MÖHUK’un 24. maddesinin 2. fıkrasında açık bir şekilde düzenlenmiş ve tarafların seçtikleri hukuku sözleşmenin tamamına veya hut belirli bir kısmına uygulanacağını kararlaştırılabileceği hüküm altına alınmıştır.

Hukuk seçimi bakımından önemli olan bir diğer husus, seçilen hukukun zaman bakımından uygulanması meselesidir⁷³⁰. Gerçekten de taraflar hukuk seçimi yaptıktan

⁷²⁶ Sözleşmenin esasının bir diğer tabirle *lex causae*’nın ne olduğu hususunda Türk hukukunda açık bir hüküm olmamakla birlikte Roma I Tüzüğü’nün 12. maddesinde esasa uygulanacak hukukun kapsamı örnekleme yoluyla sayılmıştır. Maddeye göre, sözleşmenin yorumu, ifası, sona ermesi ve hükümsüzlüğünün sonuçları esasa uygulanacak hukuk kapsamındadır ve sözleşmede bu hususlarda bir uyumsuzluk çıktığında sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk uyarınca çözüme kavuşturulur.

⁷²⁷ Collier, s. 195; Stone, **Conflict of Laws**, s. 236; Tekinalp ve Uyanık, s. 279; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 50; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 40; Fawcett ve Carruthers, s. 690-691; Doğan, s. 370-371; Fawcett ve Torremans, s. 754; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 267; Çelikel ve Erdem, s. 371; Tiryakioğlu, s. 25; Can ve Toker, s. 271; Nomer, s. 326.

⁷²⁸ Dardağan, s. 234.

⁷²⁹ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 267; Dardağan, s. 234; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 42.

⁷³⁰ Briggs, s. 539; Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s. 203; Fawcett ve Carruthers, s. 692; Nomer, s. 327-328; Can ve Toker, s. 272-273.

sonra seçilen hukukta çok ciddi değişiklikler yapılabilir. Bu durumda değişikliklerin intikal hükümleri önem taşır⁷³¹. Söz konusu değişiklikler, geçmişe etkili bir şekilde yapılmamışsa; sözleşme kurulduğu tarihteki kanun hükümlerine tabi olacak; değişiklik, yürürlük tarihi itibarı ile hüküm ve sonuç doğuracaktır. Ancak, değişiklikler geçmişe etkili olarak da yapılabilmekte ve bu değişiklikler sözleşmenin geçerliliği, ifası ve hatta hüküm ve sonuçlarını etkileyici nitelikte olabilmekte ve bunun sonucu olarak çok büyük hak kayıpları ortaya çıkabilmektedir. Tüm bu sebeplerle taraflar, sözleşmeyi seçilen hukuktaki olası değişikliklere karşı korumak amacıyla seçilen hukuku belirli bir zamandaki hali ile sabitleyebilmektedir⁷³². Ancak bunun sözleşmede açık bir şekilde belirtilmesi gerekir.

Taraflarca seçilecek hukukun niteliği de önem arz etmektedir. Seçilen hukuk bir devlet hukuku olabileceği gibi taraflar UNIDROIT prensipleri, UNCITRAL kuralları, lex mercatoria yahut İslam hukuku kuralları gibi herhangi bir devletin resmi hukuku niteliğinde olmayan anasyonel hukuk kurallarını da hukuk seçimine konu yapabilirler. Ancak Türk hukuku gibi bazı hukuk sistemlerinde seçilen hukukun bir devlet hukuku olması zorunluluğu bulunmaktadır⁷³³. O halde söz konusu hukuk sistemleri bakımından bu nitelikteki kuralların hukuk seçimine konu olamayacağını söylemek gerekir. Böyle bir sınırlamanın olduğu hukuk sistemleri bakımından devlet hukuku dışında hukuk seçimi yapılması durumunda seçilen kuralların uygulanacak hukuk olarak işlev görmese de sözleşme hükmü olarak uygulanabileceği kabul edilmektedir. Yani bu kurallar sözleşmeye derç edilecek ve sözleşmenin bir parçası olarak yorumlanacaktır⁷³⁴. Bu durumda yapılan sözleşme ile uygulanacak hukukun tespiti bakımından ALI Prensiplerinin uygulanacağı belirlenmişse; bu Prensiplerin öngördüğü hükümler,

⁷³¹ Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s. 203; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 272.

⁷³² İstikrar (stabilizasyon) klozu olarak adlandırılan bu kloz ile taraflar, seçtikleri hukukun değişerek sözleşmenin öngörülen menfaatler dengesinin bozulması tehlikesini belirli ölçüde bertaraf etmektedirler.

⁷³³ Can ve Toker, s. 268; Tahkim yargılaması bakımından böyle bir sınırlamanın olmadığı hakkında bkz. Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s. 143 vd.; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 37; Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, s. 142 (Tahkim); Tiryakioğlu, s. 23-24.

⁷³⁴ Bu kurum, milletlerarası özel hukuk metodolojisinde “incorporation by reference” olarak adlandırılır. Incorporation, kelime anlamı birleştirme olan ve farklı hukuk dallarınca da kullanılan bir kavramdır. Kanunlar ihtilafı bakımından, sözleşmeye dahil etme onun bir parçası haline getirme anlamlarında kullanılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ferrari, s. 87; Nuray Ekşi, “Kanunlar İhtilafı Alanında ‘Incorporation’ ”, **MHB (Aysel Çelikel’e Armağan)**, Y. 1999-2000, C. 19, S. 1-2, s. 263 vd.5; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 37; Calster, s. 133; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 268-269.

sözleşme hükmü olarak değerlendirilecek ve uygulanacak hukuk bakımından ALI Prensiplerinin öngördüğü kurallar kanunlar ihtilafı kuralı değil ve fakat sözleşmede belirlenmiş ilkeler gibi işlerlik kazanacaktır.

Seçilen hukuk; ifa yeri hukuku, sözleşmenin kuruluş yeri hukuku, taraflardan birinin milli hukuku ya da mutad meskeni hukuku gibi sözleşme ile ilişkili bir hukuk olabileceği gibi sözleşme ile hiçbir bağlantısı olmayan üçüncü bir ülkenin hukuku da olabilir⁷³⁵. Gerçekten de taraflar hukuk sistemi olarak güvendikleri üçüncü bir ülkenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler veyahut tarafsız olacağını düşündükleri bir hukuk seçmek isteyebilirler. Bu noktada taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuk bakımından istedikleri hukuku seçmekte özgür olup seçilecek hukuk bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi değildirler.

Hukuk seçimi bakımından son olarak incelenmesi gereken husus, hukuk seçiminin ne zaman yapılacağıdır. Taraflar hukuk seçimini sözleşmenin akdedildiği sırada yapabileceği gibi sözleşmenin kurulmasından sonra da yapabilirler yahut seçtikleri hukuku diledikleri zaman değiştirebilirler⁷³⁶. Gerek Roma I Tüzüğü'nde gerekse farklı hukuk sistemlerinde ve Türk hukukunda kabul edilen genel kaide budur⁷³⁷. Bunun yanında tarafların sözleşmenin akdedildikten sonra yaptığı hukuk seçimi yahut hukuk seçimine ilişkin değişiklikler ile üçüncü kişilerin haklarının zedelenmesi ihtimaline karşı bu seçimin üçüncü kişilerin hakları saklı tutulmak kaydıyla geriye etkili olarak geçerli olacağı kabul edilmiştir.

⁷³⁵ Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 30; Dardağan, s. 233; Tekinalp ve Uyanık, s. 278; Çelikel ve Erdem, s. 370; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 270-271; Can ve Toker, s. 268; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 48; Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s. 116, 120; Türk hukukunda kabul bu yönde olmakla birlikte Amerika Birleşik Devletleri hukukunda İkinci Restatement Paragraf 187'nin 2. fıkrasına göre, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak ancak hukuki ilişki ile irtibatlı bir hukuku seçebilirler. Aksi takdirde yani sözleşme ile irtibatsız bir hukukun seçilmesi durumunda hukuk seçiminin yapılmadığı kabul edilir. Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 163, 170; Ayrıca sözleşme ile seçilen hukukun irtibatlı olması gerektiği görüşü için bkz. Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 50; Çilingiroğlu, s. 106-107; Tiryakioğlu, s. 21, dn. 47.

⁷³⁶ Bogdan, s. 124; Calliess, s. 103; Ferrari, s. 106-107; Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s. 207; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 173; Stone, **Conflict of Laws**, s. 232; Can ve Tokeri s. 271-272; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 268; Hill ve Shuilleabhan, s. 226; Fawcett ve Carruthers, s. 692; Doğan, s. 371; Fawcett ve Torremans, s. 754; Nomer, s. 326; Tiryakioğlu, s. 24; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 32.

⁷³⁷ Bu husus Roma I Tüzüğü'nün 3. maddesinin 2. fıkrasında; İsviçre MÖHUK'unun 116. maddesinin 3. fıkrasında ve 5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinin 3. fıkrasında düzenleme alanı bulmuştur.

a. İsviçre Hukuku

Hukuk seçimi, İsviçre hukukunda İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun Sorumluluk Hukuku başlıklı 9. bölümünün 116. maddesinde düzenlenmiştir⁷³⁸. Hükme göre, sözleşme tarafların seçtikleri hukuka tabidir. Hukuk seçiminin açık bir şekilde yapılması yahut sözleşmenin hükümlerinden veya koşullarından kesin bir şekilde anlaşılması gerekir. Ayrıca hukuk seçimi sözleşmesi bakımından da hukuk seçimi yapılabileceği hüküm altına alınmış ve hukuk seçiminin geçerliliğinin, seçilen hukuka tabi olması gerektiği kabul edilmiştir⁷³⁹.

b. Avrupa Birliği hukuku

Hukuk seçimi imkânı Roma I Tüzüğü'nün 3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar aralarındaki akdi borç ilişkilerine bir diğer tabirle sözleşmelere uygulanacak hukuku seçmek özgürlüğüne sahiptirler. Taraflara bu seçim konusunda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Buna göre taraflar AB hukuku devletlerinden birinin hukukunu seçebilecekleri gibi üçüncü bir ülkenin de hukukunu seçebilirler⁷⁴⁰. Fakat sözleşmenin 4. fıkrasında üçüncü bir ülkenin hukukunun uygulanması durumunda dahi AB hukukunun emredici hükümlerinin uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir⁷⁴¹. O halde bu fıkra ile uygulanacak hukuk olarak AB üyesi devletleri dışında bir devletin seçilmesi halinde bu hukukun uygulanması bakımından bir sınırlama getirilmiştir.

⁷³⁸ M. 116: "(1) Contracts are governed by the law chosen by the parties.

(2) The choice of law must be express or result with certainty from the provisions of the contract or from the circumstances; it is further governed by the chosen law.

(3) The choice of law may be made or changed at any time. If a choice of law is made after entering into the contract, such choice has retroactive effects as of the time of entering into the contract. This provision does not affect the rights of third parties."

⁷³⁹ Türk hukuku bakımından böyle açık bir hukuki düzenleme olmamakla birlikte hukuk seçiminin geçerliliğini tayin edecek hukukun taraflarca seçilen ve sözleşmeye uygulanacağı tespit edilen hukuk olduğu kabul edilmektedir. Çilingiroğlu, s. 105-106; Çelikel ve Erdem, s. 371.

⁷⁴⁰ Briggs, s. 536-537; Ferrari, s. 78; Zeynep Derya Tarman ve Diğerleri "Avrupa Birliği Kanunlar İhtilafı Kuralları/Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü (AT 593/2008)", Işıl Özkan ve Diğerleri (Ed.), **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku** içinde (371-454), s. 379; Zeynep Derya Tarman, "Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü", **BATİDER**, Y. 2009, C. 25, S. 2, s. 308, (Roma I Tüzüğü); Bogdan, s. 124.

⁷⁴¹ M. 3 (4): "Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in one or more Member States, the parties' choice of applicable law other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement."

Seçilen hukukun niteliği tartışmalı olmakla birlikte özellikle Konvansiyon döneminde bu hukukun bir devlet hukuku olması gerektiği kabul edilmekteydi⁷⁴². Tasarı metninde ve Roma I Tüzüğü'nün hazırlık aşamalarında bu bakış açısı genişletilmek istenmiş ve uluslararası kabul görmüş anasyonel kuralların da hukuk seçimine konu olabilmemesinin önü açılmaya çalışılmıştır⁷⁴³. Tüzük metninde anasyonel kuralların hukuk seçimine konu olamayacağı yönünde açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte doktrinde Roma I Tüzüğü bakımından da devlet hukuku dışında bir hukukun seçilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁷⁴⁴.

Tüzükte hukuk seçimi bakımından sözleşme ile bir bağlantı aranmamakla birlikte maddenin 3. fıkrasında sözleşmenin bütün unsurlarının tek bir ülkede toplanması durumunda tarafların sözleşme ile irtibatı bulunmayan bir ülkenin hukukunu seçmesinin, sözleşmenin bağlantılı olduğu hukukun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına hâlel getirmeyeceği düzenleme alanı bulmuştur⁷⁴⁵. Burada hukuk seçimi ile seçilen hukukun uygulama alanının yakın irtibatlı hukuk ile sınırlandırıldığı görülmektedir⁷⁴⁶. Roma I Tüzüğü'nde hukuk seçimi kuralı genel hatları ile bu şekilde hüküm altına alınmıştır. Bunun dışında Tüzükte hukuk seçimi, özel sözleşme tiplerinin düzenlendiği maddelerde de düzenleme alanı bulmuştur⁷⁴⁷.

⁷⁴² Zeynep Derya Tarman ve Diğerleri “Avrupa Birliği Kanunlar İhtilafı Kuralları/Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü (AT 593/2008)”, Işıl Özkan ve Diğerleri (Ed.), **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku** içinde (371-454), s. 379; Tarman, **Roma I Tüzüğü**, s. 308.

⁷⁴³ Tasarı metninin 3. maddesinde AB hukukunca yahut uluslararası hukukça kabul edilen sözleşmelerin ve ilkelerin de hukuk seçimine konu olabileceği düzenlemesi yer almaktaydı. Buna göre madde ile Konvansiyonda sadece Devlet hukuklarıyla sınırlandırılmış olan hukuk seçimi imkânı genişletilmiş ve taraflara UNIDROIT ilkeleri, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri yahut *lex mercatoria* gibi anasyonel ilkelerin de hukuk seçimine konu olabileceği kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 127. Madde metni için bkz. [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2005\)0650/com_com\(2005\)0650_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2005)0650/com_com(2005)0650_en.pdf) (23 Mart 2018).

⁷⁴⁴ Komisyon çalışmalarında nasyonel hukuk kurallarının hukuk seçimine konu yapılması önerisi sunulmuş; fakat bu öneri irade muhtariyetinin sınırlarını genişleteceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Doktrinde komisyon önerisinde reddedilen bu önerinin lafzi olarak bir engel bulunmasa dahi Tüzük bakımından da meri olmayacağı kabul edilmektedir. Zeynep Derya Tarman ve Diğerleri “Avrupa Birliği Kanunlar İhtilafı Kuralları/Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü (AT 593/2008)”, Işıl Özkan ve Diğerleri (Ed.), **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku** içinde (371-454), s. 380; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 38 vd.; Tarman, **Roma I Tüzüğü**, s. 308-309; Briggs, s. 515-516; Calliess, s. 85 vd.; Ferrari, s. 84-85; Calster, s. 133; Aksi görüş için bkz. Toshiyuki Kono ve Paulius Jurcys, “General Report”, Toshiyuki Kono (Ed.), **Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives** içinde (1-217), s. 168, Kono, **General Report**, s. 30.

⁷⁴⁵ M. 3 (3): “Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.”

⁷⁴⁶ Özel, **Yabancılık Unsuru**, s. 431; Briggs, s. 543-544.

⁷⁴⁷ Tüzüğün 5. maddesinde taşıma sözleşmeleri; 7. maddesinde sigorta sözleşmeleri düzenlenmiş ve bu sözleşmeler bakımından tarafların 3. madde uyarınca hukuk seçimi yapabilecekleri kabul edilmiştir. 6. maddede düzenlenen tüketici

CLIP Prensipleri'nde fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından hukuk seçimi imkânı ele alınmıştır. Ancak bu hususta herhangi bir yenilik göze çarpmamaktadır. 3:501. maddede yer alan düzenlemeye göre devir, lisans ve fikri haklara ilişkin diğer sözleşmeler tarafların seçtikleri hukuka tabidir. Hukuk seçimi açıkça yapılmalı yahut sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından açık bir şekilde anlaşılmalıdır. Ayrıca tarafların yetki sözleşmesi ile yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendirdiği durumlarda sözleşmenin esası bakımından bu mahkemenin hukukunun seçildiğinin varsayılacağı hüküm altına alınmıştır⁷⁴⁸. Bu noktada Prensipler ile hem açık hukuk seçimine hem de zımni hukuk seçimine izin verildiği ve zımni hukuk seçimi bakımından karine teşkil edecek bir belirleme yapıldığı söylenebilir. Bunun dışında kısmi hukuk seçimine izin verilmiş; sözleşmenin tamamı yahut bir kısmını kapsayacak şekilde hukuk seçimi yapılabileceği düzenleme alanı bulmuştur.

Hukuk seçiminin zamanı konusunda bir sınırlamaya gidilmemiş; tarafların sözleşmenin kuruluşu yahut ifası sırasında hukuk seçimi yapabilecekleri, sözleşmenin şekli geçerliliğini ve üçüncü kişilerin haklarını zedelememek kaydıyla seçtikleri hukuku istedikleri zaman değiştirebilecekleri düzenlenmiştir⁷⁴⁹. Bunun yanında 3. fıkra hukuk seçimi ile ilgili Roma I Tüzüğü ile aynı doğrultuda bir sınırlama getirilmiş ve sözleşmenin bütün unsurlarının hukuk seçimi yapılırken seçilen ülke hukukundan başka bir ülkede toplanması durumunda bu hukuk seçimi ile sözleşme ile irtibatlı olan ülke hukukunun emredici kurallarının uygulanmasının önüne geçilemeyeceği hüküm altına alınmıştır⁷⁵⁰.

sözleşmeleri ve 8. maddede düzenlenen iş sözleşmeleri bakımından da hukuk seçimi imkânı tanınmış; fakat bu hukuk seçimi sözleşme taraflarından birinin korumaya muhtaç olduğu gerekçesi ile tüketici/işçi lehine sınırlandırılmıştır.

⁷⁴⁸ Bu hüküm ile Roma I Tüzüğü'nden ayrık bir düzenleme getirilmiş ve zımni hukuk seçimi bakımından örneklemeye gidilmiştir. Benzer bir düzenleme Roma I Tüzüğü'nün Taslak metninde de bulunmakla beraber nihai metne alınmamıştır. European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, **Commentary**, s. 270; Toshiyuki Kono ve Paulius Jurcys, "General Report", Toshiyuki Kono (Ed.), **Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives** içinde (1-217), s. 175.

⁷⁴⁹ M. 3:501 (2).

⁷⁵⁰ Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 148; European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, **Commentary**, s. 269; Bu hükmün niteliği ile ilgili bkz. aşağı. İkinci Bölüm, IV, A.

c. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku

ABD hukukunda sözleşmesel uyuşmazlıklar bakımından hukuk seçimi imkânı ilk defa İkinci Restatement ile getirilmiştir. Hatta öyle ki taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmış olması, Restatement ile öngörülen en radikal değişiklik olarak kabul edilmektedir⁷⁵¹. Gerçekten de Birinci Restatement ile sözleşmesel ilişkiler bakımından taraflara hukuk seçimi imkânı verilmediği gibi taraflara hukuk seçimi imkânı verilmesi hoş karşılanmıyordu. Ancak İkinci Restatement ile bu anlayış değişmiş ve 187. paragrafta hukuk seçimi düzenlenmiştir⁷⁵². Hükmün 1. fıkrasına göre taraflar sözleşmeye derç edilmiş hak ve borçların hangi devlet hukukuna tabi olacağı konusunda anlaşma yapabilirler⁷⁵³. Bu cümleden olarak taraflar ancak sözleşmede açık olarak öngördükleri hak ve borçlar ile ilgili hukuk seçimi yapabilirler. Bunun dışında sözleşmede kararlaştırılmayan hususlar hakkında hukuk seçimi yapılması mümkün değildir.

Hukuk seçiminin sınırı bu şekilde belirlenmiş olmakla birlikte 2. fıkra da yapılan bu sınırlamaya istisna teşkil eden bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre seçilen hukukun taraflar veya sözleşme ile maddi bir ilişkisinin bulunması veya hukuk seçiminin makul bir temelini olması halinde sözleşmede münferit olarak düzenlenmemiş bir hususla ilgili olsa dahi hukuk seçimi yapılabilecektir. O halde, seçim serbestisinin sınırları aşılmış olsa dahi eğer seçilen hukuk ile taraflar veya sözleşme arasında maddi bir ilişki bulunuyorsa veya hukuk seçiminin makul bir temeli varsa bu hukuk seçimi geçerli sayılacaktır⁷⁵⁴. İstisna teşkil eden bir diğer durum ise seçilen hukukun 188. paragrafta öngörülen bağlama kuralının öngördüğü devlet hukukuna aykırı politikalar içermemesi halidir. Eğer seçilen hukuk objektif bağlama kuralı ile öngörülen hukukun temel politikalarına aykırılık teşkil etmiyorsa ve bu hukukun sözleşmeye uygulanmasında objektif bağlama kuralına nazaran daha büyük menfaat bulunuyorsa yapılan bu hukuk seçimi de caiz olacaktır⁷⁵⁵. Hükmün son fıkrasında ise, aksi belirtilmediği takdirde hukuk

⁷⁵¹ Aygün, **Devlet Menfaati Teorisi**, s. 157; Güngör, s. 25.

⁷⁵² Madde metni için bkz. <https://pravo.hse.ru/data/2016/02/28/1125591280/Свод%20конфликт%20СИПА%20пар%20187%20188.pdf> (19 Temmuz 2018).

⁷⁵³ Güngör, s. 32-33; Aygün, **Kanunlar İhtilafı**, s. 155-156; Aygün, **Devlet Menfaati Teorisi**, s. 457.

⁷⁵⁴ Aygün, **Devlet Menfaati Teorisi**, s. 457; Güngör, s. 34; Aygün, **Kanunlar İhtilafı**, s. 156.

⁷⁵⁵ Güngör, s. 34-35; Aygün, **Devlet Menfaati Teorisi**, s. 458; Aygün, **Kanunlar İhtilafı**, s. 157.

seçimi bakımından atfın kabul edilmeyeceği bir diğer tabirle seçilen hukukun devletin maddi hukuku olduğu düzenleme alanı bulmuştur.

Restatementların dışında ALI Prensiplerinde de hukuk seçimi ile ilgili hüküm bulunmaktadır. 302. paragrafta hukuk seçimi anlaşması hüküm altına alınmıştır⁷⁵⁶. Bu konuda öncelikle söylenmesi gereken şey, Prensiplerin hukuk seçimini nasyonel hukuk kuralları ile sınırlamadığıdır⁷⁵⁷. Buna göre Restatement'dan farklı olarak anasyonel hukuk kurallarının da hukuk seçimine konu yapılabileceği kabul edilmiştir. Hükmün 1. fıkrasında tarafların istedikleri zaman hukuk seçimi anlaşması yapabilecekleri düzenlenmiştir. Daha açık bir ifadeyle hukuk seçimi anlaşması bakımından zaman sınırlaması konulmamış; tarafların uyuşmazlık çıktıktan sonra dahi hukuk seçimi yapabilecekleri öngörülmüştür. Ayrıca tarafların hukuk seçimini sözleşmenin tamamına derç edebilecekleri gibi; kısmi hukuk seçimi yapmaları da mümkün kılınmıştır. Ancak 3. fıkra da getirilen düzenleme ile, taraflar arasında yapılan hukuk seçiminin sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin haklarının kötü yönde etkilenemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Paragrafın 2. fıkrasında ise hukuk seçimi bakımından belirli hususlarda sınırlama getirilmiştir. Buna göre taraflar, tescil edilmiş hakların geçerliliği ve korunması; tescil edilmiş olsun yahut olmasın bütün fikri mülkiyet haklarının varlığı, mahiyeti, devir kabiliyeti, koruma süresi ve devir ve kullanım sözleşmeleri bakımından öngörülen şekli gerekliliklere ilişkin hususlarda hukuk seçimi anlaşması yapamazlar. Bunun dışında paragrafın 4. fıkrasında hukuk seçiminin şekli geçerliliği; 5. fıkrasında standart form sözleşmelerde yer alan hukuk seçimi kayıtlarının geçerliliğinin ne şekillerde olacağı düzenleme alanı bulmuş; son fıkra da ise hukuk seçiminin geçerli olmaması durumunda uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceği hüküm altına alınmıştır.

⁷⁵⁶ Madde metni için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198092 (20 Temmuz 2018).

⁷⁵⁷ Toshiyuki Kono ve Paulius Jurcys, "General Report", Toshiyuki Kono (Ed.), **Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives** içinde (1-217), s. 167.

d. Türk hukuku

Türk hukukunda genel sözleşme statüsünün düzenlendiği MÖHUK'un 24. maddesinin 1. ve devamı fıkralarında taraflara hukuk seçimi imkânı verilmiştir. MÖHUK'da hukuk seçiminin düzenlendiği tek madde 24. madde değildir. Özel sözleşme tiplerinin düzenlendiği hükümlerde de taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmıştır⁷⁵⁸. Buna göre, tüketici sözleşmelerinin düzenlendiği 26. maddede, iş sözleşmesinin düzenlendiği 27. maddede, çalışma konumuz olan fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerin düzenlendiği 28. maddede ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerin düzenlendiği 29. maddede hukuk seçimi imkânı verilmiştir⁷⁵⁹.

28. maddede, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerin taraflarca seçilecek hukuka tabi olduğu düzenlenmiştir. Bu noktada fikri haklar bakımından dikkat edilmesi gereken husus, bu madde uyarınca yapılan hukuk seçiminin sözleşme statüsü ile sınırlı olduğudur. Daha açık bir ifadeyle, tarafların bu madde uyarınca yaptığı hukuk seçimi; sözleşmenin varlığı, yorumu, geçerliliği, borçların ifası ve sözleşmenin sona ermesi gibi sözleşme statüsü kapsamındaki uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulur⁷⁶⁰. Buradan hareketle, sözleşmesel bir uyuşmazlıkta fikri haklar bakımından önsorun olarak incelenecek olsa dahi hakkın varlığı, geçerliliği, süresi ve sona ermesi gibi hakkın özü ile ilgili meseleler bu madde kapsamında yapılan hukuk seçiminin uygulama alanına girmeyecektir⁷⁶¹. Bunun dışında hüküm ile hukuk seçimi hususunda herhangi bir sınırlama öngörülmemiş veya bu sözleşmeler bakımından özellikli bir durum zikredilmemiştir. O halde fikri mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimi ile ilgili hususlar genel hüküm olan 24. madde sınırları içinde olduğu kabul edilmelidir⁷⁶².

⁷⁵⁸ MÖHUK'ta özel sözleşme tipleri dışında genel haksız fiil kuralı olan 34. maddede, sebepsiz zenginleşmenin düzenlendiği 39. maddede ve mal rejimine ilişkin 15. maddede taraflara hukuk seçimi imkânı verilmiştir. Özel, **Yabancılık Unsuru**, s. 425.

⁷⁵⁹ 28 ve 29. maddelerde tanınan hukuk seçimi imkânı taraflara sınırsız bir serbesti sağlarken; tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri bakımından öngörülen hukuk seçimi imkânı Roma Tüzüğü ile paralel olarak tüketici/işçi lehine sınırlandırılmıştır. Buna göre, bu sözleşmeler bakımından yapılacak hukuk seçimi; iş sözleşmeleri bakımından işçinin mutad işyeri, tüketici sözleşmeleri bakımından tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı olmak kaydı ile geçerli olacağı hüküm altına alınmıştır.

⁷⁶⁰ Sargın, **Fikri ve Sınai Haklar**, s. 176.

⁷⁶¹ Hakkın özü ile ilgili bu uyuşmazlıklar, hak statüsünün düzenlendiği 23. madde uyarınca çözüme kavuşturulacaktır. Sargın, **Fikri ve Sınai Haklar**, s. 175.

⁷⁶² Sargın, **Fikri ve Sınai Haklar**, s. 176.

2. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Belirlenmemesi Durumunda (Objektif Bağlama Kuralı)

Bu noktada 28. maddenin, öngördüğü bağlama noktaları bakımından da ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Maddede öncelikle devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasında işyeri hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre mutad mesken hukuku ancak devreden tarafın işyerinin bulunmadığı durumlarda uygulanacak bir bağlama noktasıdır. O halde maddenin basamaklı bir kural öngördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken bir diğer durum, madde ile 2675 sayılı MÖHUK döneminde uygulama alanı bulan ve doktrinde çokça eleştirilen ifa yeri hukukundan vazgeçilmiş olmasıdır.

Fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından fikri hakkı devreden yahut bu hakkın kullanımını devreden bir diğer tabirle lisans veren tarafın işyeri hukuku, işyerinin bulunmadığı durumlarda mutad mesken hukuku uygulama alanı bulacaktır. Bu hukuklar maddede sözleşmenin kuruluş anı ile sabitlenmiş ve madde ile statü değişiklikleri bakımından belirlilik sağlanmıştır. Görüldüğü gibi kanun koyucu bu maddede, sözleşme ile ilgili bütün hususlarda belirleme yapma yoluna gitmiş ve bu noktada hiçbir şey gözden uzak tutmamaya çalışmıştır. Bunun bir diğer kanıtı fıkranın son cümlesinde yer almaktadır. Son cümlede istisna klotuna yer verilmiştir. Buna göre, somut olayın şartları dikkate alındığında maddenin öngördüğü hukuktan daha yakın irtibatlı bir hukukun tespit edilmesi durumunda sözleşmeye bu hukuk uygulanacaktır.

Maddenin üçüncü fıkrasında işçi ve işveren arasındaki sözleşmeler hüküm altına alınmıştır. Buna göre, işçinin işi kapsamında meydana getirdiği fikri ürünler üzerindeki haklar ile ilgili işveren ile yaptığı sözleşmeler ile ilgili uyuşmazlıklar, iş sözleşmesinin tabi olduğu hukuk uyarınca çözüme kavuşturulacaktır.

a. Telif Hakkını Devreden Tarafın İşyeri Hukuku

(1) İşyeri Kavramı

Mutad mesken, ikametgâh ve milli hukuk gerçek kişiler bakımından öngörülen ve şahısla kaim bağlama noktalarıdır. Bu bağlama noktaları şahsi statüyü oluşturur. Kişisel statü ile ilgili bir uyuşmazlık olduğunda en yakın irtibatlı hukuka bu bağlama noktaları aracılığıyla ulaşılabileceği kabul edilir. Uyuşmazlığın mesleki ve ticari faaliyetler sonucu ortaya çıkması durumunda ise en yakın irtibatın işyeri hukuku bağlama noktası ile sağlanacağı söylenebilir. Gerçekten de mesleki faaliyetler sonucu doğan sözleşmeler bakımından ilişki ile en yakın irtibatlı olan hukuk, karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu ülkenin hukuku olacaktır. Bu bağlama noktası özellikle ticaretin gelişmesi ve globalleşmesi ile önem kazanmış ve ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yerini almıştır.

Telif hakkı sözleşmesinde devreden taraf, genellikle eser sahibi olmaktadır. Eser sahibinin tek bir kişi olması durumunda uygulanacak hukukun tespiti kolaydır. Ancak eser sahibinin birden fazla kişi olması durumunda bu eser sahiplerinin hangisinin hukukunun uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. İşyeri hukukunun uygulanması özellikle sinema eserleri gibi eser sahibinin tek bir kişi olmadığı diğer bir deyişle ortak eser sahipliğinin hüküm sürdüğü eserler ile ilgili sözleşmeler bakımından belirliliği sağlamaktadır. Çünkü genellikle bu kişiler bir işyeri çatısı altında birleşmektedir. Aynı durum iş ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkan eserler bakımından da gündeme gelmektedir. Burada eser sahibi eseri oluşturan işçi olmakla birlikte Türk hukukunda bu hakların kullanımı işverene verilmiştir. Bu durumda örneğin, bir yazılım şirketine mühendislerin ürettiği yazılımlar üzerindeki eser sahipliği yazılımı üreten mühendiste olmakla birlikte bu yazılım ile ilgili sözleşmenin devreden tarafı işveren olmakta ve bu durumda sözleşmeye devreden taraf olan işverenin işyeri hukuku uygulanmaktadır.

(a) Milletlerarası Sözleşmelerde

İşyeri hukuku bağlama noktasının tarihsel gelişimi çok eskilere dayanmaktadır. İlk defa 1928 yılında Lahey Konferansının 6. Diplomatik Oturumu kapsamında işyeri bağlama kuralına yer verilmiştir. Tasarının 1. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenlemede bir satış sözleşmesinde satış kişinin ticari faaliyeti sırasında yahut bir ticaret odası veya kuruluşu tarafından yapılıyorsa; bu sözleşme, satıcının sözleşmenin kuruluşu sırasındaki esas işyeri veya şubesinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır, denilmektedir⁷⁶³. Aynı hüküm, Lahey Konferansları kapsamında hazırlanan “15 Haziran 1955 tarihli Menkullerin Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Sözleşmesi” (Convention of 15 June 1955 on the Law Applicable to International Sales of Goods)⁷⁶⁴’nin 3. maddesinde; “22 Aralık 1986 tarihli Milletlerarası Mal Satışına İlişkin Akitlere Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Sözleşmesi” (Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods)⁷⁶⁵’nin 8. maddesinde ve “11 Nisan 1980 tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Mal Satım Sözleşmesi⁷⁶⁶” (The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods-CISG)⁷⁶⁷ yerini almış ve satış sözleşmeleri bakımından genel hüküm niteliğini kazanmıştır⁷⁶⁸.

(b) Avrupa Birliği Hukukunda

Avrupa Birliği Hukukunu Kuran Roma Antlaşması’nın “Yerleşme Özgürlüğü” kenar başlığı taşıyan 52. maddesinde AB üyesi ülke vatandaşlarının istediği üye devlette yerleşme özgürlüğü bulunduğu düzenleme alanı bulmuştur. Ancak yerleşme özgürlüğü ile gerçek kişilerin oturmak niyetiyle Birlik üyesi bir devletten başka bir Birlik üyesi devlete yerleşmesi kastedilmemiştir⁷⁶⁹. Burada bahsi geçen yerleşme özgürlüğü, kişilerin

⁷⁶³ Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara: Naturel Yayıncılık, 2003, s. 44-45.

⁷⁶⁴ Sözleşme metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=31> (30 Haziran 2018).

⁷⁶⁵ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=61> (30 Haziran 2018).

⁷⁶⁶ RG. T. 07.04.2010, S. 27545.

⁷⁶⁷ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf> (30 Haziran 2018); Ayrıca Türkçe metin için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407-1.htm> (30 Haziran 2018).

⁷⁶⁸ Özkan, s. 45.

⁷⁶⁹ Özkan, s. 47.

istedikleri Birlik üyesi devlette mesleki ve ticari faaliyetlerini sürdürebilmesidir. Bu hüküm AB hukukunun genel felsefesiyle de uyum içindedir. Hakikaten de düşünüldüğünde AB hukuku ile ulaşılmak istenen amaç malların serbest dolaşımının sağlanmasıdır. Bunun sağlanabilmesi için kişilerin diledikleri yerde mesleki ve ticari faaliyetlerini sürdürebilmesi gerekmektedir. Bu noktada hükmün mesleki nitelikli bir bağlama noktası niteliği taşıdığı söylenmektedir⁷⁷⁰.

İşyeri hukuku bağlama noktası Roma Konvansiyonu'nda da yerini almıştır. Sözleşmeye uygulanacak objektif bağlama kuralının düzenlendiği 4. maddenin 2. fıkrasında sözleşmenin taraflardan birinin ticari veya mesleki faaliyetleri gereği yapılması durumunda esas işyerinin yahut ifanın yerine getirileceği işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Roma I Tüzüğü'nün 4. maddesinde ise işyeri hukuku zikredilmemiş, sadece mutad mesken hukuku bağlama noktasına yer verilmiştir. Ancak mutad meskenin tanımının verildiği 19. maddede kavram, tüzel kişiler bakımından idare merkezinin bulunduğu yer; gerçek kişiler bakımından mesleki ve ticari bir faaliyet söz konusu olduğu durumlarda işyerinin bulunduğu yer olarak açıklanmıştır⁷⁷¹.

(c) İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda işyeri kavramı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nu n 20. ve 21. maddelerinde düzenleme alanı bulmuştur. Buna göre gerçek kişiler bakımından işyeri, mesleki ve ticari faaliyetlerinin merkezi olan yer; tüzel kişiler bakımından işyeri, kuruluş anlaşmasında belirtilen yer, kuruluş anlaşmasında hüküm bulunmaması durumunda tüzel kişinin fiilen idare edildiği yerdir.

(d) Türk Hukukunda

Son olarak işyeri kavramının tanımının Türk hukuku uyarınca da yapılması uygun olacaktır. MÖHUK'da işyerinin tanımına yer verilmemiştir. 24. maddenin gerekçesinde Kanunda kavramın tanımının verilmemesinin bilinçli bir boşluk olduğu ve

⁷⁷⁰ Özkan, s. 47.

⁷⁷¹ Fawcett ve Carruthers, s. 725; Briggs, s. 546; Calliess, s. 384.

böylece doktrin ve tatbikatın önünün açılmak istendiği belirtilmiştir⁷⁷². O halde Türk hukuku bakımından bu boşluk, milletlerarası sözleşmeler ve iç hukuk dikkate alınarak doldurulacaktır. Bu noktada ilk bakılması gereken Kanun, “4857 sayılı İş Kanunu”⁷⁷³’dur. Kanunun “Tanımlar” başlığını taşıyan 2. maddesinin 1. fıkrasında işyeri tanımlanmış olup bu maddeye göre işveren tarafından mal veyahut hizmet üretmek amacıyla oluşturulan maddi ve gayrimaddi unsurlar içeren birimdir⁷⁷⁴. Ancak milletlerarası özel hukuk bakımından işyeri kavramının katı bir şekilde bu tanım esas alınarak yorumlanması doğru olmayacaktır. Kanaatimizce Milletlerarası özel hukuk bakımından işyeri, uluslararası belgelerde kabul edildiği haliyle mesleki ve ticari faaliyetlerin yürütüldüğü yer, şeklinde geniş yorumlanmalıdır. Ayrıca bu yorum tarzı kanun koyucunun gerekçede izin verdiği sınırlar dahilinde olup kavramın tanımının verilmemesi ile ulaşılmak istenen amaca da hizmet etmektedir.

(2) İşyeri Hukukunun Belirlenmesi

Kavramın tanımı yapıldıktan sonra bu hukukun ne şekilde belirleneceğinin açıklanması gerekir. Bu noktada tanımda belirtilen unsurların incelenmesi yararlı olacaktır. İşyeri kavramı hem gerçek kişiler hem de tüzel kişileri kapsayan şemsiye bir kavramdır. Bu husus gerek uluslararası belgelerde gerekse İsviçre hukuku gibi milli hukuklarda kabul edilmiş ve kavramın tanımı buna uygun olarak ikili bir şekilde verilmiştir. Hukukumuzda da 24. maddenin gerekçesinde bu noktaya değinilmiş ve işyeri kavramının tüzel kişiler bakımından uygulama alanı bulan ve 9. maddede açıklanan “idare merkezi” kavramını da içine alan bir üst kavram olduğu bu sebeple maddede ayrı olarak idare merkezi hukukundan bahsedilmediği izah edilmiştir. O halde öncelikli olarak gerçek kişiler ve tüzel kişiler bakımından yapılan ayrımı esas almak ve işyeri hukukunu bu iki grup bakımından ayrı ayrı incelemek yerinde olur.

⁷⁷² Özdemir Kocasakal, *Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, s. 57; Öztekin Gelgel ve Erdem, s. 87-88.

⁷⁷³ RG. T. 10.06.2003, S. 25134.

⁷⁷⁴ Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2016, s. 61; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 15. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2018, s. 193; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 30. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2017, s. 117; Özdemir Kocasakal, *Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, s. 58.

Tüzel kişiler bakımından işyeri yahut idare merkezi kuruluş anlaşmalarında belirtilen yerdir⁷⁷⁵. Gerçekten de tüzel kişiler bakımından kuruluş anlaşmasında genellikle idare merkezlerinin neresi olduğu belirtilir. Doktrinde bu yerin tüzel kişilerin milli hukuku yahut mutad meskeni hukukunu karşıladığı söylenmektedir. Çünkü böylece tüzel kişilerin statüsü belirlenmiş olup ehliyet vb. konularda tabi olacağı hukuk tespit edilmiş olmaktadır. Tüzel kişiler bakımından statünün belirlenmesi bir zorunluluktur. Bunun sebebi statü bir diğer tabirle idare merkezinin tüzel kişinin tabi olacağı hukuk anlamına da gelmekte olmasıdır. Ancak bazı durumlarda kuruluş anlaşmasında bir yer belirtilmemiş olabilir veyahut tüzel kişinin fiili idare merkezi bu yerden başka bir yer olabilir. Böyle bir durumda idare merkezinin fiili idare merkezinin bulunduğu yer olduğu kabul edilir.

Bu noktada fiili idare merkezinin açıklanması gerekmektedir. Çünkü, kuruluş anlaşmasında belirtilen yerin tespiti konusunda bir ihtilafın çıkması görece zor bir durumdur. Ancak, fiili idare merkezinin neresi olduğu yorumlanmaya muhtaçtır. Fiili idare merkezi, statüde belirtilen yerden başka bir yerin tüzel kişinin organizasyonu bakımından merkez konumunda olduğu ve tüzel kişiliğe ait iş ve işlemlerin bu yerde yürütüldüğü durumlarda söz konusu olur. Bu durumda statüdeki idare merkezi önemini kaybetmiş olur. Bu yerin tüzel kişilikle irtibatı da görece daha azdır. Böyle bir durumda fiili idare merkezinin sözleşmeyle irtibatının daha sıkı olduğu söylemek gerekir. Bu sebeple moda mod statüdeki idare merkezini en yakın irtibatlı hukuk olarak uygulamak sözleşme statüsü bakımından da uygun düşmeyecektir.

Telif hakkı sözleşmelerinde eser sahibi, “yaratma gerçeği ilkesi” gereği her zaman bir gerçek kişidir, tüzel kişinin eser sahibi olması mümkün değildir. Bu durumda tüzel kişinin hangi durumlarda sözleşmenin devreden tarafı olacağının tespiti gerekir. Tüzel kişinin sözleşmenin devreden tarafı olması iki şekilde mümkün olmaktadır. Bunlardan ilki, daha önce sözleşme ile devraldığı bir hakkı (eser sahibinin izni olmak kaydıyla) başka bir sözleşme ile devretmesi durumudur. Diğer ise, işçinin işinin ifası sırasında meydana getirdiği eserler ile ilgili sözleşmelerdir. Türk hukukunda tüzel kişilik

⁷⁷⁵ Hill ve Shuilleabhan, s. 237; Collier, s. 57; Briggs, s. 547; Ferrari, s. 480; Calliess, s. 385.

bünyesinde çalışan bir işçinin, iş sözleşmesi uyarınca ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği eserler üzerindeki mali hakların kullanımı işverene bırakılmıştır. O hade devredenın tüzel kişilik olması durumunda uygulanacak hukuk, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyerinin bulunduğu ülke hukukudur.

Statüsündeki idare merkezi Finlandiya olan ve fiili olarak işlerini İngiltere’de yürüten bir müzik yapıım şirketi, telif hakkını elinde bulundurduğu musiki eserleri üzerindeki işleme hakkını söz konusu eserlerin aranjmanının yapılması amacıyla bir Türk müzik yapıım şirketine devrettiği sözleşmede uygulanacak hukuk, devreden tarafın statüsündeki idare merkezi Finlandiya olmasına rağmen işlerin yürütüldüğü ve sözleşmenin kurulduğu fiili idare merkezinin tabi olduğu İngiliz hukuku olacaktır. Yahut statüsündeki idare merkezi Almanya olan bir mimarlık ofisinde, ofis bünyesinde çalışan mimarların yaptığı çizimlerin çoğaltma hakkının kullanımının Türk bir inşaat şirketine devri sözleşmesinde uygulanacak hukuk, devreden tarafın işyeri hukuku olan Alman hukuku olacaktır.

Gerçek kişiler bakımından ise işyeri, mesleki ve ticari faaliyetlerin yürütüldüğü yer olarak tanımlanmıştır. Bu noktada mesleki ve ticari faaliyetin açıklanması gerekmektedir. Mesleki ve ticari faaliyet, çok geniş bir kavram olup kişinin ekonomik kazanç sağlamak için yaptığı bütün iş ve işlemler olarak tanımlanabilir⁷⁷⁶. Bu bağlamda işyeri, mesleki ve fıcarı faaliyetlerin yürütüldüğü her yer olabilir. Ayrıca işyeri, tek bir yer olabileceği gibi bir kişinin birden fazla işyerinin olması da mümkündür. Ancak bu, işyerlerinin farklı hukuk düzenlerine tabi olması söz konusu olduğu durumlarda sorun teşkil edebilir. Çünkü bu varsayımda uygulanacak hukuk bakımından hangi işyerinin esas alınacağıının belirlenmesi gerekir. MÖHUK’un 24. maddesinde bu husus düzenleme alanı bulmuş ve birden çok işyerinin bulunması durumunda sözleşme ile en yakın irtibatlı işyerinin esas alınacağı ve bu işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulama alanı bulacağı hükme bağlanmıştır. Bu çözümleme, hakkaniyete de uygundur. Çünkü işyerlerinin hepsinin birden sözleşme ile irtibatlı olduğu düşünülemez. Bu varsayımında da sözleşme ile ilgisi olmayan yahut irtibatı daha az olan hukukların sözleşmeye

⁷⁷⁶ Calliess, s. 387; Hill ve Shuilleabhan, s. 238; Özkan, s. 49; Ferrari, s. 483; Briggs, s. 547.

uygulanması gündeme gelir. Bu ise, madde ile ulaşılmak istenen amaca aykırı olacaktır. Bu sebeple de sözleşme ile en yakın irtibatlı işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması daha isabetlidir.

Londra, Paris, Roma ve Berlin gibi Avrupa'nın çeşitli yerlerinde galerisi bulunan bir ressam, galerilerinde kullanmak üzere içerisinde resimlerinin bulunduğu bir katalog bastırmak istediğinde resimleri üzerindeki çoğaltma hakkını devretmesi gerekir. Bu devir sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti bakımından devreden tarafın işyeri hukukunun belirlenmesi gerekir. Devreden tarafın birden çok ve farklı ülkede işyerinin bulunması durumunda sözleşme ile irtibatlı olan işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması hakkaniyete uygun olacaktır. Bu kabul, sözleşmeye ilişki ile “en yakın irtibatlı hukuk”un uygulanması ilkesi ile uyumlu olduğu gibi; devralan taraf bakımından belirliliği sağlaması sebebiyle de önemlidir. Gerçekten de devralan her durumda devreden işyerinin bulunduğu bütün ülkeleri bilmeyebilir. Bu durumda bir uyuşmazlık çıktığında sözleşmeye hiç bilmediği ve öngöremeyeceği bir hukukun uygulanması ihtimali gündeme gelecektir.

b. Telif Hakkını Devreden Tarafın Mutad Mesken Hukuku

(1) Mutad Mesken Kavramı

İkametgâh kavramı “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun⁷⁷⁷” 19. maddesinde, *bir kimsenin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yer*, olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkarak ikametgâh, kişinin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu, hayat ilişkilerinin merkezi olan yerdir. Ancak ikametgâh bakımından hukuk düzenlerinde kabul edilen yeknesak bir tanım bulunmamaktadır⁷⁷⁸. Bu durum ikametgahın hukuk düzenlerince farklı şekillerde yorumlanmasına yol açmıştır. Mutad mesken kavramı, ikametgahın hukuklarca farklı yorumlanmasının önüne geçebilmek için ortaya atılmıştır.

⁷⁷⁷ RG T. 08.12.2001, S. 24607.

⁷⁷⁸ Collier, s. 55; İlyas Arslan, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık A.Ş., 2014, s. 26; Hill ve Shuilleabhan, s. 341.

(a) Milletlerarası Sözleşmelerde

Mutad mesken kavramı, Lahey Konferansları ile geliştirilmiş bir bağlama noktasıdır⁷⁷⁹. Gerçekten de ikametgâh kavramı tarihsel olarak çok eskiye dayanmakla birlikte; kavramın kapsamı ve yorumu hukuk düzenlerinde ve hatta aynı hukuk düzeni içinde dahi farklılıklar gösterebilmektedir⁷⁸⁰. Mutad meskenin hukuki bir kavramdan ziyade fiili durumu gösteren bir vakıa olduğu kabul edilmiş ve özellikle sıkça kullanıldığı Lahey sözleşmelerinde bu kavramın tanımına yer verilmemiştir⁷⁸¹. Ancak mutad meskenin iç hukuklarda ve uluslararası düzenlemelerde giderek yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanması kavramın tanımlanmasına duyulan ihtiyacı arttırmıştır. Mutad mesken kavramı ilk olarak “1902 tarihli Çocukların Vesayetine İlişkin Sözleşme”⁷⁸²’de kullanılmıştır⁷⁸³. Bu kavramın Türk hukukunda kullanılmaya başlanması ise “1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi”⁷⁸⁴ ile olmuştur⁷⁸⁵.

(b) Avrupa Birliği Hukukunda

Avrupa Birliği hukukunda kavram, ilk olarak 1972 tarihli Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi’nin hazırladığı 72/1 No’lu Tavsiye Karar’da düzenleme alanı bulmuştur⁷⁸⁶. Ancak burada da kavramın tanımına yer verilmemiş; sadece belirli kıstaslar getirilerek bu kıstasların bulunması halinde mutad meskenen bahsedilebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre bir yerin mutad mesken sayılabilmesi için o yerde belirli bir

⁷⁷⁹ Hill ve Shuilleabhan, s. 341; Collier, s. 55; Arslan, s. 26; Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Ahkılan Çocukların İadesi**, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2010, s. 52; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 35; Collins, **Volume I**, s. 161.

⁷⁸⁰ Giray, s. 55; Nuray Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 2. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2000, s. 90, (Milletlerarası Yetki); İkametgâh kavramının tanımı ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Huysal, “Kanunlar İhtilafı Alanında İkametgâh ve Doğurduğu Sorunlar”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2003, S. 2, s. 173 vd.; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 12; Göğer, s. 52-53; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 33-34; Özkan, s. 3. vd.; Collier, s. 55; Can ve Toker, s. 74.

⁷⁸¹ Pippa Rogerson, “Habitual Residence: The New Domicile?”, **International and Comparative Law Quarterly-ICLQ**, Y. 2000, Vol. 49, s. 87-88; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 38; Giray, s. 54; Arslan, s. 27; Doğan, s. 177-178.

⁷⁸² Sözleşmenin metni için bkz. <https://www.hcch.net/fr/instruments/the-old-conventions/1902-guardianship-convention> (29 Mayıs 2018).

⁷⁸³ Giray, s. 53; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 91.

⁷⁸⁴ RG. T. 24.12.1971, S. 14052.

⁷⁸⁵ Hill ve Shuilleabhan, s. 342; Peter Stone, “The Concept of Habitual Residence in Private International Law”, **Anglo-American Law Review-AALR**, Y. 2000, Vol. 29, s. 342, (Habitual Residence); Collier, s. 56; Stone, **Conflict of Laws**, s. 33 vd.; Collins, **Volume I**, s. 162; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 36-37.

⁷⁸⁶ Kararın İngilizce metni için bkz. <http://www.refworld.org/pdfid/510115e12.pdf> (29 Mayıs 2018).

süredir yaşanıyor olması, bu yerde oturma niyetinin olması ve oturulan yer ile kişi arasındaki mesleki yahut şahsi irtibatın bulunuyor olması gerekir⁷⁸⁷. Bunun dışında Roma I Tüzüğü'nün “Mutad Mesken” başlığı taşıyan 19. maddesinde kavramın tanımına yer verilmiştir. Bu tanımlamanın iki yönüyle incelenmesi gerekir. Öncelikle madde ile tüzel kişiler bakımından da mutad mesken tanımına yer verilmiş olması dikkat çekicidir⁷⁸⁸. Bunun yanında gerçek kişiler bakımından bir ayrıma gidilmiş ve mesleki ve ticari bir faaliyet söz konusu olduğu durumlarda mutad meskenin işyerinin bulunduğu yer olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Burada hukukumuzdan farklı olarak işyeri hukuku ve mutad mesken hukuku ayrı bağlama noktaları olarak düzenlenmemiş; işyeri hukukunun mesleki ve ticari faaliyetlerle yapılan işlemler bakımından mutad meskenin bir parçası olarak uygulanacağı öngörülmüştür.

İngiliz hukukunda ise ilk başlarda mutad mesken kavramı sadece “domicile” in süre bakımından değerlendirilmesi için karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır⁷⁸⁹. Ancak son yirmi yılda Anglo-sakson ülkelerinde ve özellikle İngiliz yargı kararlarında kavram daha sıklıkla ele alınmış ve bu kararlarda kavramın tanımı ve kapsamına yer verilmiştir⁷⁹⁰. Buna örnek olarak “Shah vs. Barnet LBC⁷⁹¹” davası verilebilir. Kararda mutad mesken, kişinin belirli bir yerde gönüllü olarak ve o yeri hayat ilişkilerinin merkezi haline getirmek niyetiyle kısa veya uzun süre oturması, olarak tanımlanmıştır⁷⁹². Bu tanım, mutad meskenin unsurlarını sıralaması bakımından önemlidir. Ayrıca kararda ikametgâh ve mutad mesken kavramları karşılaştırmalı olarak incelenmiş; mutad meskenin oluşumu bakımından oturma niyetinin olması ve o yerde belirli bir süre oturulması gibi unsurların varlığına dikkat çekilmiştir.

⁷⁸⁷ Tavsiye Karar, No. 9.

⁷⁸⁸ Tüzel kişilerin mutad meskeni olmayacağı görüşü için bkz. Arslan, s. 166 vd.; Türk hukukundaki düzenleme için bkz. Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Ülkenin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 56-57.

⁷⁸⁹ Stone, **Habitual Residence**, s. 342.

⁷⁹⁰ Harding, s. 26; Giray, s. 58-59; Stone, **Habitual Residence**, s. 343.

⁷⁹¹ (1983) ER 226; Karar için bkz. <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff82960d03e7f57ebc05b> (29 Temmuz 2018).

⁷⁹² Stone, **Habitual Residence**, s. 347; Fawcett ve Carruthers, s. 185; Giray, s. 56.

(c) İsviçre Hukukunda

Mutad mesken kavramı günümüzde ülkelerin iç hukuklarında da sıklıkla yer verilen bir bağlama noktası olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak iç hukuklarca da ekseriyetle bu kavramın tanımının yapılmasından kaçınıldığı göze çarpmaktadır⁷⁹³. Bu noktada İsviçre hukukunu ayırık tutmak yerinde olur. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 20. maddesinde mutad meskenin tanımına yer verilmiştir. Maddenin 1. fıkrasında mutad mesken; kişinin sürekli kalmak niyetiyle belirli bir süre yaşadığı yer olarak tanımlanmıştır. Tanımda mutad meskenin iki unsuru göze çarpmaktadır. Bunlar, kişinin o yerde oturma niyeti ve bu niyetle bir süre orada oturmasıdır. Ancak oturma süresi bakımından bir belirlemeye gidilmemiş; bu sürenin somut olayın şartlarına göre değişiklik arz edebileceği kabul edilmiştir⁷⁹⁴. Aynı fıkranın devamında işyerinin tanımına yer verilmiştir⁷⁹⁵. Buna göre işyeri, mesleki ve ticari ilişkilerin merkezi olan yerdir. Burada da AB hukuku ile paralel olarak işyeri bağlama noktasına mutad mesken kavramının içinde yer verildiği görülmektedir.

(d) Türk Hukukunda

Hukukumuzda gerek 2675 sayılı MÖHUK'ta gerekse 5718 sayılı MÖHUK'ta bağlama noktası olarak sıkça kullanılmıştır. Ancak mutad meskenin tanımına yer verilmemiştir. Hukukumuz bakımından mutad mesken ile ilgili tek tanımlama 5718 sayılı MÖHUK'un 13. maddesinin gerekçesinde yer almaktadır⁷⁹⁶. Gerekçede mutad mesken, gerçek ve fiili duruma uygun olarak hayat ilişkilerinin merkezi niteliğinde olan fiili ikametgâh olarak tanımlanmıştır⁷⁹⁷. Bunun dışında hukukumuzda mutad mesken kavramı milletlerarası özel hukukun sınırlarını aşmış ve başta “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁷⁹⁸” (HMK) başta olmak üzere yaygın olarak kullanılmaya başlamıştır⁷⁹⁹.

⁷⁹³ Giray, s. 55; Arslan, s. 32.

⁷⁹⁴ Arslan, s. 32.

⁷⁹⁵ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 20/1 (c).

⁷⁹⁶ Arslan, s. 37.

⁷⁹⁷ Gerekçede ayrıca 2675 sayılı MÖHUK'ta yer alan müşterek ikametgâh bağlama noktasından hukuki bir kavram olarak nitelendirilmesi ve gerçek ve fiili durumu yansıtmadığı gerekçesiyle vazgeçildiği açıklanmıştır. Öztekin Gelgel ve Erdem, s. 58-59.

⁷⁹⁸ RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

⁷⁹⁹ HMK'da mutad mesken kavramı, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar bakımından yetkili mahkemenin düzenlendiği 9. madde ve teminatın düzenlendiği 84. maddede düzenlenmiştir. HMK'nın dışında “5901 sayılı Türk

(2) Mutad Mesken Hukukunun Belirlenmesi

Milletlerarası özel hukuk bakımından mutad mesken hukukunun düzenleme alanı düşünüldüğünde bu tespitin doğru bir şekilde yapılması büyük önem arz eder. Mutad mesken hukuku, milletlerarası özel hukukta öncelikli olarak şahısla kaim meseleler bakımından bağlama noktası olarak öngörülmüş olan bir kavramdır⁸⁰⁰. Buna göre kanun koyucunun kişiler hukuku, aile hukuku, sözleşme hukuku ile ilgili meselelerde sıklıkla mutad mesken hukukuna başvurduğu görülmektedir.

Mutad mesken, kişinin belirli bir süre oturmak niyetiyle kaldığı ve hayat ilişkilerinin merkezi olan yerdir. O halde mutad meskenin tespiti bakımından incelenmesi gereken unsurlar; kişinin belirli bir yerde belirli bir süre boyunca oturması ve burada hayat ilişkilerini sürdürme niyeti diğer bir deyişle oturma niyetinin olmasıdır⁸⁰¹. Bu unsurlar kişinin bu yeri hayat ilişkilerinin merkezi haline getirip getirmediğinin tespiti bakımından yol göstericidir. Gerçekten de geçici bir süre kalmak niyetiyle oturlan yerin kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

Doktrinde mutad meskenin hangi ülke hukukunda kullanılıyorsa o ülke hukukuna göre yorumlanması gerektiği savunulmaktadır⁸⁰². Doğrusu hukukumuzda bağlama noktası olarak kabul edilen mutad mesken kavramının kapsamının Türk hukuku tarafından belirleneceği konusunda şüphe yoktur.

Mutad meskenin unsurlarının ayrı ayrı incelenmesi uygun olacaktır. Mutad meskenin varlığı için ilk şart, kişinin belirli bir süre fiili olarak bir yerde oturmasıdır⁸⁰³. Aslında bu şart kendi içinde oturma fiili olarak gerçekleşmesi ve belirli bir süreye yayılması olarak iki başlıkta incelenebilir. Bir yerin mutad mesken olarak kabul edilmesi

Vatandaşlık Kanunu-TVK” (RG T. 12.06.3009, S. 27256) nın 20. maddesinde de mutad mesken kavramına yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, s. 38-39; Doğan, s. 178; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 37-38.

⁸⁰⁰ Stone, **Habitual Residence**, s. 342; Hill ve Shuilleabhan, s. 340.

⁸⁰¹ Hill ve Shuilleabhan, s. 344; Collier, s. 56; Stone, **Conflict of Laws**, s. 29; Briggs, s. 546; Fawcett ve Carruthers, s. 186-187; Collins, **Volume I**, s. 162-163; Can ve Toker, s. 75.

⁸⁰² Mutad mesken hukukunun bir bağlama noktasıdır. Bu sebeple düzenlendiği ülke hukukuna yorumlanması gerekir. Arslan, s. 40.

⁸⁰³ Fawcett ve Carruthers, s. 187; Collier, s. 56; Stone, **Conflict of Laws**, s. 30; Arslan, s. 48.

için orada fiili olarak oturulması gerekmektedir. Bu cümlemin mefhumu muhalifinden fiili olarak oturulmayan bir yerin mutad mesken olarak kabul edilmesi mümkün değildir, sonucu çıkarılabilir. Ancak burada kişiden fiili olarak oturan yerde kesintisiz olarak bulunması beklenemez. Mutad meskeni terk etme niyeti olmaksızın geçici olarak başka bir yerde bulunma hali fiili oturmaya hâlel getirmez⁸⁰⁴.

Fiili olarak oturan yerin mutad mesken sayılabilmesi için ayrıca o yerde belirli bir süre oturulması gerekir⁸⁰⁵. Gerçekten de fiili olarak oturan her yerin mutad mesken sayılması mümkün değildir. Bu öncelikle belirliliği ortadan kaldırması bakımından sakınca teşkil eder. Çünkü bu kabulde kişinin fiili olarak oturduğu her yerin mutad mesken kabul edilmesi gerekmektedir. Bu durum mutad meskenin mantığına da aykırılık teşkil eder. Mutad meskenin kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olan yer olduğu kabul edilir. Fakat, fiili olarak oturan her yerin kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu sebeple fiili olarak oturan yerin mutad mesken olarak kabul edilmesi için bu oturmanın belirli bir süre devam etmesi aranır. Ancak bu sürenin ne kadar olduğu konusunda gerek hukuk sistemlerinde gerekse milletlerarası sözleşmelerde bir düzenleme bulunmamaktadır⁸⁰⁶. Bu konuda gerek doktrinde gerekse mahkeme içtihatlarında farklı süreler öngörülmüştür⁸⁰⁷. Kanaatimizce bu sürenin her somut olay bakımından olayın şartları ışığında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Çünkü burada oturma süresi koşulu ile sağlanmak istenen şey esasında kişinin oturduğu yer ile bir bağlantı tesisidir. Mutad meskenin tesisi bakımından oturma niyetinin varlığı öncelikli koşul olarak kabul edilse dahi; bu koşulun varlığı tek başına mutad meskenin tesisini sağlamamakta; kişinin ancak belirli bir süre oturması sonucu o yer ile bağlantı kuracağı ve burayı hayat ilişkilerinin merkezi haline getirebileceği kabul edilmektedir.

İkinci şart, kişinin bu yerde oturma niyetinin olmasıdır. Gerçekten de kişi, belirli bir süredir fiilen oturduğu bir yerde o yerde oturma niyetinin olmaması durumunda mutad meskeninin varlığından bahsedilemez. Oturma niyeti kişinin iç dünyası ile ilgili olup

⁸⁰⁴ Arslan, s. 50; Fawcett ve Carruthers, s. 188.

⁸⁰⁵ Stone, **Habitual Residence**, s. 350; Hill ve Shuilleabhan, s. 344; Rogerson, s. 91.

⁸⁰⁶ Rogerson, s. 91; Arslan, s. 52; Stone, **Conflict of Laws**, s. 30.

⁸⁰⁷ Bir yerin mutad mesken sayılabilmesi için o yerde en azından iki aydır bulunulması gerektiği genel kabul görmüş bir yaklaşımdır. Bu süre kişinin o yeri hayat ilişkilerinin merkezi haline getirmesi bakımından da gerekli görülmektedir. Arslan, s. 55.

sübjektif nitelikler taşır; bu sebeple oturma niyetinin nasıl belirleneceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır⁸⁰⁸. Ancak özellikle oturmanın kısa süreli olduğu durumlarda oturma niyetinin varlığı büyük önem arz eder⁸⁰⁹. Bu durumda kişinin iradesinin belirli davranışları ile somutlaştırılması gerekmektedir⁸¹⁰.

Görüldüğü gibi tüm bu şartlar birbiri ile bağlantılı olup mutad meskenin varlığı bakımından bir bütün teşkil ederler. Bu sebeple mutad meskenin varlığından bahsedebilmek için bu şartların varlığının tespiti gerekmektedir. Bir yerin kişinin mutad meskeni olduğunun kabulü için o yerin kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olduğunun kabul edilmesi gerekir. O yerin kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olması için ise; o yerde oturma niyeti ile fiili olarak belirli bir süre oturulması gerekir. Gerçekten de kişinin oturma niyeti olmaksızın fiili olarak oturduğu bir yeri hayat ilişkilerinin merkezi haline getirmesi hayatın olağan akışına da aykırı bir durum teşkil eder. Yahut aynı şekilde kişinin fiili olarak oturmadığı bir yeri hayat ilişkilerinin merkezi durumuna getirmesi de uzak bir ihtimaldir.

Telif hakkı bakımından mutad mesken hukukunun bağlama noktası olarak öngörülmesi ise bir tesadüf değildir. Yukarıda belirtildiği gibi mutad mesken hukuku, şahısla kaim meseleler bakımından sıklıkla öngörülen bir bağlama noktasıdır. Eser sahibinin şahsında doğmakta olup telif hakkı, şahısla kaim meselelerin başında gelmektedir. Mutad meskenin fiili durumu esas alması, bu bağlama noktasının kişi ile daha yakın irtibatlı olmasını sağlamaktadır. Gerçekten de ikametgâh ya da domicile, çoğu zaman fiili durumu yansıtmamaktadır. Kişi, ikametgahının bulunduğu yerden başka bir yerde yaşayabilmekte bu da uygulamada sıkıntılara yol açmaktadır. Bu sebeple mutad mesken, kişi ile yakın irtibatı sağlamaktadır. Ancak mutad meskenin tespiti bakımından sıkıntı yaratabilecek husus, mutad meskenin değişkenliğidir. Gerçekten de kişinin bir yerde yaşamaya başlaması durumunda bu yerin hangi andan itibaren mutad mesken sayılacağının tespiti önemlidir. Örneğin, romanını yazmak amacıyla daha sakin bir yer arayan ve bu sebeple Rodos'a taşınan Türk vatandaşı bir yazarın romanını bitirdikten

⁸⁰⁸ Fawcett ve Carruthers, s. 189; Arslan, s. 58; Hill ve Shuilleabhan, s. 346.

⁸⁰⁹ Arslan, s. 65.

⁸¹⁰ Rogerson, s. 96-98; Arslan, s. 66.

sonra da Rodos'ta kalmaya devam etmesi ve hayat ilişkilerinin merkezini Rodos haline getirmesi durumunda mutad meskenin hangi andan itibaren Rodos olacağının tespiti önem teşkil eder. Yazarın ilk taşındığı sırada oturma niyeti olmadığı aşıkardır. Ancak belirli bir amaç için geldiği Rodos'u hayat ilişkilerinin merkezi haline getirmesi ve amacının gerçekleşmesine rağmen burayı terk etmemesi burada kalma niyetinin olduğunu gösteren emarelerdir. Burada özellik teşkil eden bir diğer durum da yazarın, romanın basım ve dağıtımını amacıyla İstanbul merkezli bir yayınevi ile yayma ve çoğaltma haklarının devrini içeren bir sözleşme imzalaması durumunda sözleşmenin kurulduğu sırada mutad meskeninin neresi kabul edileceğidir. Bu durumda mutad mesken, somut olayın şartları ışığında sözleşmenin kuruluşu sırasında Rodos'un hayat ilişkilerinin merkezi haline getirilip getirilmediği ve oturma niyetinin tespit edilip edilemediği gibi unsurlar dikkate alınarak belirlenecektir.

c. Daha Sıkı İlişkili Hukuk (İstisna Kuralı)

28. maddenin 2. fıkrasının son cümlesinde, somut olayın bütün şartları değerlendirildiğinde sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun tespit edilmesi halinde sözleşmeye bu hukukun uygulanacağı hüküm altına alınmış⁸¹¹ ve böylece madde ile öngörülen objektif bağlama kuralına bir istisna getirilmiştir⁸¹². O halde ilk önce telif hakkı sözleşmesinin devreden tarafının işyeri yahut mutad mesken hukuku tespit edilecek ve kural olarak uyuşmazlık bu hukuk uyarınca çözüme kavuşturulacaktır. Meğer ki somut olayın şartlarına göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilsin. Bu durumda sözleşmeye objektif bağlama kuralı ile tespit edilen hukuk değil, sözleşme ile daha sıkı ilişkili olan bu hukuk uygulanacaktır. Bu, “istisna kuralı” yahut “kaçış klozu” olarak adlandırılmakta olup hukukumuzda sözleşmelerle ilgili birçok maddede düzenleme alanı bulmuş bir kuraldır. İstisna kuralı, 28. madde dışında; genel sözleşme kuralı olan 24. maddede, iş sözleşmelerinin düzenlendiği 27. maddede ve eşya taşımasına ilişkin sözleşmelerle ilgili 29. maddede düzenleme alanı bulmuştur.

⁸¹¹ MÖHUK m. 28/2: “...Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme bu hukuka tâbi olur.”.

⁸¹² Çelikel ve Erdem, s. 432.

Düşünüldüğünde bu kuralın “en yakın irtibatlı hukuk” bağlama kuralının tespiti bakımından büyük öneme sahip olduğu görülecektir. Sözleşmeler bakımından en yakın irtibatlı hukuk kuralı gerek hukukumuzda gerekse ulusal ve ulusal üstü hukuklarda kabul görmüş bir bağlama kuralıdır. Bu kurala göre, sözleşmesel uyumsuzluklar sözleşme ile en yakın irtibatlı hukuk uyarınca çözüme kavuşturulacaktır. Bu noktada en yakın irtibatlı hukukun tespiti önem taşımaktadır. Bu sebeple karakteristik edim teorisi geliştirilmiş ve sözleşme ile en yakın irtibatlı hukukun karakteristik edim borçlusunun hukuku olduğu varsayımsal olarak kabul edilmiştir. Ancak karakteristik edim teorisi en yakın irtibatlı hukukun tespiti bakımından karine teşkil etmekte olup doğası gereği aksi ispat edilebilir niteliktedir. Bu sebeple, en yakın irtibatlı hukuk bakımından bir istisna kuralı geliştirilmiş ve objektif bağlama kuralları uyarınca tespit edilen hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye bu hukukun uygulanacağı kabul edilmiştir.

Kanun koyucu bazı sözleşme tiplerinde nitelikleri itibarı ile en yakın irtibatlı hukukun tespitini karakteristik edim teorisine bırakmamış; kendisi objektif bağlama kuralı getirmiştir. Bunun en tipik örneği hiç kuşkusuz fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerin düzenlendiği 28. maddedir. Burada kanun koyucu karakteristik edim tespitini adeta kendisi yapmış ve uyumsuzlukların çözümünde hakkı yahut hakkın kullanımını devreden tarafın hukukunun uygulanacağını hükme bağlamıştır. Ancak burada dahi kesin bir belirleme yapılmamış ve istisna kuralına yer verilmiştir. Böylece halin tüm şartları dikkate alındığında sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun tespit edilmesi halinde uyumsuzluğun çözümüne bu hukukun uygulanacağı düzenleme alanı bulmuştur. Gerçekten de her durumda objektif bağlama kuralı ile tespit edilen hukuk en yakın irtibatlı hukuk olmayabilmektedir.

Fransız ve İsviçre vatandaşı olan ve şuan bir proje üzerinde Çin’de çalışmalarını sürdüren ünlü fotoğrafçı Bruno Barbey, Türkiye’de açmak istediği serginin tanıtımının yapılması amacıyla İstanbul merkezli bir ajans ile lisans sözleşmesi yapmıştır. Sözleşme uyarınca Barbey, sergilenecek fotoğrafların çoğaltma ve yayma hakkının kullanımını Türkiye ile sınırlı ve münhasır olarak bu ajansa devretmiştir. Sözleşme kapsamında Barbey, fotoğrafların çoğaltımı için ajansa kopyaları gönderecek; ajans bu fotoğraflar ile serginin katalog ve afişlerini hazırlayacaktır. Bu sözleşme ile ilgili bir uyumsuzluk

çıkması durumunda, madde 28 uyarınca devreden işyeri yahut mutad mesken hukukunun uygulanması gerekir. Ancak Barbey'in işyeri Fransa'da bulunmakla birlikte, dahil olduğu projeler kapsamında sürekli farklı ülkelerde bulunduğu için sözleşmelerini internet üzerinden yapmaktadır. Söz konusu sözleşmenin de bu kapsamda Fransa'daki işyeri ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. Sözleşme Barbey'in Çin'de bulunduğu sırada internet üzerinden yapılmıştır. Ayrıca sözleşme kapsamında Barbey, sadece fotoğrafları teslim edecek; katalogların hazırlanması, basımı ve dağıtımını İstanbul merkezli ajans tarafından yapılacak ve sergi İstanbul'da açılacaktır. Bu kapsamda hakların kullanımı İstanbul'da gerçekleşecektir. Bu durumda Fransız hukukunun Türk hukukuna nispetle sözleşme ile bağlantısı çok daha zayıftır. Somut olayın şartları dikkate alındığında Türk hukukunun sözleşme ile daha yakın irtibatlı olduğu anlaşılabacaktır. Böyle bir varsayımda Fransız hukukunu uygulamak hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir.

Bu istisna kuralı, özellikle telif hakkı sözleşmeleri bakımından önemlidir. Çünkü yukarıda çekinceleri ile anlatıldığı gibi telif hakkı sözleşmeleri bakımından hakkı devreden tarafın edimi, her zaman sözleşmenin karakteristik edimini oluşturmamakta bu suretle sözleşme ile en yakın irtibatlı hukuk devreden tarafın hukuku olmamaktadır. Bu da başta milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti ile çatışmakta ve en yakın irtibatlı hukuk kuralı ile korunmak istenen menfaatlere de aykırı olmaktadır. İşte bu durum, 2. fıkranın son cümlesinde düzenleme alanı bulan istisna kuralı ile yumuşatılmıştır. Bu bakımdan da hüküm, büyük önemi haizdir.

(1) İsviçre Hukuku

Daha sıkı ilişkili hukuk kuralı, sadece hukukumuzda öngörülmüş olan bir kural değildir. Farklı hukuk düzenlerinde de bu kurala yer verilmiştir. Bu noktada özellikle İsviçre hukuku düzenlemesi dikkat çekicidir. İsviçre hukukunda daha sıkı ilişkili hukuk kuralı düzenleme alanı bulmakla birlikte bu kural, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun "Genel Hükümler" başlığını taşıyan ilk bölümünün "İstisna Kızı" isimli 15. maddesinde düzenleme alanı bulmuş olup genel kural niteliğini haizdir. Doktrinde bu kuralın özellikle esnek olmayan ve soyut bağlama kurallarının neden olacağı sonuçlar bakımından

öngörüldüğü ve bu kural ile kamu düzeni müdahalesine kıyasla daha iyi sonuçlar elde edileceği kabul edilmektedir⁸¹³.

Maddede daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabilmesinin ancak, halin bütün şartları ele alındığında açık ve aşikâr bir biçimde objektif bağlama kuralı yardımıyla tespit edilen hukukla çok gevşek bir bağlantıya sahip olan uyuşmazlığın, başka bir hukuk ile çok daha yakın bir bağlantıda olması halinde mümkün olacağı belirtilmiştir⁸¹⁴. Daha açık bir ifadeyle bu madde uyarınca objektif bağlama kuralı ile tespit edilen hukuktan başka bir hukukun uygulanabilmesi için bu hukukun uyuşmazlıkla bağlantısının çok gevşek olması bunun yanında bir başka hukukun açık bir biçimde uyuşmazlıkla çok daha yakın bir bağlantıya sahip olması gerekir.

Burada dikkat çekilmesi gereken nokta İsviçre hukukunda daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının alelade şartlara bağlanmadığıdır. Öncelikle davaya uygulanacak hukukun uyuşmazlıkla olan bağlantısının çok gevşek olması aranır. Böylece kanun koyucu daha sıkı ilişkili hukuk müdahalesini sınırlamış ve bağlama kuralı ile tespit edilen yetkili hukukun uygulanmasını güvence altına almış bulunmaktadır⁸¹⁵. Bunun yanında yani, uygulanacak olan hukukun uyuşmazlıkla bağlantısının çok gevşek olduğunun tespiti yapıldıktan sonra; bu hukuka kıyasla uyuşmazlıkla çok daha yakın irtibatlı bir hukukun bulunması gerekmektedir. Ve temelde bunların hepsinin, hem yetkili hukukun uyuşmazlık ile bağlantısının gevşek olmasının hem de bir başka hukukun uyuşmazlıkla çok daha yakın irtibatlı olmasının, aşık ve aşikâr olması beklenmektedir. Ancak tüm bu şartların birlikte varlığı halinde 15. madde müdahalesinden bahsedilebilecektir.

Görüldüğü gibi daha sıkı ilişkili hukuk müdahalesi belirli ve görece ağır şartların varlığı halinde gündeme gelebilecektir. Bu noktada maddenin başlığında da yer verildiği

⁸¹³ Güngör, s. 149.

⁸¹⁴ Burada dikkat edilmesi gereken husus, daha sıkı ilişkili hukuk müdahalesinin ancak objektif bağlama kuralları bakımından gündeme geldiğidir. Gerçekten de tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları durumunda bu hukukun uyuşmazlığa bilanihaye uygulanacağı kabul edilir ve daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı önem taşımaz. Bu durum aynı zamanda taraf menfaatine verilen önemi de ortaya koymaktadır. Güngör, s. 149,152.

⁸¹⁵ Güngör, s. 152.

üzere bu müdahalenin istisnai nitelik taşıdığının söylenmesi gerekir⁸¹⁶. Bu madde ile kanun koyucu bağlama kurallarının tek düze olarak uygulanmasının önüne geçilmesini sağlamıştır⁸¹⁷.

Son tahlilde daha sıkı ilişkili hukukun genel hükümler kapsamında düzenlenmesinin sonucu olarak bu hükmün kanunda düzenlenen bütün bağlama kuralları bakımından uygulanabilir olduğunun söylenmesi gerekir. Bu bağlamda hüküm, fikri mülkiyet haklarına ilişkin özel hüküm niteliğini taşıyan 122. madde bakımından da uygulama alanı bulacak ve maddede öngörülen bağlama kuralına istisna teşkil edecektir. Buna göre kural fikri mülkiyet hakkını devreden tarafın hukukunun uygulanması olmakla birlikte; halin tüm şartları dikkate alındığında bu hukukun uyuşmazlıkla ilişkisinin çok gevşek ve başka bir hukukun örnek olarak hakkı devralan tarafın hukukunun çok daha yakın irtibatlı olduğu açık bir şekilde anlaşıyorsa sözleşmeye devreden tarafın hukuku değil sözleşme ile daha sıkı ilişkili olan devralan tarafın hukuku uygulanacaktır.

(2) Avrupa Birliği Hukuku

Daha sıkı ilişkili hukuk klozu, AB hukukunda da düzenleme alanı bulmuştur. Roma Konvansiyonu'nda sözleşmeler bakımından objektif bağlama kuralının düzenlendiği 4. maddenin 5. fıkrasında hüküm altına alınan daha sıkı ilişkili hukuk klozu, fıkraya göre, maddenin 2. fıkrasında öngörülen karakteristik edimin tespit edilememesi yahut halin şartlarından 2, 3 ve 4. fıkralarda öngörülen kriterlerle belirlenen hukuklardan daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunması durumunda uygulama alanı bulacaktır. Daha sıkı ilişkili hukukun en yakın irtibatlı hukukun tespiti bakımından bir basamak teşkil ettiği görüşü, Roma Konvansiyonu'na da kabul edilmiştir⁸¹⁸. Buna göre yukarıdaki fıkra da öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda daha sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı hükmü, 1. fıkradaki sözleşme ile en yakın irtibatlı hukukun uygulanmasından başka bir şey değildir⁸¹⁹. Gerçekten de hem 2. fıkra da bahsi geçen sözleşmeler bakımından genel kabul gören karakteristik edim formülizasyonu hem de 3. ve 4. fıkralarda yer verilen özel

⁸¹⁶ Harding, s. 156; Güngör, s. 155.

⁸¹⁷ Güngör, s. 159.

⁸¹⁸ Ferrari, s. 123; Stone, *Conflict of Laws*, s. 239.

⁸¹⁹ Stone, *Conflict of Laws*, s. 239; Güngör, s. 114.

karakteristik edimler en yakın irtibatlı hukukun tespiti bakımından karine teşkil etmektedir. Sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun olduğunun tespiti ise bu karinenin aksinin ispatlandığı anlamına gelir. Bu durumda daha sıkı ilişkili hukukun tatbiki, sözleşme ile en yakın irtibatlı hukukun uygulanmasından başka bir anlama gelmemektedir. Bu itibarla 5. fıkra hükmü, bahsi geçen fıkralar bakımından bir istisna kuralı olarak kabul edilmiş ve ancak uyumsuzluğun 1. fıkra ile birlikte yorumlanması yoluyla çözüme kavuşturulacağı söylenmiştir⁸²⁰.

Roma I Tüzüğü'nün "Hukuk Seçimi Olmayan Hallerde Uygulanacak Hukuk" başlıklı 4. maddesi ile Roma Konvansiyonu'ndan farklı bir düzenlemeye gidilmiştir⁸²¹. Burada, 1. ve 2. fıkralarda karakteristik edim teorisine yer verilmiş; ancak karakteristik edimin tespit edilememesi halinde en yakın irtibatlı hukukun uygulanacağı kabul edilmiştir⁸²². O halde burada en yakın irtibatlı hukuk, genel kural niteliğini haiz değildir. Ancak karakteristik edimin tespit edilememesi halinde başvurulacak bir bağlama kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında 3. fıkroda daha sıkı ilişkili hukuk klozu düzenleme alanı bulmuştur. Burada somut olayın şartları dikkate alındığında 1 ve 2. fıkralarda öngörülen karakteristik edim karinesi uyarınca tespit edilen hukuklardan açıkça daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda sözleşmeye bu hukukun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Tüzüğün önsözünde bu hükmün istisnai nitelik taşıdığı belirtilmiş; böylece mahkemelerin keyfi uygulamalarının önüne geçilmeye çalışılmıştır⁸²³. Önsözde yer alan düzenlemeye göre hüküm ancak, 1 ve 2. fıkralar bakımından karakteristik edimin tespit edilemediği hallerde uygulama alanı bulacak ve daha sıkı ilişkili hukuk, en yakın irtibatlı hukuk kuralı uyarınca tespit edilmeye çalışılacaktır.

Daha sıkı ilişkili hukuk klozu CLIP Prensiplerinde de yer almaktadır. Sözleşmeye uygulanacak hukukun düzenlendiği 3:502. maddenin 3. fıkrasında istisna kloxuna yer verilmiştir⁸²⁴. Buna göre, 2. fıkraya göre kesin bir belirleme yapılamadığı

⁸²⁰ GÜNGÖR, s. 115; FERRARI, s. 169 vd.; HILL ve SHUILLEABHAN, s. 232.

⁸²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. yuka. İkinci Bölüm, III, A, 3.

⁸²² M. 4/4; Bu husus ayrıca Tüzüğün önsözünde 20. paragrafta düzenleme alanı bulmuştur.

⁸²³ Önsöz paragraf 21.

⁸²⁴ m. 3:502: "If no clear decision can be made under paragraph 2 and the transfer or licence concerns intellectual property rights for only one State, it shall be presumed that the contract is most closely connected with that State. If

durumlarda, sözleşme tek bir ülke ile irtibat halinde ise en yakın irtibatlı ülkenin bu ülke olduğu kabul edilecek ve uyuşmazlığa bu ülkenin hukuku uygulanacaktır⁸²⁵. Sözleşmenin birden fazla ülke ile irtibat halinde bulunması durumunda ise eser sahibi, hakkı devreden yahut lisans verenin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun en yakın irtibatlı ülke olduğu kabul edilecektir. Burada fıkra ile devreden/lisans veren tarafın hukukunun uygulanması lehine bir karine ileri sürülmüştür. Bu karine, özellikle öngörüldüğü kıstaslar ile birlikte düşünüldüğünde belirliliği sağlaması bakımından önem teşkil eder. Gerçekten de birden çok ülke ile irtibat halinde bulunan sözleşmeler bakımından devreden/lisans veren tarafın hukukunun uygulanması uygulanacak hukuk bakımından tereddütleri ortadan kaldıracak ve kesinlik sağlayacaktır.

Daha sıkı ilişkili hukuk klozu hem hukukumuzca hem de hukuk düzenlerince kabul edilen bir istisna kuralı olup uyuşmazlıkla en yakın irtibatlı hukukun tespiti ve böylece milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması bakımından önemlidir. Ayrıca bu kural, telif hakkı sözleşmeleri için öngörülen objektif bağlama kuralının uygulanması sonucu ortaya çıkacak sorunların önüne geçmesi bakımından da dikkat çekicidir. Böylece hakkı yahut kullanım hakkını devreden tarafın hukukundan daha sıkı ilişkili görülen bir hukukun varlığı halinde bu hukukun uygulanması sağlanacaktır.

d. İşçilerin Meydana Getirdiği Eserlere Uygulanacak Hukuk

(1) Genel Olarak

Eser sahibi eserini meydana getirirken tamamen kendi hür iradesi ve duygularıyla hareket edebilir yahut eserini belirli bir iş ilişkisi çerçevesinde ve bu işinin ifası sırasında meydana getirmiş olabilir. Kıta Avrupası hukuk sistemindeki kabul uyarınca bir eser hangi saikle meydana getirilmiş olursa olsun eser sahibinin hakları bakımından bir değişiklik meydana gelmez. Daha açık bir ifadeyle bir kişi eserini ister

the transfer or licence concerns intellectual property rights for multiple States, it shall be presumed that the State with which the contract is most closely connected shall be the State in which the creator, transferor or licensor has her/his habitual residence at the time of conclusion of the contract."

⁸²⁵ Bu durumda en yakın irtibatlı ülkenin koruma ülkesi hukuku olduğu görüşü için bkz. European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, **Commentary**, s. 278.

işinin ifası sırasında isterse de bağımsız olarak meydana getirmiş olsun; eserin doğumu itibarıyla eser sahibi sıfatını kazanır ve bu eseri dolayısıyla telif hakkının bahşettiği mali ve manevi yetkilerin sahibi olur. Bu kabul, eser sahipliği bakımından kabul edilen “yaratma gerçeği ilkesinin” bir gereğidir.

Yaratma gerçeği ilkesi gereği, Türk hukukunda ve Kıta Avrupası hukukunda iş ilişkisi çerçevesinde oluşturulmuş eserler bakımından eser sahibi, eseri meydana getiren işçidir⁸²⁶. Türk hukukunda iş ilişkisi çerçevesinde meydana getirilen eserler bakımından eser sahibi, işçi olmakla birlikte bu eserler üzerindeki mali hakların kullanılması işverene bırakılmıştır⁸²⁷. Diğer bir deyişle Türk hukukuna göre işveren, işçinin eseri üzerindeki bu hakları herhangi bir sözleşmeye gerek olmaksızın kullanır. Hatta öyle ki bu eserler ile ilgili sözleşmelerde sözleşmenin devreden tarafı, her durum ve şartta işveren olmaktadır⁸²⁸.

Anglo-sakson hukukunda ise iş ilişkisi bünyesinde meydana getirilen eserler bakımından eser sahipliğinin aksine bir sözleşme olmadığı sürece işveren yahut işverenin bağlı bulunduğu tüzel kişilikte olduğu kabul edilmektedir⁸²⁹. Görüldüğü gibi hukuk sistemlerinde bu noktada bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Bu durum özellikle birden çok hukuk düzeni ile irtibat halinde bulunan ilişkilerde sorun teşkil edebilmektedir. Örneğin, merkezi Amerika Birleşik Devletleri’nde bulunan teknoloji şirketi Google’ın İrlanda ofisinde çalışan Türk bir mühendisin tasarladığı program üzerindeki eser sahipliği

⁸²⁶ Hal böyle olmakla birlikte Türk hukukunda işverenin bu eserler üzerindeki mali yetkileri kullanabileceği kabul edilmektedir. FSEK’in “Hakların Kullanılması” kenar başlıklı 18. maddesinin 2. fıkrasında düzenleme alanı bulunmuştur. Hükme göre, aksi öngörülmedikçe, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar işverenler yahut memurlar bakımından bu kişileri tayin edenlerce kullanılır. Burada maddede yer alan bir noktanın vurgulanması gerekir. Madde hükmünde bahsi geçen haklar, Kanun sistematigi düşünüldüğünde mali haklardan başkası değildir. Bu noktada işverenin kullanabileceği hakların mali haklar ile sınırlı olduğu unutulmamalıdır.

⁸²⁷ FSEK m. 18/2;

⁸²⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. yuka. Birinci Bölüm, III, E; Bu sebeple Türk hukukunun uygulandığı bir uyumsuzlukta MÖHUK m. 28/3 ün uygulama alanı bulmayacağı söylenmelidir. Çünkü işveren, herhangi bir sözleşmeye gerek olmaksızın meydana gelen eser üzerindeki mali hakların kullanım hakkını kanunen haizdir.

⁸²⁹ Anglo-sakson hukukunda bu kurum, “work made for hire” doktrini ile açıklanmaktadır. “Work made for hire” doktrini ilk defa Kolombiya Bölge Adliye Mahkemesinin 1989 tarihinde verdiği kararda ele alınmıştır. Karara konu olayda, The Community for Creative for Non-Violence (CCNV), James Reid isimli bir heykeltıraştan 1985 yılında Washington DC’de yapılacak olan yeni yıl töreninde sergilenmek amacıyla evsizlerin durumunu anlatan bir heykel yapmasını istemiştir. Heykelin teslimi sonrası taraflar arasında eser sahibinin kim olacağı hususunda uyumsuzluk çıkmış; karar daha sonra ABD Yüksek Mahkemesi’ne taşınmış, ABD Yüksek Mahkemesi de “work made for hire” doktrini uyarınca heykel üzerindeki eser sahipliğinin CCNV’de olduğuna hükmeden kararı onamıştır. Karar için bkz. US Supreme Court, (1989) 490 US 730, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/730/> (08 Ağustos 2018).

yahut bu eser üzerindeki hakların işverene devri gibi kompleks durumlarda hangi hukukun uygulanacağını belirlenmesi gerekir. Burada birbiriyle ilintili olmakla birlikte birbirinden ayrı düzenlemeleri bulunan iki ilişki göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, mühendis ve işvereni arasında bulunan iş ilişkisidir. Bunun yanında eser üzerindeki hakların devri söz konusu olduğu için telif hakkı sözleşmesi de gündeme gelmektedir. Bu durumda öncelikle uygulanacak hukukun tespiti bakımından hangi ilişkinin esas alınacağını belirlenmesi gerekmektedir.

(a) İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda bu husus Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerin düzenlendiği 122. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir⁸³⁰. Bu fıkra işçinin işinin ifası sırasında meydana getirdiği eserler ile ilgili olarak işçi ve işveren arasında yapılan sözleşmelerin iş sözleşmesine uygulanacak hukuka tabi olacağı hüküm altına alınmıştır. İsviçre hukuku, işçi ve işveren arasındaki sözleşmeler bakımından iş sözleşmesine uygulanacak hukuku yetkili kılmış; böylece bu ikili ilişkide uygulanacak hukuk bakımından tercih hakkını fikri mülkiyet hakkı sözleşmesinden değil; iş sözleşmesinden yana kullanmıştır. Aslında bu tercih, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine de uygundur. Her ne kadar ilk bakışta bu sözleşmenin konusu itibarıyla fikri mülkiyet haklarıyla ilgili olduğu ve fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuka tabi olması gerektiği düşünülse de tarafların arasındaki iş ilişkisi sebebiyle iş sözleşmesine uygulanacak hukuk bu sözleşme ile daha yakın irtibatlıdır. Hatta kanaatimizce böyle bir hüküm hiç olmasa dahi daha sıkı ilişkili kloz yardımıyla bu sözleşmeler bakımından iş sözleşmesinin tabi olduğu hukuk uygulama alanı bulabilir.

⁸³⁰ M. 122 (3): “Agreements made between an employer and an employee concerning intellectual property rights to inventions made by the employee in the course of performing his or her work are governed by the law applicable to the employment contract.”

(b) Avrupa Birliği Hukuku

Roma I Tüzüğü'nde işçi ve işveren arasında yapılan fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler bakımından özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada AB hukukunda bu nitelikteki sözleşmelerin hangi bağlama kuralı esas alınarak çözümleneceğinin tespit edilmesi gerekir. Yukarıda ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere bu düzenlemelerde fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler ile ilgili de özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sözleşmeler bakımından uygulanacak hukukun tespiti genel kurallar çerçevesinde yapılmaktadır. İş sözleşmeleri bakımından ise her iki düzenlemede de özel hüküm bulunmaktadır⁸³¹. O halde bu sözleşmeler iş sözleşmesi esas alınarak mı yoksa genel hüküm uyarınca mı çözüme kavuşturulmalıdır, sorusunu cevaplamak gerekir. Kanaatimizce, taraflar arasında iş ilişkisinin önceliği ve taraflarla irtibatı dikkate alındığında iş sözleşmesinin tabi olduğu hukukun genel sözleşme kuralı ile tespit edilecek hukuktan daha yakın irtibatlı olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple bu sözleşmeler bakımından Birlik üyesi devletlerce iş sözleşmesinin tabi olduğu hukuk uygulama alanı bulmalıdır.

(c) Türk Hukuku

Türk hukukuna bakıldığında MÖHUK'da gerek iş sözleşmeleri ve fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler gerekse iş ilişkisi çerçevesinde oluşturulmuş fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler ile ilgili özel düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukun düzenlendiği 28. maddenin 3. fıkrasında işçinin belirli bir iş sözleşmesi uyarınca ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikri ürünler ile ilgili sözleşmelerin iş sözleşmesine uygulanacak hukuka tabi olduğu yer almaktadır. İş sözleşmesine uygulanacak hukuk ise Kanunun 27. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur⁸³².

⁸³¹ Bkz. Roma I Tüzüğü m. 8.

⁸³² m. 27: “(1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.

(3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

(2) İş Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuk

İş sözleşmesi, en temel tabirle sözleşmenin bir tarafının bağımlı olarak bir işi görmeyi diğer tarafının ise bunun karşılığı olarak ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir⁸³³. Bu sözleşmenin bağımlı olarak iş görmeyi kabul eden tarafı işçi⁸³⁴, kendisine bağlı olarak iş gördüren ve bunun karşılığında belirli bir ücret ödeyen tarafı ise işveren⁸³⁵ olarak adlandırılmaktadır. Bu noktada ilk önce sözleşmenin kurulmasındaki saikler bakımından inceleme yapmak yerinde olacaktır. İşçinin böyle bir sözleşme yapmaktaki amacı ekonomik menfaat sağlamaktır. Ancak buradaki ekonomik menfaat, diğer sözleşmelere nazaran daha hayati bir nitelik taşır. Çünkü burada çoğu zaman işçi, hayatını idame ettirmek için gerekli olan kazancı elde etme saikiyle hareket etmektedir. Bu bakımdan iş sözleşmesinin kurulması, işçi açısından bir zaruret içermektedir. Buna karşın işveren için önemli olan işin gördürülmesi olup çoğunlukla işi görececek kişi bakımından dahi herhangi bir nitelik aramamaktadır. İş sözleşmesinin kurulmasının saikleri bu şekilde olmakla birlikte sözleşme kurulduktan sonra da işçi, işverene bağımlı olarak daha açık bir ifadeyle emir ve talimatlarına bağlı olarak hizmet görmektedir. Görüldüğü gibi bu sözleşme bakımından tarafların ne sözleşmeden bekledikleri yarar ne de konumları birbirine eşittir. Öyleyse sözleşmenin taraflarının eşit pazarlık gücüne sahip olduğundan bahsetmek abesle iştigal olacaktır⁸³⁶. Tarafların sözleşmedeki konumlarının birbirine eşit olmaması durumunda sözleşmenin güçlü tarafına nazaran korunmaya muhtaç olan pazarlık gücü az taraf, zayıf taraf olarak nitelendirilir. Nitekim iş hukukunda da bu husus yansımasını bulmuş ve işçinin korunması ilkesi gündeme gelmiştir⁸³⁷.

(4) Ancak halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.”

⁸³³ Bu tanım, Türk hukukunda İş Kanunu’nun 8. maddesinde yer almaktadır. Tunçomağ ve Centel, s. 67; Süzek, s. 235; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 145.

⁸³⁴ Süzek, s. 137; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 69; Tunçomağ ve Centel, s. 46.

⁸³⁵ Tunçomağ ve Centel, s. 55; Süzek, s. 146; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 79.

⁸³⁶ Doğa Elçin, *Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 37; Nomer, s. 342-343.

⁸³⁷ İşçinin korunması ilkesi için bkz. Süzek, s. 15 vd.; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, 2016, s. 21 vd.; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı*, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara: LykeidonYayımları, 2017, s. 5 vd.; Tunçomağ ve Centel, s. 10.

Sözleşmeler bakımından temel prensip olan sözleşme özgürlüğü ve bunun milletlerarası özel hukuktaki görünüm biçimi olan irade muhtariyeti prensibi ise sözleşmenin taraflarının birbiri ile eşit oldukları kabulüne dayanır⁸³⁸. İş sözleşmesi gibi tarafların birbiri ile eşit olmadığı sözleşmeler bakımından irade muhtariyeti prensibinin mutlak olarak uygulanmasının zayıf taraf olarak nitelendirilen sözleşmenin pazarlık gücü az tarafının aleyhine olacağı aşikardır. O halde zayıf tarafın hak kayıplarının önlenmesi için bu tarafın güçlü tarafa nazaran korunması gerekir⁸³⁹.

Zayıf tarafın korunması prensibi, maddi hukukun olduğu kadar milletlerarası özel hukukun da temel prensiplerinden biridir. Öyle ki bu prensip eşit olmayan taraflar arasında yapılan sözleşmeler bakımından hukuk seçiminden yetkili mahkemenin tayinine kadar irade muhtariyeti prensibinin hüküm sürdüğü her meselede gündeme gelmektedir⁸⁴⁰. Bunun yanında bağlama kurallarının tespiti bakımından da bu prensibin dikkate alındığı görülmektedir. İş sözleşmelerinin tabi olduğu hukuk bakımından öngörülen bağlama kuralı zayıf tarafın korunması prensibinin en iyi örneğidir. Öyle ki bu sözleşme tipi bakımından özel hüküm getirilmesinin sebebi de sözleşmede zayıf taraf olan işçinin korunmasından başka bir şey değildir. O halde bu noktada hukuk sistemlerinde iş sözleşmesine uygulanacak hukuk bağlama kuralının ele alınış tarzını incelemek yerinde olacaktır.

⁸³⁸ Elçin, s. 36.

⁸³⁹ Bu koruma maddi hukuk bakımından asgari çalışma standartlarının, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işe alım ve işin devamında ayrımcılığın önlenmesi için getirilen emredici hükümlerle sağlanmaktadır. Elçin, s. 39; Gerçekten de iş sözleşmeleri mahiyetleri gereği kamu hukuku karakteri baskın olan sözleşmelerdir. Bu sebeple bu sözleşmeler ile ilgili düzenlemelerin birçoğu emredici niteliktedir. Maddi hukuk bakımından emredici nitelikteki bu hükümlerin milletlerarası özel hukuktaki görünüm biçiminin ne olduğu ise tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş bu hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunu kabul ederken; diğer görüş bu kuralların topyekûn doğrudan uygulanan kural olduğunu kabul etmenin milletlerarası özel hukukun uygulanmasını engelleyeceğini kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Stone, **Conflict of Laws**, s. 273; Elçin, s. 189; Vahit Doğan, **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s. 115 vd. (İş Akdi); Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 290; Can ve Toker, s. 302-303; Nomer, s. 344.

⁸⁴⁰ Doktrinde “Yararlılık İlkesi” olarak da adlandırılan zayıf tarafın korunması prensibi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Vahit Doğan, “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması”, **MHB**, Y. 1995, C. 15, S. 1-2, s. 21 vd.; Ayrıca iş sözleşmesi bakımından uygulanacak bütün emredici hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olmadığı görüşü için bkz. Tarman, **İş Sözleşmesi**, s. 541-542; Milletlerarası özel hukukta zayıf tarafın korunması prensibinin hüküm sürdüğü sözleşmeler; iş sözleşmeleri, sigorta sözleşmeleri ve tüketici sözleşmeleridir. Ayrıca bu prensip uyarınca konulan hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 101 vd.; Hatice Özdemir Kocasakal, “Doğrudan Uygulanan Kurallar”, Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Güntüslü Tunçağıl (Ed.) **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu 7-8 Aralık 2017, Ankara** (içinde 48-85), Ankara: Adalet Yayınevi. 2018, s. 54 vd..

(a) İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 121. maddesinde düzenlenen ve iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti için getirilen hükme göre, iş sözleşmeleri işçinin işini mutad olarak ifa ettiği ülke hukukuna tabidir. Gerçekten de işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku tarafların akdettikleri sözleşme ile en yakın irtibatlı ülkedir⁸⁴¹. Bunun yanında işyerinin bulunduğu ülkenin doğrudan uygulanan kural niteliğinde kabul edilen emredici nitelikteki kurallarının iş sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulacağı düşünüldüğünde yabancı bir hukuka nazaran mutad işyeri hukukunun uygulanmasının daha yerinde olduğu ortaya çıkacaktır⁸⁴². Çünkü aksi bir durumda işyerinin bulunduğu ülkenin doğrudan uygulanan kuralları, bağlama kuralı ile öngörülen hukukun uygulanması engelleyebilecektir. Ayrıca iş sözleşmeleri bakımından mutad işyeri hukukunun uygulanması aynı işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlıklarda aynı hukukun uygulanması anlamına gelmektedir⁸⁴³. Özellikle işçinin şahsi statüsü gibi kişiden kişiye değişebilecek bir bağlama kuralının öngörülmesi varsayımında aynı fiil bakımından farklı uygulamaların ortaya çıkması mümkün olabileceken; mutad işyeri hukukunun uygulanması yeknesak uygulamaların oluşmasına yardımcı olacaktır.

İşçi, işini mutad olarak birden fazla ülkede ifa ediyorsa mutad işyeri hukukunun tespitinin yapılması mümkün değildir. Bu durum, Kanunun 121. maddesinin 2. fıkrasında düzenleme alanı bulmuştur. Hükme göre, işçinin işini mutaden birden fazla ülkede ifa etmesi durumunda işverenin işyerinin merkezinin bulunduğu ülke hukuku; işverenin işyeri merkezinin bulunmaması durumunda ise işverenin ikametgahının yahut mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku yetkili olacaktır.

⁸⁴¹ Vahit Doğan, “5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2 Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, s. 119, (5718 sayılı Kanun); Zeynep Derya Tarman, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **AÜHFD**, Y. 2010, C. 59, S. 2, s. 530, (İş Sözleşmesi); Elçin, s. 120.

⁸⁴² Çelikel ve Erdem, s. 412; Can ve Toker, s. 303.

⁸⁴³ Elçin, s. 120; Çelikel ve Erdem, s. 412.

Son olarak maddenin üçüncü fıkrasında taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Ancak, taraflara verilen bu hukuk seçimi imkânı, zayıf tarafın korunması prensibi uyarınca sınırlandırılmıştır. Fıkarda, tarafların seçebilecekleri hukuklar bakımından sayım yoluna gidilmiş ve taraflara bu hukuklar arasında seçim yapabilme yetkisi verilmiştir. Buna göre, taraflar ancak işçinin mutad meskeninin, işverenin işyeri merkezinin yahut işverenin ikametgahı veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuklarından birini hukuk seçimine konu yapabilirler. Hukuk seçimi ile bu hukukların dışında bir ülkenin hukukunun yetkilendirilmesi mümkün değildir. Burada dikkat çekilmesi gereken nokta getirilen sınırlama ile maddede öngörülen objektif bağlama noktalarının dışına çıkılmamış olmasıdır. Bir başka ifadeyle kanun koyucu iş sözleşmesi bakımından uygulanacak hukuku her hal ve şartta kendi öngördüğü hukuklarla sınırlamış; hukuk seçimi ile dahi bu hukukların dışına çıkılmasına müsaade etmemiştir⁸⁴⁴.

(b) Avrupa Birliği Hukuku

İş sözleşmelerine uygulanacak hukuk Roma I Tüzüğü'nün 8. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. “Bireysel iş sözleşmeleri” başlığı taşıyan madde için ilk söylenmesi gereken şey, maddenin toplu iş sözleşmelerini kapsamadığı, kapsam bakımından sınırlamaya gidildiğidir. İlk fıkarda maddede öngörülen bağlama kurallarının asgari koruması saklı kalmak kaydıyla hukuk seçimi yapılabileceği öngörülmüştür⁸⁴⁵. Yani burada zayıf tarafın korunması prensibi dikkate alınmış ve hukuk seçiminin maddenin 2. fıkrasında yer alan objektif bağlama kuralı ile belirlenen hukukun emredici kurallarının işçiye sağladığı korumayı bertaraf etmeyeceği düzenlenmiştir. Daha açık bir ifade ile iş sözleşmesi bakımından tarafların irade muhtariyetleri tamamen ortadan kaldırılmamış; taraflara hukuk seçimi imkânı verilmiştir.

⁸⁴⁴ Doğan, **5718 sayılı Kanun**, s. 111; Vahit Doğan, “5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün’e Armağan**, GÜHFD, Y. 2007, C. 11, S. 1-2, s. 149 (Uygulanacak Hukukun Tespiti).

⁸⁴⁵ Roma I Tüzüğü m. 8/1: “*An individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3. Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraphs 2, 3 and 4 of this Article.*”.

Hukuk seçiminin yapılmamış olması hali maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde sözleşmeye işçinin işini mutaden hangi ülkede yerine getiriyorsa o ülkenin hukuku uygulanacak; işçinin işini geçici olarak mutad ifa yerinden başka bir ülkede yapması, sözleşmeye uygulanacak hukuk bakımından bir farklılık oluşturmayacaktır⁸⁴⁶. Fıkra bu durum, İsviçre hukuku ile benzer bir şekilde iki opsiyonlu olarak düzenlenmiştir. Buna göre, iş sözleşmesi işçinin işini mutaden ifa ettiği ülke hukukuna tabidir. Öyle ki işçinin geçici olarak işini başka bir ülkede ifa etmesi mutad işyerini değiştirmez. Burada geçici ifanın ne şekilde tespit edileceğinin açıklanması gerekir. Doktrinde bir görüş, geçiciliğin tespitinin tarafların iradesi dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiğini savunurken; diğer görüş iş sözleşmesinin niteliği dikkate alınarak ifanın geçici olup olmadığının tespitinin yapılması gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁴⁷. Kanaatimizce geçicilik bakımından öncelikle tarafların iradesinin dikkate alınması gerekecektir. Tarafların iradesinin ne yönde olduğu tespit edilemiyorsa bu durumda iş sözleşmesinin niteliğini incelemek yerinde olabilir.

3. fıkra işçinin işini mutaden yerine getirdiği ülke hukukunun belirlenememesi durumu düzenlenmiştir⁸⁴⁸. Bu hal, işçinin işini birden fazla ülkede birden yerine getirmesi sebebiyle olabileceği gibi işin mutaden belirli bir yerde yerine getirilmemesi yahut mutaden ifa edildiği yerin tespit edilememesi sebebiyle de olabilir⁸⁴⁹. Böyle bir varsayımda sözleşmeye uygulanacak hukuk, işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu ülke hukuku olacaktır. Görüldüğü gibi burada mutad işyeri hukukundan sapma bakımından geniş bir çerçeve çizilmiş bulunmaktadır. Son fıkra ise istisna klotuna yer verilmiş, halin şartları dikkate alındığında sözleşme ile daha yakın irtibatlı bir ülkenin bulunması durumunda bu ülkenin hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

⁸⁴⁶ Roma I Tüzüğü m. 8/2: “To the extent that the law applicable to the individual employment contract has not been chosen by the parties, the contract shall be governed by the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract. The country where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he is temporarily employed in another country.”.

⁸⁴⁷ Doğan, **Uygulanacak Hukukun Tespiti**, s. 160; Doğan, **5718 sayılı Kanun**, s. 120.

⁸⁴⁸ Roma I Tüzüğü m. 8/3: “Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 2, the contract shall be governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated.”.

⁸⁴⁹ Elçin, s. 138.

(c) Türk Hukuku

Türk hukukunda iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK'un 27. maddesinde özel bir madde ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme, AB hukuku düzenlemeleri ile aynı doğrultudadır. Maddenin 1. fıkrası ile taraflara hukuk seçimi imkânı verilmiştir. Hukuk seçimi bakımından zayıf tarafın korunması prensibi dikkate alınmış ve seçimin işçinin mutad işyerinin bulunduğu ülkenin emredici hükümlerinin asgari koruması saklı kalmak kaydıyla yapılabileceği öngörülmüştür. Maddede öngörülen objektif bağlama noktaları da uluslararası düzenlemelerle paralel olarak mutad işyeri hukuku, işverenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku ve daha sıkı ilişkili hukuktur. Buna göre tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde genel kural sözleşmeye işçinin işini mutad olarak yaptığı işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağıdır. Mutad işyerinin belirlenmesi bakımından işçinin geçici olarak başka bir ülkede çalışmasının dikkate alınmayacağı, bu durumun mutad işyerini değiştirmeyeceği de maddede düzenlenmiştir⁸⁵⁰.

İşçinin işini birden fazla ülkede yapması bir diğer deyişle mutad işyerinin tek bir ülkede bulunmaması halinde iş sözleşmesine uygulanacak hukuk işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukudur⁸⁵¹. Maddenin 3. fıkrasında yer alan bu düzenleme ile mutad işyerinin belirlenememesi halinde uygulanacak hukuk tespit edilmiş olmaktadır. Son olarak 4. fıkrada halin bütün şartları dikkate alındığında daha sıkı ilişkili bir ülkenin bulunması halinde sözleşmeye bu ülke hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

İş sözleşmesine uygulanacak hukuk ulusal ve ulusüstü hukuk sistemlerinde genel hatları ile bu şekilde düzenlenmiştir. Yukarıda anlatıldığı gibi bir fikri ürünün iş sözleşmesi kapsamında ve işin ifası sırasında meydana gelmesi sıklıkla karşılaşılabilecek bir meseledir. Öyle ki bir reklam şirketinde çalışan kişilerin yazdıkları reklam metinleri yahut bilgisayar programı tasarlayan mühendislerin yazılımları yani bu kişilerin işleri

⁸⁵⁰ Doğan, **Uygulanacak Hukukun Tespiti**, s. 159-160; Doğan, **5718 sayılı Kanun**, s. 119-120; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 292; Can ve Toker, s. 304; Nomer, s. 346; Tarman, **İş Sözleşmeleri**, s. 535.

⁸⁵¹ Türk hukukunda işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülke hukuku bağlama noktası yerine işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku bağlama noktası tercih edilmiştir. Bu iki bağlama noktasının birbirinden farklı hukuklara tekabül etmektedir. Gerçekten de işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülke ile işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke pek tabii birbirinden farklı olabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Elçin, s. 142 vd.; Nomer, s. 348-349.

gereği ürettikleri şeyler eser niteliğini haiz ise fikri hukuk koruması altındadır. İşbu eserler ile ilgili olarak işverenleri ile yaptıkları sözleşmeler ise MÖHUK m. 28/3 uyarınca iş sözleşmelerinin tabi olduğu hukuk uyarınca çözüme kavuşturulur. Bu sözleşmeler bakımından iş sözleşmesinin tabi olduğu hukukun uygulanması, işçi ve işveren ilişkisinin tek bir hukuka tabi kılınması açısından da yerindedir.

C. SÖZLEŞME YAPMA EHLİYETİNE UYGULANACAK HUKUK

Sözleşme yapma ehliyeti, tarafların akdetmek istedikleri yahut akdettikleri sözleşmeler bakımından bu sözleşmeyi kurmaya yetkili olup olmadıkları incelemesidir. Gerçekten de tarafların akdetmek istedikleri sözleşmeler bakımından ehil olup olmadıkları sözleşmelerin geçerliliği bakımından incelenmesi gereken bir mesele olup sözleşme statüsü dışında kalmaktadır. Sözleşmenin geçerliliği incelenmesi yapılırken bakılacak ilk unsur olan ehliyetin, milletlerarası nitelikli sözleşmeler söz konusu olduğunda hangi hukuka göre belirleneceğinin tespit edilmesi gerekir. Hukuk düzenlerinde ehliyet, şahsi statüye tabi tutulmuştur. Buna göre kişinin ehliyetli olup olmadığının tespiti bakımından milli hukuk, mutad mesken hukuku yahut ikametgâh hukuku bağlama noktaları yetkili görülmüştür. Görüldüğü gibi ehliyete uygulanacak hukuk belirlenirken bu kurumun kişiyle yakın irtibatı göz önünde bulundurularak taraf menfaati esas alınmıştır⁸⁵². Ancak sözleşmeler bakımından taraf menfaatinin dışında işlem menfaati gibi başka menfaatler de gündeme gelebilmektedir. Bu sebeple de sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk ile sözleşme yapma ehliyetine uygulanacak hukukun birbirinden farklı olması ve bu hukukların tespitinin farklı bağlama noktalarına tabi olması yerindedir⁸⁵³.

Yukarıda açıklandığı üzere ehliyetin şahsi statüye tabi olduğu kabul edilmektedir. Hal böyle olmakla birlikte söz konusu sözleşme yapma ehliyeti olduğunda ehliyet bakımından hangi tarafın hukukunun esas alınacağının da tespit edilmesi gerekir. Bilindiği gibi sözleşme, karşılıklı bir hukuki ilişki olup her iki tarafın da sözleşme yapmaya ehil olması gerekir. Bu durumda tarafların kendi hukukları bakımından ehil

⁸⁵² Tekinalp ve Uyanık, s. 53; Akıncı, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 52; Çörtoğlu Koca, *Teknoloji Transfer Sözleşmeleri*, s. 178.

⁸⁵³ Akıncı, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, s. 53; Çörtoğlu Koca, *Teknoloji Transfer Sözleşmeleri*, s. 180.

olmakla birlikte karşı tarafın hukuku uyarınca ehliyetleri olmaması durumunda ne olacağı çözümlenmesi gereken bir meseledir⁸⁵⁴. Burada kuşkusuz akla en yakın olan çözüm, her bir tarafın ehliyet bakımından kendi hukukuna tabi olduğunun kabul edilmesidir.

1. Avrupa Birliği Hukuku

AB hukukunda ehliyet konusu Roma I Tüzüğü'nün kapsamı dışında tutulmuştur⁸⁵⁵. Bunun sebebi ehliyetin taraf menfaatiyle ilgili bir mesele olarak görülmesidir⁸⁵⁶. Buna göre, sözleşme yapma ehliyeti Birlik üyesi devletlerin kendi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca çözüme kavuşturulacaktır⁸⁵⁷. Bununla birlikte tarafların ehliyetsizlik iddiasının hangi hukuk uyarınca çözümleneceği Roma I Tüzüğü'nde düzenlenmiştir. Bu maddeler ile tarafların sözleşme yapma ehliyeti değil; ehliyetsizlik durumunda sözleşmenin ne şartlarda ayakta tutulacağı ve ehliyetsizlik iddiasının ne şartlarda dinlenebileceği düzenlemesi yapılmıştır. Buna göre, aynı ülkede bulunan iki gerçek kişi arasında yapılan sözleşmede taraflar sözleşmenin kuruluş yeri hukukuna göre ehil olmakla birlikte taraflardan biri herhangi başka bir hukuka göre ehliyetsiz ise; bu taraf ancak maddede öngörülen şartın gerçekleşmesi halinde ehliyetsizlik iddiasında bulunabilecektir. Bu şart; karşı tarafın ehliyetsizlik iddiasında bulunan tarafın ehliyetsiz olduğunu sözleşme kuruluyorken bilmesi yahut bilebilecek durumda olmakla birlikte kendi ihmali dolayısıyla bilemiyor olmasıdır.

2. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku

ABD hukukunda sözleşme yapma ehliyeti, İkinci Restatement'ın 198. paragrafında sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabi kılınmıştır⁸⁵⁸. Bununla birlikte, tarafların kendi ikametgâh hukuklarına göre ehliyetlerinin bulunması durumunda sözleşme yapma ehliyetlerinin olduğu kabul edilir.

⁸⁵⁴ Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 178.

⁸⁵⁵ Bkz. Roma I Tüzüğü m. 1/1.

⁸⁵⁶ Calliess, s. 323; Ferrari, s. 425; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 178.

⁸⁵⁷ Ferrari, s. 62; Ekşi, **Roma Konvansiyonu**, s. 139.

⁸⁵⁸ Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk Restatement'ın 188. paragrafında düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. yuka. dn. 626.

3. Türk Hukuku

Türk hukukunda fikri mülkiyet hakları düzenlemesinin yer aldığı 28. maddede ehliyet ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple telif hakkı sözleşmesi bakımından tarafların ehliyetine uygulanacak hukukun ehliyet ile ilgili genel düzenleme olan MÖHUK'un 9. maddesi uyarınca çözüme kavuşturulacağı kabul edilmektedir. Maddenin 1. fıkrasında gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti düzenlenmiştir. Bu noktada hak ehliyeti ve fiil ehliyetinin ne olduğunun açıklanması gerekir. Türk hukukunda hak ehliyeti, TMK'nın 28. maddesinde düzenlenmiş olup kişinin sağ ve tam doğması şartı ile ana rahmine düştüğü andan itibaren hukuk düzeninin ona sağladığı haklara sahip olma ehliyetidir⁸⁵⁹. Fiil ehliyeti ise, TMK m. 9'da düzenlenmiş olup ergin ve ayırt etme şartını sağlamak koşuluyla TMK m. 28 uyarınca kendisine tanınan hakları kullanma ehliyeti olarak tanımlanabilir⁸⁶⁰. Sözleşme yapma ehliyeti, fiil ehliyeti kapsamında olup bu madde uyarınca gerçek kişiler bakımından sözleşme yapma ehliyeti tarafların her birinin kendi milli hukuklarına tabi kılınmıştır⁸⁶¹.

Maddenin 2. fıkrasında gerçek kişiler bakımından milli hukuk bağlama noktasının istisnası niteliğinde bir düzenleme yer almaktadır⁸⁶². Fıkra kendi milli hukukları uyarınca ehil olmayan ve fakat sözleşmenin akdedildiği yer uyarınca ehil olan tarafların yaptıkları sözleşmelerin geçerli olacağı kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi burada ehliyet bakımından milli hukuk bağlama noktasından dışarı çıkmış ve sözleşmenin kurulduğu yer bağlama noktasının uygulanacağı öngörülmüştür. Şüphesiz ki bu bağlama noktası ancak fıkra öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde uygulama alanı bulacaktır. Böyle bir istisnanın kabul edilmesinin sebebi, kişilerin sözleşmenin kurulduğu

⁸⁵⁹ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 16. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016, s. 42; Doğan, s. 248-249; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, s. 39; Hüseyin Hatemi, **Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 4; Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, 8. Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017, s. 43; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Birinci Cilt, Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2016, s. 267; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, **Kişiler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 49; Nomer, s. 217-218.

⁸⁶⁰ Haluk N. Nomer, s. 69; Doğan, s. 254; Hatemi, s. 14; Dural ve Ögüz, s. 47; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 279; Ayan ve Ayan, s. 50; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 49; Helvacı, s. 49; Nomer, s. 221.

⁸⁶¹ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 110; Nomer, s. 222; Çelikel ve Erdem, s. 204; Helvacı, s. 50; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 51; Dural ve Ögüz, s. 50; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 283; Ayan ve Ayan, s. 51.

⁸⁶² Nomer, s. 224; Bu fıkranın işlem güvenliğinin ağır bastığı durumlarda tüzel kişiler bakımından da uygulama alanı bulabileceği görüşü için bkz. Tekinalp ve Uyanık, s. 81; Nomer, s. 224.

yer bakımından ehil olarak gördükleri ve buna güvenerek yaptıkları işlemlerin ayakta tutulmaya çalışılmasıdır. Bu husus, işlem güvenliği prensibi olarak adlandırılmakta olup farklı hukuk düzenlerince de kabul edilmiş bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁶³.

İşlem güvenliği prensibi, milletlerarası nitelikli sözleşmeler bakımından oldukça önemli bir husustur. Çünkü hemen hemen her hususta olduğu gibi ehliyet konusunda da hukuk sistemlerinde farklı düzenlemeler öngörülmektedir. Ve her durumda sözleşmenin taraflarından bu düzenlemeleri bilmeleri beklenemeyecektir. Özellikle sözleşmenin kurulduğu yer bakımından herhangi bir ehliyet probleminin görülmediği durumlarda kişinin kendi hukukuna göre ehliyetsiz olması problem yaratabilecek ve tarafların sözleşme yapma isteklerine set vurabilecektir. Bu durumlarda sözleşmenin kurulduğu yer hukukuna da etki tanımak hakkaniyete uygun olacak ve tarafları sözleşme yapmaya teşvik edecektir⁸⁶⁴.

Maddenin 3. fıkrasında statü değişikliğinin kazanılmış fiil ehliyetini etkilemeyeceği düzenlenmiştir; 4. fıkra ise tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri düzenlenmesine yer verilmiştir. Buna göre, tüzel kişilerin yahut kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir⁸⁶⁵. Fıkranın devamında fiili idare merkezinin Türkiye’de bulunması hali düzenleme alanı bulmuştur. Bu durumda yani tüzel kişinin statüsündeki idare merkezi başka bir ülkede bulunmakla birlikte fiili idare merkezinin Türkiye’de bulunması durumunda tüzel kişinin ehliyeti bakımından Türk hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. Son fıkra ise statüsü olmayan tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kişi ve mal topluluklarının fiil ehliyeti düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre bu durumda ehliyet, fiili idare merkezi uyarınca tespit edilecektir.

⁸⁶³ İşlem güvenliği prensibi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp ve Uyanık s. 65; Doğan, s. 258 vd.; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 159; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 114-115; Nomer, s. 224 vd.; Çelikel ve Erdem, s. 35-36, 209 vd.; Can ve Toker, s. 177.

⁸⁶⁴ Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 160.

⁸⁶⁵ Tüzel kişilerin ehliyeti bakımından doktrinde; kuruluş yeri, idare merkezi, işlem merkezi ve kontrol yeri merkezi olmak üzere dört kriter ileri sürülmüştür. Kanun koyucular hukuk politikaları ışığında tüzel kişilerin ehliyeti bakımından istediği kriteri seçmekte serbesttir. Bu hüküm uyarınca hukukumuzda tüzel kişiler bakımından ehliyetin tespitinde idare merkezi kriterinin esas alındığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uluocak, **Tabiiyet**, s. 8 vd.; Çelikel ve Erdem, s. 211 vd.; Nomer, s. 231; Doğan, s. 261 vd.; Göğer, s. 166-167; Tekinalp ve Uyanık, s. 73 vd.; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 116; Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetlerinin kapsamı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 278 vd., Ayan ve Ayan, s. 205 vd.; Dural ve Ögüz, s. 240 vd.; Akipek, Akıntürk ve Ateş, s. 540 vd..

Ehliyet bakımından genel bilgiler bu şekilde olmakla birlikte doktrinde genel ehliyet kurallarının dışında fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler bakımından özel bir sözleşme ehliyetinin olacağı öngörülmüştür⁸⁶⁶. Burada bahsi geçen ehliyet, sözleşmelerin taraflarını tespit bakımından öngörülmüş olup bu sözleşmeler bakımından hangi tarafın devreden hangi tarafın devralan olduğunun koruma ülkesi hukukunca tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁶⁷. Ancak bu görüş genel manası ile sınai mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler etrafında toplanmış olup telif hakkına ilişkin sözleşmeler bakımından böyle bir tespite ihtiyaç duyulmamıştır.

Son olarak sözleşme yapma ehliyeti bakımından incelenmesi gereken mesele, sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulan irade muhtariyeti prensibi ve buna bağlı olarak yapılan hukuk seçiminin sözleşme yapma ehliyeti bakımından da uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bu noktada doktrinde bir görüş, sözleşmenin esas bakımından bir hukuk seçimi yapılmışsa bu hukuk seçiminin sözleşme yapma ehliyetini de kapsayacağı ve tarafların ehliyetli olup olmadıklarının bu hukuk uyarınca tespit edileceğini ileri sürmektedir⁸⁶⁸. Kanımızca yapılan hukuk seçimi, sözleşmenin esasına yönelik olup ehliyet, bu kapsamın dışında kalmaktadır. Kaldı ki ehliyet bakımından hukuk seçiminin mümkün olabileceğini ileri süren görüş de hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda uygulanacak hukukun tespiti bakımından genel ehliyet düzenlemesine atıf yapmaktadır⁸⁶⁹. Bu da çelişkili bir durum yaratmaktadır. Hukuk seçiminin olduğu durumlarda sözleşme statüsüne tabi olan konunun; böyle bir seçim olmadığında genel ehliyet kuralına geri dönmesi aynı konu bakımından iki ayrı statünün uygulanacağı anlamına gelip yeknesaklıktan uzaktır.

Ehliyet ile ilgili genel hükümler bu şekilde olmakla birlikte telif hakkı sözleşmelerinde ehliyet bakımından incelenmesi gereken özellikli meseleler bulunmaktadır. Ehliyet, MÖHUK m. 9 uyarınca gerçek kişiler bakımından tarafların milli hukuklarına, tüzel kişiler bakımından idare merkezi hukukuna tabi olmakla birlikte; telif

⁸⁶⁶ Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 209.

⁸⁶⁷ Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 179; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 54.

⁸⁶⁸ Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 208.

⁸⁶⁹ Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 208.

hakkı sözleşmelerinde sözleşme yapma ehliyeti, hak statüsü ile de doğrudan ilgilidir⁸⁷⁰. Bunun sebebi hak statüsü kapsamına giren hakkın varlığı, devredilebilirliği ve hak sahipliği ile ilgili meselelerin sözleşme yapma ehliyeti ile birlikte yorumlanmasının gerekli olmasıdır⁸⁷¹. Özellikle telif hakkının kendine özgü yapısı gereği sözleşmenin taraflarının milli hukukları ile hak statüsünün öngördüğü kuralların birbirinden farklı ve hatta birbiri ile çelişkili hükümler teşkil etmesi çok muhtemeldir. Bu kapsamda sözleşme yapma ehliyetinin tabi olduğu hukukun hak statüsüne uygulanacak hukuk olması ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçecektir. Aksi durumda hak statüsü uyarınca hak sahibi olmayan bir kişinin milli hukukuna göre sözleşme yapma ehliyetinin olması ihtimali ortaya çıkacak ve hak sahibi olmayan kişinin sözleşme yapması mümkün olabilecektir. Bu durum da hak kayıplarına ve uyuşmazlıkların çıkmasına sebep olacaktır. Bunun önüne geçebilmek için sözleşme yapma ehliyeti bakımından hak statüsüne uygulanacak hukukun uygulanması isabetli olacaktır. Ancak, 28. maddede bu durumlar ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple sözleşme yapma ehliyetine genel kural olan 9. madde uygulanacaktır.

D. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUK

Şekil, bir hukuki işlem yahut ilişkinin dış dünyaya aktarım yöntemi olarak tanımlanabilir⁸⁷². Bu bağlamda bir sözleşmenin hangi usulle dış dünyaya aktarıldığı hususu şekil meselesi kapsamında incelenmelidir. Sözleşmeler bakımından neredeyse bütün hukuk düzenlerinde prensip olarak şekil serbestisi olduğu kabul edilmektedir⁸⁷³. Bir diğer deyişle taraflar, akdettikleri sözleşmeler bakımından sözleşmenin şeklini tayin hakkına sahiptirler. Bu prensibe göre sözleşmeler, taraflarların iradeleri dikkate alınarak yazılı olarak yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir⁸⁷⁴. Yahut sözleşmelere

⁸⁷⁰ Sargın, **Fikri ve Sınai Haklar**, s. 195.

⁸⁷¹ Sargın, **Fikri ve Sınai Haklar**, s. 195.

⁸⁷² Nihal Erdener, **Türk Devletler Hususi Hukuku Sisteminde Locus Regit Actum Kaidesinin Tatbiki (Vasiyetnameler ve Bazı Borç Akitleri Hakkında)**, İstanbul: Yenilik Basımevi, 1958, s. 8; Temel Doğangün, **Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s. 37; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 101; Kılıçoğlu, s. 146; Oğuzman ve Öz, **Cilt I**, s. 138; Eren, s. 279.

⁸⁷³ Şekil serbestisi ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Doğangün, s. 37; Erdener, s. 9; Kılıçoğlu, s. 149; Çelikel ve Erdem, s. 187; Oğuzman ve Öz, **Cilt I**, s. 139; Haluk N. Nomer, s. 110; Eren, s. 282; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 207; Antalya, **Temel Kavramlar**, s. 74, 449.

⁸⁷⁴ Antalya, **Temel Kavramlar**, s. 451 vd.; Eren, s. 287 vd.; Kılıçoğlu, s. 154-155; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, s. 211; Oğuzman ve Öz, s. 142 vd.; Haluk N. Nomer, s. 112 vd.;

konulan şekil şartı; geçerlilik şekil şartı olabileceği gibi ispat şekil şartı da olabilir⁸⁷⁵. Örneğin, şekil şartının geçerlilik şekli olması durumunda bu şarta uyulmadan akdedilen sözleşmeler geçersiz adledilecektir. Görüldüğü gibi her ne kadar sözleşmeler bakımından şekil, esas ile ilgili olmasa dahi sözleşmenin esasını etkileyici niteliği haizdir. Çünkü bu durumda sözleşmeler, öngörülen şekil şartına uygun yapılmaması durumunda geçersiz sayılacak ve hüküm ifade etmeyecektir. Ancak, şekil serbestisi prensibi mutlak değildir. Sözleşmeler hukukunda bazı sözleşmeler bakımından şekil şartları öngörülmüştür⁸⁷⁶. Bu durumda sözleşmelerin kanunda belirtilen şartlara uygun şekilde yapılması gerekmektedir.

Bu noktada incelenmesi gereken mesele, milletlerarası nitelikli meseleler bakımından durumun ne olacağıdır. Gerçekten de birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı sözleşmeler bakımından sözleşmenin şekli geçerliliğinin hangi hukuka tabi olacağının belirlenmesi gerekir. Gerek doktrinde gerekse hukuk düzenlerinde hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk bakımından öngörülen bağlama noktaları; “lex loci actus” ya da “LRA” olarak adlandırılan sözleşmenin kuruluş yeri hukuku ve “lex causae” yani sözleşmenin esasına uygulanacak hukuktur⁸⁷⁷. Sözleşmelerin bu iki hukuktan herhangi birine uygun olarak yapılması durumunda şeklen geçerli olacağı kabul edilmiştir. Bunlara ek olarak fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerde şekli geçerlilik bakımından “lex loci protectionis” in de uygulama alanı bulabileceği doktrinde savunulmuştur⁸⁷⁸. O halde bu bağlama noktalarının tek tek incelenmesi yerinde olacaktır.

Bu incelemeye başlamadan önce bir noktanın daha aydınlatılması gerekir. Şekil, ulusal ve uluslararası düzenlemelerde genel hükümler başlığında ele alınmıştır. Buna göre, özel hükümlerde aksine bir düzenleme bulunmadıkça hukuki işlemlerin şekline bu hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Çalışma konumuz olan telif hakkı sözleşmesi ile ilgili ne hukukumuzda ne de ulusal ve uluslararası düzenlemelerde şekil ile ilgili ayrık

⁸⁷⁵ Eren, s. 283-284; Antalya, **Temel Kavramlar**, s. 454 vd.; Haluk N. Nomer, s. 130 vd.; Kılıçoğlu, s. 147 vd.;

⁸⁷⁶ Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler bakımından neredeyse bütün hukuk sistemlerinde ittifakla sözleşmelerin yazılı şekilde yapılacağı kabul edilmiştir. Bunun yanında sınai mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler bakımından tescil şartı da aranabilmektedir.

⁸⁷⁷ Erdener, s. 109; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 164; Seviğ, **Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, s. 109; Şanlı, Eren ve Ataman Fıganmeşe, s. 102; Ferrari, s. 392; Doğan, s. 270; Göger, s. 122; Nomer, s. 209; Doğan, s. 57; Çelikel ve Erdem, s. 187-188.

⁸⁷⁸ Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 215.

bir hüküm bulunmaktadır. Bu sebeple şekil bakımından genel hükümler dikkate alınacaktır. Ancak bu noktada değinilmesi gereken önemli bir mesele bulunmaktadır. Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler doğaları gereği koruma ülkesi hukuku ile yakından ilişkilidirler. Bu sözleşmeler bakımından koruma ülkesi hukukunun sınırlandırıcı hükümleri söz konusu olabilir. Bu durumda koruma ülkesi hukuku uyarınca öngörülen zorunlu şekil şartları mevzubahis olduğunda LRA ve lex causae ya nispetle bu kuralların uygulama alanı bulacağı unutulmamalıdır⁸⁷⁹.

Şekil ile ilgili olarak ilk incelenmesi gereken bağlama noktası, LRA kuralıdır. LRA kuralına göre sözleşme kuruluş yeri hukukuna göre geçerli bir şekilde kurulmuşsa bu sözleşmenin geçerli kabul edilmesi gerekir. Bu hüküm, “işlem güvenliği prensibi” nin milletlerarası özel hukuk bakımından bir diğer görünüm şeklidir⁸⁸⁰. Gerçekten de sözleşme kurulurken kurulduğu ülkenin hukuku esas alınmış olabilir. Bu hukukun esas alınması ihtiyari olabileceği gibi hukuki bir zorunluluktan da kaynaklanabilir. Kanun koyucu bütün bu durumları göz önünde bulundurarak sözleşmenin kurulduğu ülke hukukunca geçerli olması durumunda şeklen geçerli olduğunun kabul edileceği hükme bağlanmıştır.

Taraflar sözleşmenin kuruluş yeri bakımından daha hafif bir şekil şartı öngören bir ülke gibi özel bir seçim yapmış olabileceği gibi bu yer tesadüfi de olabilir. Bu sebeple LRA kuralının her durumda tarafların menfaatine olduğu yorumu yapılmamalıdır⁸⁸¹. Gerçekten de bazı durumlarda sözleşme tesadüfen o ülkede kurulmuş olabilir yahut sözleşmenin kuruluş yeri hukuku çok ağır şartlar öngörüyor olabilir. Bu gibi durumlarda sözleşmenin geçersiz olduğundan bahsetmek sözleşmenin her durum ve şartta ayakta tutulmasının sağlanmasına hizmet eden “favor negotii” prensibine aykırı olacaktır⁸⁸². Tüm bu sebeplerle sözleşmenin şekli bakımından alternatifli bağlama kuralı öngörülmüştür.

⁸⁷⁹ Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 192; Koruma ülkesi hukukunca öngörülen zorunlu şekil şartlarının doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığı söylenmelidir. Bu sebeple bu husus “Doğrudan Uygulanan Kurallar” başlığı altında incelenecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, IV, A.

⁸⁸⁰ Doğangün, s. 60; Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 51.

⁸⁸¹ Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 51.

⁸⁸² Favor negotii prensibi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Doğangün, s. 77 vd.; Dardağan, s. 265; Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 51; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 102.

Sözleşmenin kuruluş yerinin tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Özellikle hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler bakımından sözleşmenin nerede kurulduğu konusunda farklı hukuk düzenlerinde değişik kabuller olabilmektedir. Bu noktada öncelikle LRA kuralı bir bağlama noktası olduğu için sözleşmenin kuruluş yerinin tespitinin lex fori uyarınca yapılacağı kabul edilmelidir⁸⁸³. Ayrıca sözleşmenin hazır olmayanlar arasında yapıldığı varsayımında tarafların farklı ülkelerde olması durumunda sözleşmenin kuruluş yerinin neresi olduğu çözümlenmesi zor bir meseledir⁸⁸⁴. Bu noktada doktrinde ileri sürülen görüşlerden biri, öneri ve kabulün yapıldığı iki ülkenin de hukukunun esas alınabileceğidir⁸⁸⁵. O halde örneğin, Japonya menşeli yapım şirketi CoMix Wave Films ile İsviçreli bir dağıtım şirketi arasında internet üzerinden “Kimi no Na wa” isimli animenin gösterimine ilişkin yapılan sözleşmenin şekli geçerliliği bakımından önerinin şekli geçerliliği İsviçre hukukuna, kabulün şekli geçerliliği bakımından Japon hukukunun uygulanması gerekecektir. Bu ise hem bölünmeye hem de şekli geçerlilik bakımından iki aşamalı bir incelemeye yol açacaktır. Bu karışıklığın önüne geçebilmek için doktrinde hazır olmayanlar arasında yapılmış sözleşmeler bakımından öneri yahut kabulün yapıldığı ülke hukuklarından herhangi birine uygun bir şekilde kurulmuş olması durumunda şeklen geçerli kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁸⁸⁶. Bunun dışında bazı durumlarda sözleşmenin kuruluş yeri hukukunun tespit edilmesi neredeyse imkansızlaşmaktadır. Bu sebeple her durumda LRA kuralının uygulanması taraflar bakımından hak kayıplarına yol açabilecektir.

Şekil bakımından öngörülen diğer bağlama noktası lex causae'dır. Lex causae bilindiği üzere sözleşmenin esasına uygulanacak hukuktur. Sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun tespiti yukarıda anlatıldığı şekilde yapılacak; esasa uygulanacağı tespit edilen hukuk, sözleşmenin şekli geçerliliği bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bu esas ve şekile aynı hukukun uygulanması ve böylece yeknesaklığın sağlanması bakımından da makul bir çözümdür⁸⁸⁷. Özellikle tarafların uygulanacak

⁸⁸³ Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 213.

⁸⁸⁴ Bu halde sözleşmenin kuruluş yerinin tespiti bakımından doktrinde birçok görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşleri dört ana grupta toplamak mümkündür. Bu görüşler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, s. 100 vd.; Tekinalp ve Uyanık, s. 93-94; Doğan, s. 272; Nomer, s. 211.

⁸⁸⁵ Tekinalp ve Uyanık, s. 93-94; Doğan, s. 100; Nomer, s. 211.

⁸⁸⁶ Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 67.

⁸⁸⁷ Doğan, s. 107-108; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 165; Ferrari, s. 396.

hukuku kendileri belirlemeleri durumunda sözleşmenin şekli bakımından da bu hukuku esas almaları hayatın olağan akışına uygun olanıdır. Ancak böyle bir durumda karşılaşılabilecek problem, sözleşmenin esası ile ilgili birden fazla hukukun seçilmiş olması halidir. Bu durumda sözleşmenin şekli bakımından seçilen hukuklardan hangisinin uygulama alanı bulacağına belirlenmesi gerekir. Burada kabul edilen çözüm, sözleşmenin şekli geçerliliğine bu uyumsuzlukla en yakın irtibatlı hukukun uygulanmasıdır⁸⁸⁸. Sonuç olarak şekil bakımından öngörülen ve hukuk düzenlerince ittifakla kabul edilen genel kabul uyarınca sözleşmenin şekli geçerliliğinin tespiti bakımından lex causae ve lex loci actus bağlama noktaları uygulama alanı bulacaktır. Sözleşme, bu iki bağlama noktası uyarınca tespiti yapılan hukuklardan herhangi birine uygun olarak kurulmuşsa geçerli kabul edilecektir.

Genel kurala ek olarak doktrinde fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerin şekline koruma ülkesi hukuku bağlama noktasının uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁸⁹. Bu görüşe dayanak olarak ülkesellik prensibi esas almıştır. Buna göre, ülkesellik prensibi uyarınca fikri mülkiyet hakları ancak tanındığı ülkece korunur. Bu sebeple fikri mülkiyet hakkına ilişkin bir sözleşmenin geçerliliği, ancak o hakkı tanıyan bir ülke hukuku uyarınca incelenebilecektir. Bunun dışında özellikle sınai mülkiyet hakları bakımından hakkın devredilmesi yahut herhangi bir sözleşmeye konu olması durumunda özel tescil şartı öngörülüyor olup sözleşmenin ancak bu şekil şartına uygun olarak yapılması durumunda geçerli olacağı kabul edilmesi bir başka sebep olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda şekil bakımından koruma ülkesi hukukunun uygulanması adeta bir zorunluluk olacaktır. Çünkü bahsi geçen şekil şartına uygun olarak yapılmayan daha açık bir ifadeyle tescil şartı yerine getirilmeyen sözleşmeler koruma ülkesi hukuku uyarınca kamu düzeni engeline takılacak ve geçerli kabul edilmeyecektir⁸⁹⁰. Bunun önüne geçebilmek için koruma ülkesi hukuku bağlama noktasının şekil bakımından da uygulanacağını kabul edilmesi ve sözleşmenin bu hukuka uygun olarak akdedilmesi yerinde olacaktır⁸⁹¹. Ancak biz şekil bakımından

⁸⁸⁸ Ferrari, s. 396; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 66; Doğangün, s. 106-107.

⁸⁸⁹ Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 58.

⁸⁹⁰ Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, 185-186; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 57-58; Dardağan, s. 266-267.

⁸⁹¹ 28. maddede koruma ülkesi hukuku bağlama noktasına da yer verilmesi gerektiği görüşü için bkz. Sargın, **Fikri ve Sınai Haklar**, s. 193.

koruma ülkesi hukukunun fikri mülkiyet hakkına ilişkin bütün sözleşmeler bakımından uygulanması yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Örneğin telif hakkı sözleşmelerinde genel manada bir tescil zorunluluğu olmayıp şekil konusunda koruma ülkesi hukuku gibi tespiti zor bir hukukun uygulanmasının kabulü, şekil bakımından öngörülen favor negotii prensibiyle uyuşmayacaktır. Halihazırda doktrinde ileri sürülen bu düşüncelerin kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu sebeple fikri mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmelerin şekli bakımından koruma ülkesi hukuku bağlama kuralı ancak bu hukukun lex causae yahut sözleşmenin kurulduğu yer hukuku ile örtüşmesi durumunda işlerlik kazanabilmektedir.

1. Avrupa Birliği Hukuku

Şekil ile ilgili hukuk düzenlerince öngörülen çözümler yukarıda anlatıldığı gibi olup genel itibarı ile birbiri ile uyum içindedir. Yine de bu düzenlemelerin tek tek incelenmesi ve ufak da olsa farklılıkların ele alınması konunun tam manasıyla incelenmesi bakımından yararlı olacaktır. Bu noktada ilk olarak AB hukukuna değinmek gerekir. Roma I Tüzüğü şekil ile ilgili özel hüküm içermektedir.

Roma I Tüzüğünde şekle uygulanacak hukuk 11. maddede düzenleme alanı bulmuştur. Roma Konvansiyonu ile paralel olarak 1. fıkra sözleşmenin taraflarının aynı ülkede olması durumu düzenlenmiş ve bu durumda sözleşmenin şekline esasa uygulanacak hukuk yahut sözleşmenin kuruluş yeri hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir⁸⁹². 2. fıkra farklı ülkelerde bulunan ve hazır olmayan taraflar arasında akdedilen sözleşmeler bakımından öngörülen hükmün Konvansiye göre daha ayrıntılı olarak düzenlendiği göze çarpmaktadır. Hükme göre bu durumda sözleşmenin geçerliliği bakımından esasa uygulanacak hukuka veya sözleşme yapıldığı sırada taraflardan birinin (yahut vekilinin) bulunduğu yahut mutad meskenin bulunduğu ülke hukukuna uygun olarak yapılması yeterlidir⁸⁹³. 3. fıkra tek taraflı sözleşmeler bakımından sözleşmenin

⁸⁹² Roma I Tüzüğü m. 11/1: “A contract concluded between persons who, or whose agents, are in the same country at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under this Regulation or of the law of the country where it is concluded.”.

⁸⁹³ Roma I Tüzüğü m. 11/2: “A contract concluded between persons who, or whose agents, are in different countries at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under this Regulation, or of the law of either of the countries where either of the parties or their agent is

şekline uygulanacak hukukun tespiti yapılmıştır⁸⁹⁴. Görüldüğü gibi Tüzükte şekle uygulanacak hukuk bakımından daha geniş bir yelpaze kabul edilmiş ve tarafların mutad mesken hukukları da şekil bakımından yetkili görülmüştür.

2. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda şekil, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 124. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan düzenlemeye göre, İsviçre hukuku uyarınca da şekil bakımından lex causae yahut LRA kuralının uygulama alanı bulacağı görülmektedir. Ayrıca sözleşmenin farklı ülkede bulunan taraflarca yapılması durumunda bu ülke hukuklarından herhangi biri bakımından şeklen geçerli olan sözleşmenin favor negotii prensibi gereğince geçerli kabul edileceği hükmün 2. fıkrasında düzenleme alanı bulmuştur⁸⁹⁵.

3. Türk Hukuku

Türk hukukunda şekle uygulanacak hukuk, MÖHUK'un 7. maddesinde düzenlenmiştir. Şekil bakımından aynı şekilde esasa uygulanacak hukuk ve sözleşmenin kuruluş yeri hukuku yetkili kılınmış ve genel kuraldan dışarı çıkılmamıştır. Hükümde dikkat çekici nokta, yetkili kılınan hukukların "maddi hukuk hükümlerinin" uygulanacağını özel olarak belirtilmiş olmasıdır. Böylece bu madde ile şekil bakımından her koşul ve şartta atfı ilkesinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır⁸⁹⁶.

present at the time of conclusion, or of the law of the country where either of the parties had his habitual residence at that time."; Ayrıntılı bilgi için bkz. Harding, s. 168-169; Calliess, s. 296 vd.; Ferrari, s. 399.

⁸⁹⁴ Roma I Tüzüğü m. 11/3: "A unilateral act intended to have legal effect relating to an existing or contemplated contract is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs or would govern the contract in substance under this Regulation, or of the law of the country where the act was done, or of the law of the country where the person by whom it was done had his habitual residence at that time." Ferrari, s. 400; Calliess, s. 299.

⁸⁹⁵ Erdem, *Patent Sözleşmeleri*, s. 192.

⁸⁹⁶ 2675 sayılı MÖHUK'da bu yönde bir düzenleme bulunmamaktaydı. Böylece atfın şekil bakımından uygulanacağı kabul ediliyordu. 5718 sayılı MÖHUK ile bu anlayış değiştirilmiş ve şekil bakımından öngörülen hukukların maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı düzenleme alanı bulmuştur. Atfı ilkesinin, şekil bakımından uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Sargın, *Fikri ve Sınai Haklar*, s. 192.

IV. UYGULANACAK HUKUKUN SINIRLANDIRILMASI

A. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR

Birden çok hukuk düzeni ile irtibat halinde bulunan bir sözleşmeye yahut daha genel bir ifadeyle bir hukuki ilişkiye uygulanması öngörülen yabancı hukuk, o ilişki bakımından bir bütün olarak uygulanır. Başka bir ifadeyle bu hukukun bünyesinde bulundurduğu ve söz konusu hukuki ilişki ile irtibatlı olan emredici nitelik taşıyan yahut taşımayan bütün kuralları uygulanır⁸⁹⁷. Hukuki ilişki bakımından yabancı hukukun uygulanmasını lex forinin veya hukuki ilişki ile yakın irtibatı bulunan üçüncü bir devletin işleyiş ve organizasyonu ile ilgili olup sosyo-politik yahut ekonomik nitelik taşıyan ve her hal ve şartta uygulanması o devletce zorunlu kılınan kuralları engelleyebilir⁸⁹⁸. Doğrudan uygulanan kurallar olarak adlandırılan bu kurallar, genellikle kamu hukuku kökenli olup toplumun düzenini sağlamak için konulmuş ve uyulması zorunlu olan kurallardır⁸⁹⁹.

Doğrudan uygulanan kuralın uygulama alanı bulması durumunda hukuki ilişki bakımından uygulanacak hukuk tespiti yapılmaz⁹⁰⁰. Çünkü bu kural niteliği gereği hukuki ilişkiye “doğrudan” uygulanır⁹⁰¹. Hal böyle olmakla birlikte doğrudan uygulanan

⁸⁹⁷ Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 124-125; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Ülkenin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 70-71.

⁸⁹⁸ Özdemir Kocasakal, s. 13; Nomer, s. 185; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 7-8; Çelikel ve Erdem, s. 154; Erdem, **Patent Sözleşmeleri**, s. 186; Hatice Özdemir Kocasakal, “Doğrudan Uygulanan Kurallar”, Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl (Ed.) **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu 7-8 Aralık 2017, Ankara** (içinde 48-85), s. 51; Mustafa Erkan, MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallar” **GÜHFD**, Y. 2011, C. 15, S. 2. s. 83.

⁸⁹⁹ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 7; Nomer, s. 185; Özdemir Kocasakal, s. 19; Erkan, s. 84; Çelikel ve Erdem, s. 154; Can ve Toker, s. 131.

⁹⁰⁰ Nomer, s. 187; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 125; Özdemir Kocasakal, s. 27; Ginsburg ve Sirinelli, s. 188.

⁹⁰¹ Doğrudan uygulanan kurallar bu noktada kamu düzeni müdahalesinden ayrılır. Kamu düzeni müdahalesinde, uygulanacak hukuk tespiti yapıp bu hukukun uygulanmasının kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi dolayısıyla yabancı hukukun uygulanmaması gündeme gelirken; doğrudan uygulanan kurallar bakımından uygulanacak hukukun tespiti dahi yapılmadan “doğrudan” uygulama söz konusu olur. Hatice Özdemir Kocasakal, “Doğrudan Uygulanan Kurallar”, Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl (Ed.) **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu 7-8 Aralık 2017, Ankara** (içinde 48-85), s. 65 vd.; Collier, s. 215-216; Hill ve Shuilleabhan, s. 239; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 217; Çelikel ve Erdem, s. 159-160; Can ve Toker, s. 142; Nomer, s. 187; Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 57; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 245; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 91; 5718 sayılı Kanundan önceki dönemde doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili özel bir hüküm ihdas edilmemişti. Bu dönemde kavram, kamu düzeni kurumunun içinde yorumlanmıştır. Bu dönemdeki uygulama için bkz. Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 216; Ayrıca doktrinde bu iki kavramın birbiri ile özdeş olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler ve uygulamada karşılaşılan durum için bkz. Özdemir Kocasakal, s. 3 vd.; Ayrıca kamu düzeni müdahalesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. aşağı. İkinci Bölüm, IV, B.

kuralların tespitini yapmak her zaman kolay olmamaktadır⁹⁰². Öncelikle maddi hukuk bakımından emredici nitelik taşıyan bütün kuralların doğrudan uygulanan kural niteliği taşımadığının tespit edilmesi gerekir. Bu noktada doğrudan uygulanan kuralların tespitinin hâkim tarafından kuralların konuluş amacı dikkate alınarak yapılması yerinde olacaktır. Yukarıda denildiği gibi doğrudan uygulanan kurallar, devletlerin işleyişini sağlamak için konulan sosyo-politik yahut ekonomik karakter taşıyan kurallardır. Bundan başka, zayıf tarafın korunması amacıyla konulan kuralların da doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığı kabul edilmektedir⁹⁰³.

AB hukukunda doğrudan uygulanan kurallar, Roma I Tüzüğü'nün 3/3., 3/4., 6/2. 8/1. ve 9. maddelerinde düzenleme alanı bulmuştur⁹⁰⁴. Tüzüğün 3/3. maddesinde hukuk seçimi ile sözleşmenin diğer bütün unsurlarının bağlı olduğu ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının bertaraf edilemeyeceği düzenlenmiştir. Burada hukuk seçimi serbestisine doğrudan uygulanan kurallarla ilgili bir sınırlama getirildiği görülmektedir. Daha açık bir ifade ile, sözleşmenin tek bir ülke ile irtibatlı olduğu hallerde hukuk seçimi yapılsa dahi yapılan hukuk seçimi, bu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını kapsamayacaktır.

Tüzüğün “doğrudan uygulanan kurallar” başlığını taşıyan 9. maddesi, doğrudan uygulanan kurallar bakımından Konvansiyon ile yakın ve fakat daha ayrıntılı bir düzenleme içermektedir. Maddenin 1. fıkrasında doğrudan uygulanan kuralın tanımı yer almaktadır. Fıkraya göre bu kurallar, bir ülkenin politik sosyal yahut ekonomik işleyişini

⁹⁰² Doğrudan uygulanan kuralların nispi olduğu görüşü için bkz. Özdemir Kocasakal, s. 14; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 125; Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 57.

⁹⁰³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, s. 101 vd.; Dardağan, s. 273; Çelikel ve Erdem, s. 155; Hatice Özdemir Kocasakal, “Doğrudan Uygulanan Kurallar”, Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl (Ed.) **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu 7-8 Aralık 2017, Ankara** (içinde 48-85), s. 53.

⁹⁰⁴ Sayılan maddelerden Konvansiyon bakımından 5/2. (tüketici sözleşmeleri), 6/1. (iş sözleşmeleri) ve Tüzük bakımından 6/2. (tüketici sözleşmeleri), 8/1. (iş sözleşmeleri) maddelerinde düzenleme alanı bulan doğrudan uygulanan kurallar, zayıf tarafın korunması amacıyla konulmuştur. Tarafların irade serbestisi prensibi uyarınca seçtikleri hukukun sözleşmenin zayıf tarafı olarak görülen tarafın hukukunun emredici kurallarını bertaraf edemeyeceği düzenlemesini içeren bu kurallar, diğer doğrudan uygulanan kurallardan ayrılırlar. Çünkü burada irade serbestisi prensibi tamamen engellenmemiştir. Kural olarak tarafların hukuk seçimi hakkı bulunmaktadır; ancak bunun bir sınırı bulunmaktadır. Bunun sınırı da sözleşmenin zayıf tarafının hukukunun emredici hükümleridir. Tarafların yaptıkları hukuk seçimi hiçbir şekilde bu emredici hükümlerin sağladığı asgari korumayı bertaraf edemeyecektir. Ferrari, s. 321; Telif hakkı sözleşmesi bakımından böyle bir kısıtlama öngören doğrudan uygulanan kural bulunmamaktadır. Bu sebeple çalışmamızda bu hükümler ile ilgili daha fazla bilgi verilmeyecek olup yukarıdaki açıklama ile yetinilecektir.

korumak için gerekli olan kamusal menfaatlerdir⁹⁰⁵. Bu menfaatler öyle menfaatlerdir ki, irtibatlı bulundukları her durumda sözleşmeye uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulama alanı bulacaklardır⁹⁰⁶. Tanım bu şekilde yapıldıktan sonra 2. fıkra da lex forinin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının hiçbir hal ve şartta sınırlandırılmayacağı düzenlemesi yer almaktadır⁹⁰⁷. Böylece bu fıkra ile, lex forinin doğrudan uygulanan kuralları söz konusu olduğunda lex causaenin uygulanmasına net bir kısıtlama getirilmiş olmaktadır.

3. fıkra da, amacı, yapısı ve sonuçları dikkate alındığında sözleşmeden doğan borçların ifa edildiği yahut edileceği üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması gerekli görülürse bu kurallara etki tanınabileceği düzenlenmiştir⁹⁰⁸. Bu fıkra da Konvasiyondan farklı olarak üçüncü ülkenin sınırları çizilmiş bulunmaktadır⁹⁰⁹. Burada lex causaenin uygulanması bakımından ikinci fıkra dan daha dar bir sınırlama getirilmiştir. Bilindiği gibi lex forinin doğrudan uygulanan kuralları söz konusu olduğunda bu kurallar kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmaksızın uygulama alanı bulmaktadır. Üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları söz konusu olduğunda ise bu kuralların uygulanması, ancak lex causaenin bu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına uygun olmaması durumunda gündeme gelecektir. Buna göre üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına hâkim tarafından yapılan inceleme sonucu, amacı, yapısı ve sonuçları dikkate alındığında bu kuralların uygulanması gerektiği kanaati oluşması şartı ile etki tanınacaktır⁹¹⁰. Görüldüğü gibi bu kurallara sözleşme bakımından etki tanınması ancak hâkimin bu yönde olumlu kanaatinin oluşması durumunda mümkün olacaktır.

⁹⁰⁵ Roma I Tüzüğü m. 9/1: “Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.”; Hill ve Shuilleabhan, s. 241; Fawcett ve Carruthers, s. 738-739; Ferrari, s. 323; Erkan, s. 113; Briggs, s. 591; Calliess, s. 245-246; Calster, s. 143-144.

⁹⁰⁶ Fawcett ve Carruthers, s. 739; Briggs, s. 592; Calster, s. 144; Ferrari, s. 324.

⁹⁰⁷ Roma I Tüzüğü m. 9/2: “Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.”.

⁹⁰⁸ Roma I Tüzüğü m. 9/3: “Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.”.

⁹⁰⁹ Erkan, s. 113; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 79-80.

⁹¹⁰ Fawcett ve Carruthers, s. 731; Ekşi, **Roma Konvansiyonu**, s. 161-162; Calster, s. 146; Özdemir Kocasakal, s. 70 vd.; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 77.

Hâkimin kendi hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını dahi tespit etmesinin zorluğu göz önünde bulundurulduğunda yabancı bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarını tespit ve sözleşmede bu kurallara etki tanınıp tanınmayacağını takdir etmesi hâkime adeta iki basamaklı bir görev yüklemektedir. Bu sebeple hükmün uygulanması hâkime çözümü zor ve muğlak bir misyon yüklemektedir, denilebilir. Burada dikkat çekilmesi gereken bir diğer unsur, Tüzüğün üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları bakımından uygulamaktan değil, etki tanımaktan bahsetmiş olmasıdır. Bu noktada etki tanımak ve uygulamak deyimleri arasındaki farkı ortaya koymak gerekir. Şüphesiz ki kanun koyucu abesle iştigal etmez. Aynı maddenin iki fıkrası bakımından iki farklı terim kullanılmasının pratik bakımından bir nüans olduğu kesindir. Uygulamak ile kastedilenin yukarıda tanımlı verildiği gibi o hukukun bütün kurallarının bir bütün olarak kullanılması olduğu kabul edilirken; etki tanımının söz konusu hükümlerin sözleşme hükmü gibi uygulanması anlamına geldiği kabul edilmektedir⁹¹¹. Buna göre, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları ancak hâkimin hukukunun menfaatleri ile çatışmadığı ölçüde uygulanabilecektir.

Amerikan müzik grubu Duran Duran ve Gloucester Music Limited arasında çıkan ve İngiliz Yüksek Mahkemesi'ne konu olan yeni tarihli bir uyuşmazlıkta mahkeme⁹¹², Duran Duran'ın Gloucester Music Limited ile arasında yapılan ve İngiliz hukukuna tabi kılınan müzik yayım sözleşmesini Amerika Birleşik Devletleri Telif Hakkı Kanunu 203. maddesine dayanarak sona erdirmeye talebinin sözleşmeye uygulanacak hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Duran Duran, Amerikan müzik grubu olup 1983 yılında Gloucester Müzik Şirketi ile müzik yayım sözleşmesi imzalamıştır. Bu sözleşmeye göre Grup, sözleşme süresince meydana gelen beste, güfte, aranjman ve bunlar gibi bütün musiki eserlerin sahibi olacak; yayımcı şirket ise işbu eserlerin bütün dünya çapında yayımını üstlenecektir. 2014 yılında Grup, ABD Telif Hakkı Kanunu'nun 203. maddesinde tanımlanan "intikal hakkı"⁹¹³ (reversionary right) uyarınca sözleşmeyi

⁹¹¹ Özdemir Kocasakal, s. 74; Hatice Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl (Ed.) **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu 7-8 Aralık 2017, Ankara** (içinde 48-85), s. 78 vd..

⁹¹² Gloucester Music Limited v. Simon Le Bon and Others, (2016) EWHC 3091.

⁹¹³ US Copyright Act. sec. 203: **Condition of Termination** "In the case of any work other than a work made for hire, the exclusive or nonexclusive grant of a transfer or license of copyright or of any right under a copyright, executed by the author on or after January 1, 1978, otherwise than by will, is subject to termination under the following conditions:

sona erdirmek istemiştir. Bunun üzerine Gloucester Müzik Şirketi mahkemeye başvurmuştur.

Davalı taraf, sözleşmeyi sona erdirme hakkı veren hükmün eser sahibinin sözleşmenin zayıf tarafını teşkil ettiği gerekçesiyle ve onun haklarını korumak amacıyla getirilmiş yasal bir sona erdirme hakkı olduğunu dolayısıyla doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebileceğini bu sebeple hak statüsü olarak kabul edilen ABD hukukuna etki tanınması gerektiğini iddia etmiştir. Bunun üzerine mahkeme, uyuşmazlık bakımından ABD hukukunun uygulanıp uygulanamayacağı incelemesi yapmıştır. Mahkeme bu hükmün uygulanmasının söz konusu sona erdirme hakkının, sözleşmesel uyuşmazlık hangi devlet mahkemesinde ve hangi hukuk uyarınca çözüme kavuşturuluyor olursa olsun, diğer bir tabirle her koşul ve şartta uygulanacağını kanıtlanması şartına bağlı olduğunu ileri sürmüştür; ancak olayda davacı tarafından hükmün böylesi bir etkiyi haiz olduğu kanıtlanamadığı gerekçesiyle ABD hukukunun uygulanamayacağı kanaatine varmıştır.

Olayda, ABD hukukunun ilgili hükmünün üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralı olarak nitelendirilip uyuşmazlığa uygulanması istenmektedir. Bir hükmün doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi uyuşmazlığın seyrini tamamen değiştirecek bir etkiye sahip olup özellikle üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralı söz konusu olduğunda mahkeme; hükmün konuluş amacı, uygulama alanı ve kapsamını değerlendirmek durumundadır. Bu kapsamda üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralına “etki tanınması” için ilk şart; söz konusu hükmün ve hukukun sözleşme ile irtibatlı olmasıdır. ABD hukuku, sözleşmeye konu olan musiki eserlerinin üzerindeki telif hakkının “koruma ülkesi hukuku” olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan söz konusu hukukun sözleşme ile ilişkili olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca mahkeme, hükmün uygulanmasının “zaruriliğinin” tespiti için; hükme etki tanımak isteyen taraftan bu niteliğin varlığının kanıtlanmasını istemiştir. Olayda davalı taraf bunu kanıtlayacak

... (3) Termination of the grant may be effected at any time during a period of five years beginning at the end of thirty-five years from the date of execution of the grant; or, if the grant covers the right of publication of the work, the period begins at the end of thirty-five years from the date of publication of the work under the grant or at the end of forty years from the date of execution of the grant, whichever term ends earlier. ”

argümanlar ileri sürememiş; bu sebeple de mahkeme ilgili hükme etki tanınmayacağına ve uyuşmazlığın İngiliz hukuku uyarınca çözüme kavuşturulacağına karar vermiştir.

Türk hukukunda 2675 sayılı MÖHUK’da doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu dönemde doğrudan uygulanan kuralların, kamu düzeni kurumu kapsamında olduğu kabul edilmekteydi. Ancak bu durum, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kuralların sonuç olarak aynı olmakla birlikte amaç ve uygulama olarak birbirinden çok farklı olan iki kurum olması hasebiyle doktrinde eleştirilmekteydi⁹¹⁴. 5718 sayılı MÖHUK ile bu durumun önüne geçilmiştir. Doğrudan uygulanan kurallar, 6 ve 31. maddeler olmak üzere iki ayrı maddede düzenleme alanı bulmuştur. “Genel Hükümler” başlıklı birinci bölümde yer alan ve “Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları” başlığı taşıyan 6. madde, MÖHUK bakımından genel hüküm niteliğinde olup sözleşmeler dahil bu Kanun kapsamına giren bütün uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulurken; “doğrudan uygulanan kurallar” başlığı taşıyan 31. madde sadece sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından uygulanacaktır.

Genel hüküm niteliği taşıyan 6. madde düzenlemesi, yukarıda incelenen lex forinin doğrudan uygulanan kuralları düzenlemesinden başka bir şey değildir⁹¹⁵. Gerçekten de MÖHUK bakımından lex fori, Türk hukukudur. Maddede, yabancı hukukun uygulanmasının Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları kapsamına giren konular bakımından sınırlandırılacağı düzenlenmektedir.

31. maddede ise uygulama alanı sözleşmesel uyuşmazlıklar ile sınırlandırılmış olan ve AB hukuku düzenlemeleri esas alınarak düzenlenmiş olan üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları yer almaktadır⁹¹⁶. Hükme göre sözleşmenin tabi olduğu hukuk (lex causae) uygulanırken amacı, niteliği ve muhtevası dikkate alındığında

⁹¹⁴ Sonuç olarak aynı olması ile kastedilen iki kurumun da yabancı hukukun uygulanmasını kısıtlayan hal olarak düzenlenmesidir. Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 218; Seviğ, **Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, s. 143-144; Çelikel ve Erdem, s. 159.

⁹¹⁵ Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 10; Erkan, s. 86; Doğan, s. 384; Nomer, s. 187; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 75-76; Gerekçede de söz konusu hükmün mehzazının Roma Konvansiyonu m. 7/II ve Roma I Tüzüğü m. 9 olduğu belirtilmiştir.

⁹¹⁶ Çelikel ve Erdem, s. 157; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 300; Doğan, s. 386; Özdemir Kocasakal, **Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları**, s. 71; Hatice Özdemir Kocasakal, “Doğrudan Uygulanan Kurallar”, Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl (Ed.) **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu 7-8 Aralık 2017, Ankara** (içinde 48-85), s. 71.

hâkimde uygulanması gerektiği kanaatini oluşturan üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Ayrıca bu üçüncü ülkenin sözleşme ile yakın irtibatlı olması şartı aranmıştır. Burada hâkime geniş bir takdir yetkisi verildiği göze çarpmaktadır. Hâkim, öncelikle sözleşme ile yakın irtibatın bulunduğu üçüncü bir ülkenin tespitini yapacak ve bu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının amacı, niteliği ve muhtevası dikkate alındığında lex causanın bu kurallara aykırı olduğunu belirleyecek ve gerekli gördüğü durumlarda bu kurallara etki tanıyabilecektir.

Doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili genel çerçeve bu şekilde çizildikten sonra çalışma konumuz olan telif hakkı sözleşmesi bakımından doğrudan uygulanan kuralların incelenmesi gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi hukuk sistemlerinde doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili kesin bir belirleme yapılmamıştır. Bu sebeple bu konu bakımından da doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili net bir tespit yapmak mümkün değildir. Biz burada telif hakkı sözleşmeleri bakımından doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebilecek düzenlemeleri inceleyeceğiz.

Telif hakkı ve sınai mülkiyet hakları sosyo-ekonomik niteliği olan haklardır. Bu sebeple söz konusu haklar bakımından ülkesellik prensibi uygulama alanı bulur. Ülkesellik prensibi temelinde bir hukuki iş veya ilişkinin etkisinin ülke sınırları içinde gündeme gelmesi anlamına gelmektedir⁹¹⁷. Genel tanım bu olmakla birlikte ülkesellik prensibinin bir diğer görünüm biçimi de ülke sınırları içinde sadece o ülkenin hukukunun uygulanmasıdır. Bu bağlamda ülkesellik prensibinin doğrudan uygulanan kurallar ile bağlantı içinde olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu noktada doktrinde bir görüş, ülkesellik prensibi dolayısıyla fikri mülkiyet hakları ile ilgili bütün kuralların doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığını iddia etmektedir⁹¹⁸. Ancak bu noktada diğer bir görüş hakkaniyete uygun olarak bu kuralların topyekûn doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığını iddia etmenin doğrudan uygulanan kural kurumunun sınırlarını genişleteceğini; kuralların, milletlerarası özel hukuk bakımından incelenerek doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyıp taşımadığı belirlemesinin yapılması gerektiğini ileri sürmektedir⁹¹⁹.

⁹¹⁷ Ülkesellik prensibi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. yuka. İkinci Bölüm, II, B, 2, b.

⁹¹⁸ Fawcett ve Torremans, s. 782.

⁹¹⁹ Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 144.

Fikri mülkiyet hakları bakımından doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan düzenlemeler genel olarak sınai mülkiyet haklarında yoğunlaşmış bulunmaktadır. Gerçekten de bu haklar devletlerin siyasi ve ekonomik işleyişleri ile doğrudan ilgilidir. Bu bakımdan bu haklar ile ilgili düzenlemelerde yabancı bir hukukun uygulanmasını sınırlandırıcı nitelikteki hükümlere sıklıkla rastlanmaktadır⁹²⁰.

Telif hakkı sözleşmeleri bakımından doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyabilecek ilk durum neredeyse bütün hukuk düzenlemelerinde yer alan yazılılık şartıdır. Gerçekten de yazılılık şartı, telif hakkı sözleşmesi bakımından önem taşıyan bir meseledir ve çoğu zaman sözleşmenin zorunlu bir unsuru olarak düzenleme alanı bulur. Lex forinin yahut lex fori veya lex causaedan herhangi biriyle birleşmediği varsayımında sözleşme ile yakın irtibatlı üçüncü ülke olarak yorumlanabilecek olan lex loci protectionisin telif hakkı sözleşmesi bakımından yazılı şekil şartı öngörmesi durumunda bu şekil şartı doğrudan uygulanan kural olarak yorumlanabilecektir.

Türk hukukunda telif hakkı sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması ve devredilen hakların ayrı ayrı gösterilmesi sözleşmenin geçerlilik şartı olarak karşımıza çıkmaktadır⁹²¹. Öyle ki, yazılılık şartına uyulmadan kurulan sözleşmeler geçersiz sayılacaktır⁹²². Ayrıca devletin ekonomik menfaatlerini korumak amacıyla devredilen hakların ayrı ayrı gösterilmesi istenmiş ve ayrı olarak gösterilmeyen hakların devredilmeyeceği kabul edilmiştir. Bu kural, başta eser sahibi olmak üzere sözleşmenin devreden tarafını koruyucu nitelik taşımaktadır. Sözleşmenin devreden tarafı, kanun koyucu tarafından korunmaya muhtaç görülmüş ve getirilen bu hükümle sözleşmenin zayıf tarafının korunması amaçlanmıştır. Tüm bu sebeplerle kanaatimizce telif hakkı sözleşmeleri bakımından öngörülen yazılılık şartı, Türk hukuku bakımından doğrudan uygulanan kural niteliği taşımaktadır.

⁹²⁰ Bu düzenlemelere örnek olarak; rekabet hukuku düzenlemeleri, teknoloji transferi ile ilgili düzenlemeler, sınai mülkiyet haklarının tescili ile ilgili düzenlemeler verilebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 284 vd.; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 126 vd..

⁹²¹ FSEK m. 52: “Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır.”

⁹²² Ayrıntılı bilgi için bkz. yuka. Birinci Bölüm, III, C.

Doğrudan uygulanan kuralların amacı devletlerin sosyal, ekonomik yahut politik düzenlemelerini ve işleyişini korumaktır. Bu bağlamda ulusal telif hakkı düzenlemelerinde yer alan eser sahibinin haklarını koruyucu nitelikli hükümler de doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebilmektedir. Gerçekten de telif hakkı sözleşmeleri bakımından eser sahibinin zayıf taraf olduğu kabul edilmekte ve bu sebeple eser sahibini koruyucu nitelikte hükümler getirilmektedir⁹²³. Ancak bu nitelendirmeler kategorik olarak yapılmamalıdır. Örneğin, cayma hakkı gibi yahut eser sahibinin manevi hakları gibi eser sahibini koruyucu hükümlerin hepsinin doğrudan uygulanan kural olduğunu kabul etmek hakkaniyete uygun olmayacaktır⁹²⁴. Çünkü unutmamak gerekir ki doğrudan uygulanan kurallar istisnai nitelik taşır ve bu kuralların geniş yorumlanması ise yabancı hukukun uygulanmasının engellemesine yol açacaktır⁹²⁵.

New York mahkemesinin önüne gelen bir olayda mahkeme, bestekar Antonio Carlos Jobim ve Brezilyalı yayımcı Editora Musical Arapua arasında yapılan “Desafinado”, “Eu sei que vou te amar”, “Modinha”, “Janelas abertas” ve “Mulher, sempre mulher” isimli beş şarkının (the Five Song) telif hakkının devrine ilişkin sözleşmede Brezilya mahkemelerinin yetkilendirilmesi sebebiyle Brezilya hukukunun uygulanmasını ileri süren yayımcı şirketin talebini telif hakkına ilişkin yenileme hakkının Amerika Birleşik Devletleri Telif Hakkı Kanunu’nun (US Copyright Act) en önemli politikalarından birini yansıtmaması ve sözleşmenin ifa yerinin de Amerika Birleşik Devletleri olması sebepleriyle reddetmiş ve uyuşmazlık bakımından ABD hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁹²⁶. Mahkeme bu uyuşmazlıkta telif hakkının yenilenmesine ilişkin hükümlerinin Kanunun temel politikasını oluşturması gerekçesi ile doğrudan uygulanan kural niteliğinde görmüş ve uyuşmazlık bakımından ileri sürülen ve zımni hukuk seçimi olarak yorumlanabilecek bir hususu bunu gerekçe göstererek reddetmiştir.

⁹²³ Ginsburg ve Sirinelli, s. 194.

⁹²⁴ Dardağan, s. 277.

⁹²⁵ Dardağan, s. 278.

⁹²⁶ Karar için bkz. Corcovado Music Corp. vs. Hollis Music Inc., 981 F2d. 679, <https://www.casemine.com/judgement/us/591486daadd7b049344dbf34> (05 Ağustos 2018).

Amerika Birleşik Devletleri Telif Kanunu bakımından doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan bir başka örnek de doğumu çok eskilere dayanan “üretim klozu” (manufacturing clause)⁹²⁷ idi. Bu kloz, ilim ve edebiyat eserleri bakımından söz konusu olup bir eserin tek seferdeki baskısını belirli bir sayı ile sınırlamakta ve böylece eser sahibinin yanında yayımcı ve basımevlerini de korumayı amaçlamaktaydı. Bu sınırlama hem ülke içi hem de ülke dışı İngilizce baskıları kapsamaktadır. Yüksek Mahkemenin önüne gelen Amerika Yazarlar Birliği ve Irwin Karp arasında vukuu bulan olayda⁹²⁸, Karp’ın “Telif Hakkının Temel Gereklilikleri” (Fundamental Requirements of the New Copyright Act) isimli kitabının İngiltere’de 6.000 kopyası basılmış; takip eden üç ay içinde 3.000 kopyasının daha basımı için izin istenmiştir. Bu izin, Karp’ın telif hakkından vazgeçmediği sürece üretim klozuna aykırılık teşkil ettiği ileri sürülerek reddedilmiştir. Görüldüğü gibi burada baskı İngiltere’de yapılmak istenmesine rağmen gümrük engeline takılmış ve Amerikan Telif Hakkı Kanunu’nun ilgili hükmünün ihlali sebebiyle ekstra baskıya izin verilmemiştir.

ABD hukukunda olduğu gibi hukukumuz bakımından da ithalat ve ihracat yasakları yahut ithalat ve ihracata konulan kotalar, döviz mevzuatı ile getirilen kısıtlamalar doğrudan uygulanan kural niteliği taşımakta olup ilgili olduğu takdirde telif hakkı sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulurlar⁹²⁹.

B. KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ

Kamu düzeni, toplumu oluşturan ve nizamı sağlayan değerlerin tümü olarak tanımlanabilir⁹³⁰. Toplumu oluşturan değerlerin ve düzenin korunması son derece önemli bir mesele olup bu düzenin korunması iç hukuk bakımından önemli olduğu gibi milletlerarası özel hukuk bakımından da büyük önemi haizdir. Hatta öyle ki bu mesele, milletlerarası özel hukuk bakımından birinci derece önemi haiz olan milletlerarası özel

⁹²⁷ US Copyright Act. sec. 601(a). Ancak bu hüküm 2010 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

⁹²⁸ The Authors League America Inc. v. Irwin Karp, (1986) 790 F2d. 220, <https://openjurist.org/790/f2d/220> (05 Ağustos 2018); Ayrıca bkz. Thomas B. Nachbar, “Intellectual Property and Constitutional Norms”, **Columbia Law Review**, Y. 2004, Vol. 104, No. 272, s. 282.

⁹²⁹ Hatice Özdemir Kocasakal, “Doğrudan Uygulanan Kurallar”, Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl (Ed.) **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu 7-8 Aralık 2017, Ankara** (içinde 48-85), s. 59; Dardağan, s. 277.

⁹³⁰ Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 26; Göğer, s. 94-95; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 73; Çelikel ve Erdem, s. 140; Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s. 379; Nomer, s. 164-165; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 214.

hukuk hakkaniyetinin uygulanması noktasında dahi istisna teşkil etmektedir⁹³¹. Buna göre, kamu düzenine aykırılık teşkil eden meselelerde maddi hukuk hakkaniyeti, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin önüne geçecek ve uyuşmazlık bakımından lex fori hükümleri uygulanacaktır⁹³². Ancak böyle bir müdahalenin yapılması belirli şartlara bağlanmıştır. Buna göre, yabancı bir hukukun uygulanması toplumun siyasi, hukuki, sosyal yahut ekonomik ve ahlaki düzenini zedeleyici nitelikler taşıyorsa kamu düzenine aykırılık olarak yorumlanacak ve kamu düzeni müdahalesi ile bu hukukun somut olaya uygulanması engellenecektir⁹³³.

Milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeni bu şekilde belirlenmekle birlikte sınırlarının iyi çizilmesi son derece önemlidir. Çünkü kamu düzeni, muğlak ve geniş bir kavramdır. Yabancı hukukun uygulandığı her durumda kamu düzeni müdahalesi tartışılabilir hale gelirse bu, kamu düzeni kurumunun varlığına aykırılık teşkil edecektir. Ancak kamu düzeninin sınırlarının çizilmesi her zaman çok kolay olmamaktadır. Öncelikle bu kavram her hukuk düzeninde farklı şekillerde ele alınmış olup aynı hukuk düzeninde dahi zamansal yahut mekânsal olarak farklılık gösterebilmektedir⁹³⁴. Bu sebeple kavram bakımından her somut olay için ayrı bir incelemenin yapılması yerinde olacaktır.

O halde kamu düzeni müdahalesi, yabancı bir hukukun uygulanmasının söz konusu ülkenin toplumsal düzenini zedeleyici bir nitelik taşıması durumunda bu hukukun toplumsal normları zedeleyici hükümleri bakımından uygulanmaması ve gerekli görülen

⁹³¹ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 75; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 214; Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 54.

⁹³² Kamu düzeni müdahalesi sonucu lex forinin toplumsal düzenini zedeleyen yabancı hukukun hükümlerinin uygulanmayacağı ittifakla kabul edilen bir mesele olmakla birlikte; bu hükümler yerine hangi hükümlerin uygulanacağı konusunun aydınlatılması gerekmektedir. Buna göre öncelikle bu hükümler yerine yabancı hukukun kamu düzenini ihlal etmeyen hükümlerinin uygulanacağı; eğer bu hükümler ile çözüme ulaşılmıyor ise bu noktadan sonra lex forinin uygulama alanı kabul edilmektedir. Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 88-89; Nomer, s. 180-181; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 221; Göğer, s. 100; Stone, **Conflict of Laws**, s. 256-257; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 308; Hill ve Shuilleabhan, s. 245; Doğan, s. 218; Calliess, s. 402; Calster, s. 148; Çelikel ve Erdem, s. 146-147.

⁹³³ Briggs, s. 593; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 73-74; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 150; Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 54; Demir Gökyayla, s. 27-28; Ferrari, s. 495; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 215; Nomer, s. 161.

⁹³⁴ Cemile Demir Gökyayla, “Yeniden Kamu Düzeni”, Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl (Ed.) **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu 7-8 Aralık 2017, Ankara** (içinde 85-100), Ankara: Adalet Yayınevi. 2018, s. 88; Kamu düzeninin özellikleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Demir Gökyayla, s. 28 vd.; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 219; Calliess, s. 399; Çelikel ve Erdem, s. 148 vd.; Göğer, s. 98-99; Doğan, s. 219; Can ve Toker, s. 141; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 79.

noktalarda lex forinin uygulama alanı bulması şeklinde tanımlanabilir. Ancak böyle bir müdahalenin yapılması, somut olay bakımından böyle bir tehlikenin açık olarak gündeme gelmesi halinde mümkün olacaktır⁹³⁵. Burada dikkat çekilmesi gereken husus kamu düzeni müdahalesi bakımından yabancı hukukun lex foriye tümüyle aykırı olduğundan bahsedilmediğidir. Aynı şekilde yabancı hukukun lex foriden farklı hükümler teşkil etmesi de kamu düzenine aykırılık teşkil etmemektedir⁹³⁶. Kamu düzeni müdahalesi bakımından söz konusu aykırılık, yabancı hukukun uygulanmasının sonucunda ortaya çıkacak sonucun kamu düzenine aykırı olmasıdır. Böyle bir durumda yabancı hukuk uygulanmayacak; bunun yerine uyuşmazlığın çözümü bakımından lex forinin uygun düşen hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Kamu düzeni müdahalesi sonucu, yabancı hukukun uygulanmaması doktrinde kamu düzeninin olumsuz etkisi olarak adlandırılmaktadır⁹³⁷. Bunun yanında, yabancı hukuk yerine lex forinin uygulanması ise kamu düzeninin olumlu etkisi olarak kabul edilmektedir⁹³⁸.

Kamu düzeni müdahalesi neredeyse her hukuk sisteminde düzenleme alanı bulmuş bir husus olup yabancı hukukun uygulanmasını sınırlandırıcı etkiye sahip bir meseledir. AB hukukunda bu mesele Roma I Tüzüğü'nün 21. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre AB hukukunda kamu düzeni müdahalesinden bahsedebilmek için; yabancı hukukun uygulanmasının somut olay bakımından kamu düzenine açık bir şekilde aykırı olması gerekir. Ancak bu halin gerçekleşmesi durumunda kamu düzenine aykırılıktan bahsedilecektir⁹³⁹. Bu noktada AB hukuku bakımından değinilmesi gereken husus, kamu düzenine aykırılık incelemesinin sadece lex fori uyarınca yapılmayacağıdır. Yabancı hukukun uygulanmasının lex forinin yanında AB hukukunun kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği durumlarda da kamu düzeni müdahalesi gündeme gelecektir⁹⁴⁰.

⁹³⁵ Calliess, s. 395; Ferrari, s. 487; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 150-151; Çelikel ve Erdem, s. 152; Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 55; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe, s. 76; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 309; Fawcett ve Carruthers, s. 741.

⁹³⁶ Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 55; Sargın, **Marka Lisansı Sözleşmeleri**, s. 151; Nomer, s. 164.

⁹³⁷ Calliess, s. 395; Çörtoğlu Koca, **Teknoloji Transfer Sözleşmeleri**, s. 308; Demir Gökyayla, s. 35; Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 55; Ekşi, **Roma Konvansiyonu**, s. 145-146; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 224; Can ve Toker, s. 148-149; Nomer, s. 167; Doğan, s. 220.

⁹³⁸ Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 56; Uluocak, **Yasama Yetkisi Kuralları**, s. 224; Doğan, s. 220; Nomer, s. 169; Ekşi, **Roma Konvansiyonu**, s. 146; Demir Gökyayla, s. 35; Can ve Toker, s. 150.

⁹³⁹ Collier, s. 216; Briggs, s. 593; Calster, s. 148; Fawcett ve Carruthers, s. 741.

⁹⁴⁰ Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, s. 387; Collier, s. 216; Calster, s. 148; Calliess, s. 399; Ekşi, **Roma Konvansiyonu**, s. 145; Fawcett ve Carruthers, s. 741; Hill ve Shuilleabhan, s. 247; Ferrari, s. 492.

Türk hukuku bakımından kamu düzeni düzenlemesi MÖHUK'un 5. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Hükümde yabancı bir hukukun belirli bir olaya uygulanması durumunda olaya uygulanan bu hükmün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması söz konusu olduğunda bu hükmün uygulanmayacağı; gerekli görülen hallerde Türk hukukunun uygulanacağı düzenleme alanı bulmuştur. Buna göre Türk hukuku bakımından kamu düzeni müdahalesinden söz edebilmek için; öncelikle yabancı bir hukukun belirli bir olaya uygulanması ve uygulanan bu hüküm sonucunda ortaya çıkan durumun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması gerekmektedir⁹⁴¹. Bu cümleden olarak kamu düzeni müdahalesi bakımından yabancı hukukun bir hükmünün kamu düzenine aykırılığı incelemesi yapılmayacaktır. Somut olayın şartları ışığında yabancı hukukun uygulanması sonucu açık bir şekilde kamu düzenine aykırılık oluşup oluşmadığı incelenecektir. Son olarak ise madde ile kamu düzeni müdahalesi sonucunda uygulanacak hukuk bakımından sadece lex foriye yani Türk hukukuna atıf yapılmadığına dikkat edilmesi gerekir. Hükümde ancak gerekli görülen hallerde Türk hukukunun uygulanacağından bahsedilmektedir. Buna göre, öncelikle yabancı hukukun hükümleri uyarınca çözüme ulaşılmaya çalışılacak; bunun mümkün olmadığı durumlarda Türk hukukunun müdahalesinden bahsedilebilecektir.

Kamu düzeni ile ilgili genel meseleler bu şekilde olmakla birlikte telif hakkı sözleşmeleri bakımından kamu düzenine aykırılığın hangi hallerde gündeme geleceğinin incelenmesi gerekir. Bu konuda ikili bir inceleme yapmak yerinde olacaktır. Öncelikle telif hakkı sözleşmeleri bakımından gündeme gelebileceği ileri sürülen kamu düzenine aykırı olabilecek noktalar incelenmelidir. Bu noktada kamu düzeni müdahalesi bakımından kategorik bir ayırım yapılamayacağının bir kere daha altını çizmek gerekmektedir. Kamu düzeni incelemesi her somut olay bakımından ayrı ayrı yapılmalı ve somut olayda yabancı hukukun uygulanması sonucu kamu düzenine aykırılık ortaya çıkması durumunda müdahale edilmelidir.

Kamu düzeni müdahalesi, özellikle telif hakkı gibi sosyo-ekonomik yönü güçlü ve ülkesellik prensibinin uygulama alanı bulduğu haklar bakımından sıklıkla gündeme

⁹⁴¹ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, s. 73; Doğan, s. 222; Nomer, s. 162; Can ve Toker, s. 144.

gelebilecek bir meseledir. Bunun sebebi her ülkenin bu hakları egemenlik hakları uyarınca kendisinin düzenlemek istemesi ve diğer hukuk sistemlerinin bu haklara müdahalesine izin vermemeleridir. Bunun telif hakkı bakımından en tipik örneği, manevi haklardır. Bilindiği gibi telif hakkı bakımından manevi haklar her hukuk düzeni bakımından kabul edilmiş değildir. Bunun yanında bu hakların devredilip devredilemeyeceği konusunda da hukuk düzenlerinde birlik bulunmamaktadır. Bu halde manevi hakların varlığını kabul etmekle birlikte bu hakların devredilemeyeceğini kabul eden bir hukuk düzeni bakımından, örneğin Fransız hukuku bakımından, manevi hakların devrini konu alan bir sözleşmeye manevi hakların varlığını kabul etmeyen bir hukukun, ABD hukukunun, uygulanması durumu kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecektir⁹⁴². Türk hukuku bakımından da manevi hakların devrini konu alan sözleşmeler yahut manevi hakların kullanım hakkını konu alan sözleşmeler kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabilir. Ancak böyle bir müdahalenin gerçekleşmesi, yabancı hukukun uygulanmasının eser sahibinin kişilik haklarına ciddi şekilde zarar vermesi ve söz konusu durumun Türk hukuku ile bağlantısının olması halinde gündeme geleceğinin söylenmesi gerekir⁹⁴³.

Yönetmen John Huston'ın "Asphalt Jungle" isimli siyah beyaz filminin Turner Entertainment tarafından renklendirilip renkli versiyonunun Fransız televizyon kanalı Channel 5'e dağıtımının yapılmasına ilişkin sözleşmenin Huston'ın manevi haklarını ihlal ettiği istemiyle Paris İlk Derece Mahkemesi'nde açılan davada⁹⁴⁴ davalılar, sözleşmeye uygulanacağı karar verilen ABD hukukunun sinema eserlerinde eser sahipliğinin "work made for hire" doktrini uyarınca işverende olduğu bu sebeple Huston'ın eser sahibi olmadığını ileri sürmüştür. Gerçekten de ABD hukuku uyarınca

⁹⁴² Yukarıdaki örnek, Paris İstinaf Mahkemesinin 1989 yılında verdiği (1989) 142 RIDA 301 künyeli bir karardan alınmıştır. "Anne Brangance Kararı" olarak anılan bu kararda manevi hakların devredilip devredilemeyeceği incelenmesi yapılmıştır. Karara konu olayda, ortak eser sahipleri arasında eserin manevi haklarının devrini konu alan bir sözleşme imzalanmış ve bu sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak ABD hukuku seçilmiştir. Ancak, ABD hukuku manevi hakların varlığını kabul etmemektedir. Paris İstinaf Mahkemesi, manevi hakların devrine ilişkin bir sözleşmeye ABD hukuku gibi manevi hakların varlığını dahi kabul etmeyen bir hukukun uygulanmasının ve uyumsuzluğun bu hukuk düzenince çözümlenmeye çalışılmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğine hükmetmiştir. Karar için bkz. Dardağan, s. 268; Fawcett ve Torremans, s. 751; Ginsburg ve Sirinelli, s. 184.

⁹⁴³ Dardağan, s. 271.

⁹⁴⁴ Karar için bkz. Huston v. Turner Entertainment (1991) 149 RIDA 197, Jane C. Ginsburg ve Pierre Sirinelli, "Authors and Exploitations in International Private Law: The French Supreme Court and the Huston Film Colorization Controversy", *Columbia Volunteers Lawyers of the Arts Journal of Law & The Arts*, Y. 1991, Vol.15, s. 135 vd., (Huston Film Colorization).

sinema eserlerinde eser sahibi filmin yapımcısıdır. İlk Derece Mahkemesi, yönetmenin eser sahibi olmadığı kabulünün Fransız hukuku ile örtüşmemesinin tek başına kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüş ve uyuşmazlık ABD hukuku uyarınca çözüme kavuşturulmuştur. İlk Derece Mahkemesinin verdiği bu karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir. Temyiz Mahkemesi, Fransız hukukuna göre eser üzerindeki işleme hakkının ve bu hakkın izinsiz kullanımının eser sahibinin manevi haklarını ihlal ettiğine karar vermiştir. Huston'ın eserin doğduğu ülkede, ABD, eser sahibi kabul edilmemesine rağmen Fransız hukukunca iştirak halinde eser sahibi olduğunun açık olduğunu bu sebeple de yönetmenin ve senaryo yazarının eser sahipliğini kabul etmemenin filmin bütünlüğünü bozacağını ileri sürmüştür. Bu durumun Fransız kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini bildirmiş ve uyuşmazlığın çözümü bakımından Fransız hukukunun uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar hem Fransız hukukunda hem de diğer hukuk sistemlerinde çok ses getirmiş ve bu tarihten sonra verilen kararlara ışık tutmuştur.

Mali haklar bakımından kamu düzeni engeli, gelecekte meydana gelecek eserler ile ilgili yapılan sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır⁹⁴⁵. Bu sözleşmeler ile eser üzerindeki hakların bütün olarak devredilmesi hukukumuz da dahil birçok hukuk sistemlerinde yasaklanmıştır. Bu sözleşmelerde hakkın devri bakımından herhangi bir sınır öngörmeyen hukuk düzenlerinin sözleşmeye uygulanması kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılabılır. Türk hukukunda telif hakkına ilişkin sözleşmelerde devredilen hakların sözleşmede tek tek sayılması gerekmektedir. Bu cümleden olarak sözleşmede belirtilmeyen bir hakkın devredildiğinden bahsedilemez. Örnek olarak sözleşme ile yayma ve çoğaltma hakkı, temsil hakkı, işleme hakkı ve umuma iletim hakkının devri öngörülüyorsa bu hakların sözleşmede ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir. Sözleşmede yer alan mali hakların hepsinin devredildiğine dair kayıtlar geçersiz sayılmaktadır. Ancak karşılaştırmalı hukukta ve özellikle Anglo-sakson hukuk sistemine tabi ülke hukuklarında tek bir sözleşme ile ve devredilen hakları sayma usulüne gidilmeden telif hakkına ilişkin bütün yetkiler devredilebilmektedir. Türk mahkemesinin önüne bu nitelikte bir uyuşmazlık geldiğinde; sözleşme, telif hakkının “bütün olarak” devrinin mümkün olduğu

⁹⁴⁵ Dardağan, s. 270.

bir hukuk sistemine, örneğin İngiliz hukukuna, tabi dahi olsa bu hüküm kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşacaktır.

Kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılabilcek bir başka husus, for hukuku tarafından öngörülen cayma hakkının yahut fesih imkanının sözleşmeye uygulanacak hukuk uyarınca öngörülmemesi durumunda gündeme gelebilecektir⁹⁴⁶. Ancak bahsi geçen durumların kamu düzeni müdahalesine sebep olması, eser sahibinin kişilik haklarına önemli bir biçimde zarar verilmesi halinde söz konusu olacaktır⁹⁴⁷.

Yukarıda denildiği gibi kamu düzenine aykırılık incelemesinin her somut olay bakımından özel olarak yapılması gerektiği unutulmamalıdır. Bu sebeple verilen örneklerin her hal ve şartta kamu düzeni müdahalesi gerektirdiğini düşünmek kamu düzeni kurumu ile ulaşılmak istenen amaçla bağdaşmayacaktır.

⁹⁴⁶ Dardağan, s. 273.

⁹⁴⁷ Türk hukukunda ve Fransız hukukunda kabul edilen yaklaşıma göre, kamu düzeni müdahalesi incelemesi, ancak eser sahibinin eseri oluşturma serbestisinin ciddi biçimde ihlal edildiği ve bu sebeple kişilik haklarının zedelendiği hallerde söz konusu olur. Dardağan, s. 273.

SONUÇ

Milletlerarası nitelik taşıyan telif hakkı sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti yapıldığımız çalışmamızda vardığımız sonuçlar şunlardır:

Telif hakkı, bünyesinde mali ve manevi yetkiler bulundurur. Bu yetkiler doğaları gereği birbirinden farklı özellikler taşımaktadır. Bu durum telif hakkını özellikli kılmaktadır. Bunun dışında hakkın gayri maddi nitelik taşıması daha açık bir ifadeyle hakkın eseri değil, eseri meydana getiren fikri koruması telif hakkını özellikli kılan bir diğer unsurdur. Tüm bu ayrık nitelikleri dolayısıyla telif hakkı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde ele alınmıştır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde hakkın mali ve manevi yetkiler barındırdığı kabul edilmişken; Anglo-sakson hukuk sisteminde daha çok hakkın mali yönü üzerinde durulmuş, manevi yetkilere çok sınırlı bir şekilde yer verilmiştir. Tüm bu sebeplerle hakkın evrensel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır.

Telif hakkı sözleşmesi; hakkı kullanma yetkisine sahip olan kişi veya kişiler tarafından haktan iktisaden faydalanmak gayesiyle yahut hakkın kullanımının teknik bilgi gerektirmesi durumunda hakkın, sahibi tarafından tek başına kullanılmasının mümkün olmaması dolayısıyla yapılır. Sözleşme ile hakkın kendisi ya da kullanımı devredilebilir. Türk hukukunda manevi hakların devir kabiliyeti bulunmamaktadır. Bu sebeple sözleşmenin konusunu eser üzerindeki mali haklar oluşturur. Buna göre sözleşme ile eserin yayma ve çoğaltma hakkı, temsil hakkı, umuma iletim hakkı yahut işleme hakkı devredilebilir veya bu hakların kullanımları devre konu olabilir. Eser sahibi dilerse bu hakların tümünü tek bir sözleşme ile dilerse her birini ayrı sözleşmeler ile devredebilir. Görüldüğü gibi burada nitelikleri ve özellikleri birbirinden farklı birden çok sözleşme bulunmaktadır. Ancak, yayın sözleşmesi dışında bu sözleşmelerin hiçbirisi gerek FSEK' de gerekse ilgili kanunlarda tip sözleşme olarak düzenlenmemiştir. FSEK' de yer alan sözleşmeler ile ilgili hükümler genel nitelikli hükümler olup eser ile ilgili bütün sözleşmeleri kapsar niteliktedir. Bu sebeplerle çalışmamızda sözleşmelerin tamamı telif hakkı sözleşmesi şemsiye kavramı altında toplanmıştır.

Telif hakkı sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti bakımından öncelikli olarak sözleşmenin vasıflandırması yapılmıştır. Sözleşmenin hem tasarrufi hem de borçlandırıcı nitelik taşıyan edimleri bir arada bulundurması, vasıflandırmanın tespitini zorlaştırmaktadır. Bu sebeple sözleşmesel uyumsuzluklar bakımından hak statüsünün ve sözleşme statüsünün sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce devir sözleşmeleri bakımından tasarruf işlemi ve borçlandırıcı işlem iç içe geçmiş durumdadır. Ayrıca sözleşme bakımından önemli olan husus, hakkın devir kabiliyeti değil, hakkı devir borcudur. Bu sebeple devir sözleşmelerinin sözleşme statüsüne tabi tutulması gerekmektedir. Buna karşın bir hakkın devir kabiliyetinin olup olmadığı yahut devrin kapsamı gibi hususlar hakkın özü ile ilgili meseleler olup bu meseleler hak statüsüne tabi tutulmalıdır.

Telif hakkı sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti, MÖHUK'un 28. maddesi uyarınca yapılmıştır. Maddede öncelikli olarak taraflara hukuk seçme imkânı verilmiş; hukuk seçiminin yapılmaması durumunda hakkı yahut kullanım hakkını devreden tarafın hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Madde ile kanun koyucu, telif hakkı sözleşmelerinde karakteristik edim tespiti yapmıştır. Telif hakkı sözleşmeleri bakımından karakteristik edimin tespiti zordur. Kanun koyucunun bu tespiti kendisi yapmış olması belirliliği sağlamıştır. Ancak kanun koyucunun bu tespiti yaparken hangi saikle hareket ettiği anlaşılamamaktadır. Telif hakkı, devletlerin sosyal ve ekonomik politikaları ile yakından ilgili olan bir haktır. Bu sebeple kanun koyucunun bu maddeyi hazırlarken bu menfaatleri göz önünde bulundurmuş olması beklenir. Ancak kanunun gerekçesinde bu hususta bir açıklama bulunmamaktadır. Ayrıca maddenin kapsamı sadece telif hakkına ilişkin sözleşmeler ile sınırlı değildir. Telif hakkı sözleşmeleri ile birlikte sınai mülkiyete ilişkin sözleşmeler de maddenin kapsamına girmektedir. Fikri mülkiyet hakkına ilişkin bütün sözleşmeler bakımından tek bir karakteristik edim belirlemesi yapmak kanaatimizce sakıncalı bir durumdur. Bu sebeple bizce, fikri haklara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukun, her durumda devreden tarafın hukukunun olması yerine her somut olayın şartları ışığında ayrı ayrı değerlendirme yapılabilecek daha esnek bir kuralın getirilmesi daha yerindedir. Bu amaçla sözleşme ile irtibatı sağlayacak unsurlar belirlenip bu unsurların toplandığı tarafın hukukunun uygulanması durumunda hem telif hakkı sözleşmeleri bakımından karakteristik edim tespiti sebebiyle

ortaya çıkacak sorunların önüne geçecek, hem de her durumda tek bir tarafın hukukunun uygulanmasını önleyecektir.

Halin bütün şartları dikkate alındığında telif hakkı sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda sözleşmeye devreden tarafın hukuku uygulanmaz. Bu durumda sözleşmeye sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. İstisna kuralı olarak adlandırılan bu hüküm, telif hakkı sözleşmeleri bakımından devreden tarafın hukukunun her durumda en yakın irtibatlı hukuk olmayacağı çekincesini ortadan kaldırır niteliktedir. Bu hüküm ile sözleşmeye her durum ve şartta devreden tarafın hukukunun uygulanmasının önüne geçilmekte ve sözleşmeye en yakın irtibatlı hukukun uygulanması sağlanmış olmaktadır.

MÖHUK'da telif hakkı sözleşmesinin şekli ve sözleşme yapma ehliyetine uygulanacak hukuk ile ilgili ayırık düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple bu hususlar genel hükümler dikkate alınarak çözüme kavuşturulmaktadır. Ancak telif hakkının kendine özgü yapısı ve özellikle hakkın her ülke uyarınca “münhasır” tanıma ve koruma gerektirmesi sözleşmenin şekli ve sözleşme yapma ehliyeti ile ilgili hususları da özellikli kılmaktadır. Bu hususların genel hükme tabi kılınması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Bu noktada telif hakkının yapısı dikkate alınarak sözleşmeler bakımından özel ehliyet kuralının öngörülmesi ve koruma ülkesi hukukunun da ehliyete uygulanacak hukuk bakımından etkili olması uygun olacaktır.

Temelde telif hakkı sözleşmeleri ile ilgili ayırık düzenlemeler, hakkın ele alınışı bakımından hukuk sistemlerinde yeknesak bir düzenlemenin olmamasından ve her hukuk sisteminin bu hakkın ele alınış tarzını kendisi belirlemek istemesinden kaynaklanmaktadır. Bu durum özellikle sözleşmeye yabancı bir hukukun uygulanması durumunda daha da görünür hale gelmektedir. Çünkü böyle bir durumda telif hakkı bakımından farklı sistemler karşı karşıya gelmektedir. İlk durum, bu hukukların birbiri ile çatışması ihtimalini ortaya çıkartmaktadır. Bu çatışma, for hukukunun kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılmaktadır. İkinci durum ise, doğrudan uygulanan kurallara işaret etmektedir. Bu durumda for hukukunun yahut sözleşme ile sıkı ilişkili olan üçüncü bir ülkenin hukukunun sosyo-politik yahut

ekonomik nitelik taşıyan kurallarının uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın sözleşmeye doğrudan uygulanmaktadır.



KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya. **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**. Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1992, (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk).
- Akıpek, Jale G., Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**. Birinci Cilt. Yenilenmiş 13. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2016.
- Anderman, Steven. “The IP and Competition Interface New Developments”. Steven Anderman ve Ariel Ezrachi (Ed.). **Intellectual Property and Competition Law New Frontiers**. New York: Oxford University Press, 2011.
- Antalya, O. Gökhan. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri**. Cilt I. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015, (Temel Kavramlar).
- Aplin, Tanya ve Jennifer Davis. **Intellectual Property Law, Text, Cases and Materials**. Third Edition. New York: Oxford University Press, 2017.
- Arkan Serim, Azra. **Yayın Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri**. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017.
- Arslan, İlyas. “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi”. **MHB**. Y.2013, C.33, S.2, ss.1-41, (Zımni Hukuk Seçimi).
- Arslan, İlyas. **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**. İstanbul: XII Levha Yayıncılık A.Ş., 2014.
- Arslanlı, Halil. **Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri**. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1954.
- Atar, Eray Aksın. **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı ve Korunması**. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Ateş, Mustafa. **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. **Kişiler Hukuku**. Gözden Geçirilmiş 8. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aybay, Rona ve Esra Dardağan. **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**. 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Aydıncık, Şirin. **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**. İstanbul: Arıkan Yayın-Dağıtım, 2006.

- Aygün, Mesut. “ABD Kanunlar İhtilafı Hukuku’na Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metodlar, II. Restatement ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk”. **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)**. Y.2016, C.20, S.2, ss.129-170, (Kanunlar İhtilafı).
- Aygün, Mesut. “ABD. Kanunlar İhtilafı Hukukunda Akde Uygulanacak Hukuka İlişkin Currie’nin Devlet Menfaatinin Tahlili Teorisi ve En Sıkı İrtibatlı Hukuk”. **Mahmut Tevfik Birselle Armağan**. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001, ss.1025-1066, (Devlet Menfaati Teorisi).
- Ayiter, Nuşin. **Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri**. Ankara: Sevinç Matbaası, 1972.
- Ayiter, Nuşin. **İhtira Hukuku**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.
- Bainbridge, David I. **Intellectual Property**. Second Editon. Norwich: Pitman Publishing, 1994.
- Bak, Başak. **Fikri Haklarda Sözleşmeden Cayma**. Ankara: Turhan Kitapevi, 2016.
- Balverir Bozkurt, Asuman. “Fikri Haklara İlişkin Sözleşmeler”. **Kültür Bakanlığı İşbirliğiyle Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002 (Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku) 8-11 Ocak 2002**. C.II, Ankara: Afşaroğlu Matbaası, 2003.
- Bariatti, Stefania. **Cases and Materials on EU Private International Law**. Portland: Hart Publishing, 2011.
- Basedow, Jürgen, Toshiyuku Kono ve Axel Metzger (Ed.). **Intellectual Property in Global Arena Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US** içinde (1-23). Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- Bayata Canyaş, Aslı. “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”. **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Y.2011, S.1, ss.110-121.
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm. “Avrupa Topluluğunun Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansına Üyeliği”. **AÜHFD**. Y.2008, C.57, S.3, ss.133-165.
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm. “Harmonization of Private International Law at Different Levels: Communitarization v. International Harmonization”. **European Journal of Law Reform**. Y.2003, Vol.5, No.1-2, ss.127172, (Harmonization).
- Belgesay, Mustafa Reşit. **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi**. İstanbul: Temel Yayınları, 2001, (Şerh).
- Berki, Osman Fazıl. **Devletler Hususi Hukuku, C. 1, Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku**. 7. Baskı. Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, 1970.
- Beşiroğlu, Akın. **Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar, Fikir Hukuku**. 3. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2004.

- Bogdan, Michael. **Concise Introduction to EU Private International Law**. Second Edition, Groningen: Europa Law Publishing, 2012.
- Bogsch, Arpad. **The Law of Copyright Under The Universal Convention**. Third Revised Edition Second Printing, Netherlands: A. W. Sijthoff, 1970.
- Boguslavsky, M. M. **Copyright in International Relations: International Protection of Literary and Scientific Works**, N. Poulet (Çev.), Davit Catterns (Ed.), Sydney: Australian Copyright Council Limited, 1979.
- Bozbel, Savaş. **Fikri Mülkiyet Hukuku**. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015.
- Briggs, Adrian. **Private International Law in English Courts**. Croydon: Oxford University Press, 2014.
- Brown Keyder, Virginia. **Intellectual Property Rights and Customs Union**. İstanbul: Intermedia, 1996.
- Calliess, Galf-Peter (Ed.). **Rome Regulations Comentary**. Second Edition. Croydon: Kluwer Law International, 2015.
- Can, Hacı ve Ali Gümrah Toker. **Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı**. Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Clark, Charles. **Publishing Agreements A Book of Precedents**. Fourth Edition. London: Butterwords, 1993.
- Collier, J. G. **Conflict of Laws**. Third Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Collins, Lawrence. **Dicey and Morris on the Conflict of Laws Volume I**. Twelfth Edition. London: Sweet & Maxwell, 1993, (Volume I).
- Cornish, William, David Llewelyn ve Tanya Aplin. **Intellectual Property Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights**. Eight Edition. London: Sweet & Maxwell, 2013.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat. **İş Hukuku Dersleri**. Yenilenmiş 30. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2017.
- Çelikel, Aysel ve B. Bahadır Erdem. **Milletlerarası Özel Hukuk**. 15. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2017.
- Çelikel, Aysel. “Devletler Özel Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metod”. **İÜHFİM**. Y.1970, C.25, S.1-4, ss.231-248, (Yeni Bir Metod).
- Çetin, Hülya. “Uluslar Arası Özel Hukuk ve Fikri-Sınai Haklar”. **Adalet Dergisi**, Y. 2001, S. 8, ss.18-34.

- Çilingiroğlu, Cüneyt. “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”. **MHB**. Y.1989, C.9, S.2, ss.103-120.
- Çörtoğlu Koca, Sema. “Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk”. **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)**. Y. 2007, C. 11, S. 1-2, ss. 233-257.
- Çörtoğlu Koca, Sema. “Milletlerarası Özel Hukukta Araştırma-Geliştirme (Ar-Ge) Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”. **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR)**. Y. 2009, C. 9, S. 3, ss.97-114.
- Çörtoğlu Koca, Sema. **Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, (Teknoloji Transfer Sözleşmeleri).
- D’ Oliveira, Hans Ulrich Jessurun. “ “Characteristic Performance” in the Draft EEC Obligation Convention”. **The American Journal of Comparative Law**. Y. 1977, Vol. 25, ss.303-331.
- Dardağan Kibar, Esra. “Fikri Haklar Alanında Uygulanacak Hukuk Sorunu”. **Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar**. Eskişehir: Yetkin Yayınları, 2016.
- Dardağan, Esra. **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı**. Ankara: Betik Yayıncılık, 2000.
- De Miguel Asensio, Pedro Alberto. “The Law Governing International Intellectual Property Licensing Agreements (A Conflict of Laws Analysis)”. Jacques de Werra (Ed.). **Research Handbook on Intellectual Property Licensing** içinde (312-336). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.
- Dedeler Bezirci, Pervin. “Telif Hakları Kapsamında Kiralama ve Ödünç Verme Hakkı ile İlgili AB Direktifleri ve Kütüphanelere Yansımaları”. **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**. Y.2008, S.16, ss.831-847.
- Demir Gökyayla, Cemile. “Yeniden Kamu Düzeni”, Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl (Ed.). **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu 7-8 Aralık 2017, Ankara** (içinde 85-100). Ankara: Adalet Yayınevi. 2018.
- Demir Gökyayla, Cemile. **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001.
- Derclaye, Estelle (Ed.). **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (148-192), Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009.
- Derya Tarman, Zeynep. “Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C. II**. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, ss.1650-1677.

- Dessemontet, Francois. "A European Point of View on the ALI Principles-Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Laws, and Judgments in Transnational Disputes". **Brooklyn Journal of International Law**. Y. 2005, Vol. 30, No. 3, ss.850-864.
- Dinwoodie, Grame B.. "Developing a Private International Intellectual Property Law: The Demise of Territoriality?". **William & Mary Law Review**. Y. 2009, Vol. 51, ss.711-809.
- Doğan, Vahit. "5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti". **Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2 Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, ss.105-125, (5718 sayılı Kanun).
- Doğan, Vahit. "5718 sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti". **Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün'e Armağan, GÜHFD**. Y.2007, C.11, S.1-2, ss.147-163, (Uygulanacak Hukukun Tespiti).
- Doğan, Vahit. "Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması". **MHB**. Y. 1995, C. 15, S. 1-2, ss.21-42.
- Doğan, Vahit. **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, (İş Akdi).
- Doğan, Vahit. **Milletlerarası Özel Hukuk**. 4. Baskı. Ankara: Savaş Yayınları, 2017.
- Doğangün, Temel. **Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk**. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Dreyfuss, Rochelle C. ve Jane C. Ginsburg. "Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgments in Intellectual Property Matters". **Symposium on Constructing International Intellectual Property Law: The Role of National Courts Chicago-Kent Law Review**. Y.2008, Vol.77, No. 3, ss.1065-1150.
- Dreyfuss, Rochelle. "The ALI Principles on the Transnational Intellectual Property Disputes: Why Invite Conflicts?". **Brooklyn Journal of International Law**. Y.2005, Vol.30, No.3, ss.819-848.
- Dural, Mustafa ve Tufan Ögüz. **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**. 18. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Ekşi, Nuray. "Kanunlar İhtilafı Alanında 'Incorporation' ". **MHB (Aysel Çelikel'e Armağan)**. Y.1999-2000, C.19, S.1-2, ss.263-291.
- Ekşi, Nuray. **Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**. İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2004, (Roma Konvansiyonu).

- Ekşi, Nuray. **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**. 2. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2000, (Milletlerarası Yetki).
- Elçin, Doğa. **Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Erbek, Özge. “Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, **DEÜHFD**. Y.2009, C.11, S.2, ss.1-68.
- Erdem, B. Bahadır. “Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi”. **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999, ss.39-54, (Ülkesellik Prensibi).
- Erdem, B. Bahadır. “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 tarihli Brüksel Antlaşması’nın Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması”. **Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan- MHB**. Y.1997-1998, C.17, S.1-2, ss.183-215.
- Erdem, B. Bahadır. “Intellectual Property Rights in Turkish Private International Law and a Comparative Analysis on Applicable Law to Contractual Obligations”. Paul Beaumont ve Burcu Yüksel (Ed.), **Turkish and EU Private International Law: A Comparison** içinde. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, ss.226-241.
- Erdem, B. Bahadır. **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**. 2. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2002, (Patent Sözleşmeleri).
- Erdener, Nihal. **Türk Devletler Hususi Hukuku Sisteminde Locus Regit Actum Kaidesinin Tatbiki (Vasiyetnameler ve Bazı Borç Akitleri Hakkında)**. İstanbul: Yenilik Basımevi, 1958.
- Erdil, Engin. **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler**. İstanbul: Beta Basım, 2003, (İşlenme Eserler).
- Erdil, Engin. **Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Erel, Şafak N. **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**. 3. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. 22. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Erkan, Mustafa. MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallar” **GÜHFD**. Y. 2011, C. 15, S. 2, ss. 81-121.
- Esen Emre. “Avrupa Birliği Usul Hukuku/Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I Bis Recast Tüzüğü (AB 1215/2012)”. Işıl Özkan ve Diğerleri (Ed.). **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku** içinde (25-234). Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

- European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property. **Conflict of Laws in Intellectual Property The CLIP Principles and Commentary**. Croydon: Oxford University Press, 2012.
- Fawcett, James and Janeen M. Carruthers. **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**. New York: Oxford University Press, Fourteenth Edition, 2008.
- Fawcett, James J. ve Paul Torremans (Ed.). **Intellectual Property and Private International Law**. Second Edition, New York: Oxford University Press, 2011.
- Ferrari, Franco (Ed.). **Rome I Regulation Pocket Commentary**. Munich: Sellier European Law Publishers, 2015.
- Franko, Nisim İ. **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri (BK 373-381)**. Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Gazetecilik ve Halkla İlişkiler Yüksek Okulu Basımevi, 1981.
- Gaubiac, Yves, Brigitte Lindner ve John N. Adams, "Duration of Copyright", Estelle Derclaye (Ed.). **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (148-192). Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009.
- Geller, Paul Edward. "Conflicts of Laws in Copyright Cases: Infringement and Ownership Issues". **Journal of Copyright Society of USA**. Y. 2004, Vol. 51, ss.315-394, (Ownership).
- Geller, Paul Edward. "International Copyright: The Introduction". Lionel Bently (Ed.). **International Copyright Law and Practise** içinde (1-236). New York: Lexis Nexis, 2017.
- Genç Arıdemir, Arzu. **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003.
- Ginsburg, Jane C. ve Pierre Sirinelli. "Authors and Exploitations in International Private Law: The French Supreme Court and the Huston Film Colorization Controversy". **Columbia Volunteers Lawyers of the Arts Journal of Law & The Arts**. Y. 1991, Vol.15, ss.135-159, (Huston Film Colorization).
- Ginsburg, Jane C. and Pierre Sirinelli, "Private International Law Aspects of Authors' Contracts: The Dutch and French Examples". **Columbia Journal of Law & The Arts**. Y. 2015, Vol. 39, No. 2, ss.171-194.
- Giray, Faruk Kerem. "Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi". **Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Y. 2011-2012, C. 13-14, S. 1-2, ss. 555-577, (MÖHUK Hakkaniyeti).
- Giray, Faruk Kerem. **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi**. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2010.
- Giritlioğlu, Necla. **Yayın Sözleşmesi (Doktora Tezi)**. İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967.

- Goldstein, Paul ve Bernt Hugenholtz. **International Copyright**. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2010.
- Govaere, Inge and F. G. Jacobs. **The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in European Community Law**. London: Sweet and Maxwell, 1996.
- Göğer, Erdoğan. **Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilafı)**. Dördüncü Bası. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.
- Göğer, Erdoğan. **Devletler Hususi Hukukunda Çağdaş Akımlar**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, (Çağdaş Akımlar).
- Gökyayla, Emre. **Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**. En Son Değişiklikler ile 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.
- Grosheide, Willem. “Moral Rights”. Estelle Derclaye (Ed.). **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (242-266). Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009.
- Güngör, Gülin. **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı-Restatement II Roma Sözleşmesi İsviçre LDIP MÖHUK**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Harding, Maebh. **Conflict of Laws**. Fifth Edition. Abingdon: Taylor & Francis Group, 2014.
- Hatemi, Hüseyin ve K. Emre Gökyayla. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**. 3. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Hatemi, Hüseyin. **Kişiler Hukuku**. 6. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Helvacı, Serap. **Gerçek Kişiler**. 8. Bası. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017.
- Hill, Jonathan ve Maire Ni Shuilleabhain. **Clarkson & Hill’s Conflict of Laws**. Fifth Edition, Glasgow: Oxford University Press, 2016.
- Hirsch, Ernst. “Eser Sahipliği, Fikri ve Sınai Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni Bir Görüş”. **AÜHFD**, Y.1944, C.1, S.3, ss.330-342(Eser Sahipliği).
- Hirsch, Ernst. “Türkiye’de Tercüme Hakkının Veçhi Tekamülü”. **İÜHFM** Y.1939, C.5, s.53, ss.46-52, (Tercüme Hakkı).
- Hirsch, Ernst. **Hukuki Bakımından Fikri Say, İkinci Cilt, Fikri Haklar (Telif Hukuku)**. İstanbul: İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, 1943.
- Hirsch, Ernst. **Hukuki Bakımından Fikri Say: Nazari Esaslar, Sınai Haklar (İhtira Beratları ve Sınai Modeller)**. İstanbul: Kenan Basımevi, 1942.
- Hughenoltz, P. Bernt (Ed.), **Harmonizing European Copyright Law The Challenges of Better Lawmaking**. Great Britain: Kluwer Law International, 2009.

- Hugenholtz, P. Bernt. "Copyright without Frontiers: The Problem of Territoriality in European Copyright Law". Estelle Derclaye (Ed.). **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (12-26). Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009.
- Huysal, Burak. "Kanunlar İhtilafı Alanında İkametgâh ve Doğurduğu Sorunlar". **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Y. 2003, S. 2, ss.173-205.
- İskit, Servet R. **Türkiye’de Matbuat Rejimleri**. İstanbul: Ülku Matbaası, 1939.
- Jacob, Robin. **IP and Other Things A Collection of Essays and Speeches**. Portland: Hart Publishing, 2015.
- James, Skone. **Copinger on the Law of Copyright**. Seventh Edition. London: Sweet & Maxwell, 1936.
- Kaplan, Yavuz. **İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Keeling, David T. **Intellectual Property Rights in EU Law Volume I Free Movement and Competition Law**. New York: Oxford University Press, 2003.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. "Telif Hakkı ve Yayın Sözleşmesinin Ayırt Edilmesi". **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**. Y.2001, C.1, S.1, ss.43-51, (Yayın Sözleşmesinin Ayırt Edilmesi).
- Kılıçoğlu, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Genişletilmiş 21. Bası. Ankara: Turhan Kitapevi, 2017.
- Kloss, D. M. "Copyright and the Conflict of Laws". **European Intellectual Property Review (EIPR)**, Y.1985, Vol.6, ss.15-19.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt**. Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası’dan 7 inci Tıpkı Bası. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2017.
- Kono, Toshiyuki (Ed.). **Intellectual Property and Private International Law**. Cornwall: Hard Publishing, 2012.
- Kono, Toshiyuki ve Paulius Jurcys. "General Report". Toshiyuku Kono (Ed.). **Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives** içinde (1-217). Oxford; Hart Publishing, 2012.
- Kono, Toshiyuku. "Intellectual Property and Private International Law General Report (Abbreviated Version)". **International Academy of Comparative Law Washington Congress 2010**: Springer Business and Media, 2012, (General Report).
- Kuipers, Jan-Jaap. **EU Laws and Private International Law The Interrelationship in Contractual Obligations**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

- Kur, Annette. "The CLIP Principles-Summary of The Project". **The Quarterly Review of Corporation Law and Society**.
- Kur, Annette ve Thomas Dreier. **European Intellectual Property Law, Text, Cases & Materials**. Massachusettes: Edward Elgar Publishing, 2013.
- Laddie, Hugh, Peter Prescott ve Mary Victoria. **The Modern Law of Copyright and Designs Volume I**. Second Edition. Edinburgh: Butterwords & Co, 1995, (Volume I).
- Latreille, Antoine. "From Idea to Fixation: A View of Protected Works". Estelle Derclaye (Ed.). **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (133-147). Massachusettes: Edward Elgar Publishing, 2009.
- Lester, David ve Paul Mitchell. **Joynson-Hicks on UK Copyright Law**. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Lorenzen, Ernest G. "Story's Commentaries on the Conflict of Laws- One Hundred Years After". **Harvard Law Review**. Y.1934, Vol.45, ss.15-39.
- Lorenzen, Ernest G. ve Raymond J. Heilman. "The Restatement of the Conflict of Laws". **University of Pennsylvania Law Review**. Y.1935, Vol.83, No.5, ss.555-589.
- Lucas-Schloetter, Agnes. "Is There a Concept of European Copyright Law? History, Evolution, Policies and Politics and the Acquis Communautaire". Irini Stamatoudi ve Paul Torremans (Ed.); **EU Copyright Law** içinde (7-22). Fourth Edition, Croydon: Sweet & Maxwell, 2015.
- Matulionyte, Rita. **Law Applicable to Copyright A Comparison of the ALI and CLIP Proposals**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.
- Maugham, Robert. **A Treatise on The Laws of Literary Property**. London: Longman, Rees, Orme, Brown and Green, Papernoster Row, 1828.
- Miano, Giovanna. "International Patent Licensing Agreements and Conflict of Laws". **Northwestern Journal of International Law & Business**. Y. 1980, Vol. 2, No, 11, ss.11-27.
- Mollamahmutoglu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. **İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1 Bireysel İş Hukuku**. Ankara: Lykeidon Yayınları, 2017.
- Nachbar, Thomas B.. "Intellectual Property and Constitutional Norms". **Columbia Law Review**. Y. 2004, Vol. 104, No. 272, ss.272-362.
- Nomer, Ergin. **Devletler Hususi Hukuku**. 22. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2017.
- Nomer, Haluk N. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş On beşinci Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2017.

- Oğuzman, M. Kemal ve Turgut M. Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**; Gözden Geçirilmiş 16. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**. 16. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Ohly, Ansgar. “Economic Rights”. Estelle Derclaye (Ed.). **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (212-241). Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009.
- Oktay Özdemir, Saibe. “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumlanması ve Boşlukların Tamamlanması”. **İÜHFM**. Y.1996, C.LV, S.1-2, ss.263-296, (İsimsiz Sözleşmeler).
- Oktay Özdemir, Saibe. **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2002.
- Okutan Nillson, Gül. “İleride Vücuda Getirilecek Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Devri”. **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**. Y.2008, C.4, S.15, ss.585-589.
- Okutan, Gül. “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri”. **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999, ss.199-250.
- Olgaç, Senai. **Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri- İlgili Kanunlar**. Ankara: Olgaç Matbaası, 1979.
- Ortan, Ali Necip. **Patent Lisansı Sözleşmeleri**. Ankara: Doğan Basımevi, 1979.
- Özcan, Mehmet. **Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar**. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 1999.
- Özdemir Kocasakal, Hatice. “Doğrudan Uygulanan Kurallar”, Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl (Ed.). **10. Yılında MÖHUK Sempozyumu 7-8 Aralık 2017, Ankara** (içinde 48-85). Ankara: Adalet Yayınevi. 2018.
- Özdemir Kocasakal, Hatice. “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”. **MHB**. Y. 2010, C. 30, S. 1-2, ss.27-88, (Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları).
- Özdemir Kocasakal, Hatice. **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001.
- Özel, Çağlar. **Marka Lisansı Sözleşmesi**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Özel, Sibel. “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”. **MHB-Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**. Y.2002, C.22, S.1-2, ss.577-617, (MÖHUK m. 24/II).

- Özel, Sibel. “Sözleşmesel İlişkide Yabancılık Unsuru ve Hukuk Seçimi”. **Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu 21-22 Nisan 2016 Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar**. Eskişehir: Yetkin Yayınları, 2016, ss.424-425, (Yabancılık Unsuru).
- Özel, Sibel. “Türk Sinemasının 100. yılında Hukuki Açıdan Sansür ve Telif Hakları”, Nurşen Mazıcı (Ed.). **Türk Sinemasının 100. Yılına Armağan** (içinde-159-182). İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Özel, Sibel. **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, (Tahkim).
- Özkan, Işıl, Ceyda Süral ve Uğur Tütüncübaşı (Ed.). **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Özkan, Işıl. **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**. Ankara: Naturel Yayıncılık, 2003.
- Öztekin Gelgel, Günseli ve B. Bahadır Erdem. **27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**. 5. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2016, (Gerekçe).
- Öztrak, İlhan. “Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Korunması Yönünden Pozitif Hukuktaki Tarihi Gelişim”. **AÜSBFD**. Y.1970, C.25, S.3, ss.1-7, (Tarihsel Gelişim).
- Öztrak, İlhan. **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1971.
- Petz, Thomas. “Austria”. Toshiyuku Kono (Ed.). **Intellectual Property and Private International Law Comparative Perspectives** içinde (218-345). Oxford; Hart Publishing, 2012.
- Porter, Vincent. **Beyond The Berne Convention Copyright, Broadcasting and the Single European Market**. London: John Libbey & Company Ltd., 1991.
- Prime, Terence ve David Booton. **European Intellectual Property Law**. Aldershot: Dartmouth Publishing, 2000.
- Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property, Prepared by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), The Final Text December 1 2011, (CLIP Principles Final Text).
- Pürselim Arning, Hatice Selin. “Milletlerarası Özel Hukukta Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Telif Hakları: Sanatçı Salvador Dali ile ilgili Tokyo Yüksek Mahkemesi’nin ve Fransız Mahkemesi’nin Kararları”. **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD)**. Y. 2013, C. 21, S. 1, ss.243-264.
- Reese, Willis L. M. “Conflict of Laws and the Restatement Second”. **Law and Contemporary Problems**. Y.1963, Vol.28, No.4, ss.679-699, (Restatement Second).

- Reese, Willis ve L. M. Reese. “The Second Restatement of Conflict of Laws Revisited”. **Mercer Law Review**. Y.1983, Vol.34, ss.501-521, (Revisited).
- Rogerson, Pippa. “Habitual Residence: The New Domicile?”. **International and Comparative Law Quarterly-ICLQ**. Y.2000, Vol.49, ss.86-107.
- Roosevelt, Kermit ve Bethan Jones. “What a Third Restatement of the Conflict of Laws Do?”. **Symposium on the Third Restatement of The Conflict of Laws**.
- Rothschild, Gita. F. “Forum Shopping”. **Litigation**. Y.1998, Vol.24, No.3, ss.40-75.
- Rowe, L. S. and Redro de Alba. **Copyright Protection in the Americas under National Legislation and Inter-American Treaties**. Washington D. C.: Pan American Union, 1943.
- Sakmar, Ata ve Nuray Ekşi. “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü”. **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**. Y.2002, C.22, S.2, ss.721-744.
- Sappa, Cristiana. “The Principle of Non-Discrimination”. Irini Stamatoudi ve Paul Torremans (Ed.). **EU Copyright Law** içinde (23-37). Fourth Edition, Croydon: Sweet & Maxwell, 2015.
- Sargın, Fügen. “5718 sayılı MÖHUK Çerçevesinde Fikri ve Sınai Haklar ile İlgili Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”. **Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2 Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010, ss.171-197, (Fikri ve Sınai Haklar).
- Sargın, Fügen. “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”. **AÜHFD**. Y.2001, C.50, S.2, ss.37-95, (Karakteristik Edim).
- Sargın, Fügen. **Milletlerarası Unsurlu Patent Ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**. Ankara: Turhan Kitapevi, 2002, (Marka Lisansı Sözleşmeleri).
- Seviğ, Muammer Raşit. **Devletler Hususi Hukuku, Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku**. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983.
- Seviğ, Vedat Raşit. **Kanunlar İhtilafı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları)**. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., 1971, (Yasama ve Yargılama Çatışmaları).
- Sirmen, Kazım Sedat. **Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Southerland, Harold P. “A Plea for the Proper Use of the Second Restatement of Conflict of Laws”. **Vermont Law Review**. Y.2002, Vol.27, ss.1-47.

- Stamatoudi, Irini ve Paul Torremans (Ed.). **EU Copyright Law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2014.
- Steiner, Josephine ve Lorna Woods. **EU Law**. 10th Edition. New York: Oxford University Press, 2009.
- Sterling, J. A. L. ve Trevor Cook (Ed.). **Sterling on World Copyright Law**. Fourth Edition. Croydon: Sweet & Maxwell, 2015.
- Sterling, J. A. L. ve Trevor Cook (Ed.). **Sterling on World Copyright Law**. Fourth Edition, Croydon: Sweet & Maxwell, 2015.
- Stone, Peter. “The Concept of Habitual Residence in Private International Law”. **Anglo-American Law Review-AALR**. Y.2000, Vol.29, (Habitual Residence).
- Stone, Peter. **EU Private International Law Harmonization of Law**. Gloucester: Edward Elgar Publishing Limited, 2006.
- Stone, Peter. **The Conflict of Laws**. Singapore: Longman Publishing, 1995, (Conflict of Laws).
- Strömholm, Stih. **Copyright and the Conflict of Laws A Comparative Survey**. Munich: Carl Heymanns Verlag, 2010.
- Suluk, Cahit, Rauf Karasu ve Temel Nal. **Fikri Mülkiyet Hukuku**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Süzek, Sarper. **İş Hukuku**. 15. Baskı (Tıpkı Basım). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2018.
- Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**. 6. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Şanlı, Cemal. **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, (Milletlerarası Ticari Tahkim).
- Tarman, Zeynep Derya. “Avrupa Birliği Kanunlar İhtilafı Kuralları/Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü (AT 593/2008)”. Işıl Özkan, Ceyda Süral ve Uğur Tütüncübaşı (Ed.). **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku** içinde (371-454). Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Tarman, Zeynep Derya. “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”. **Banka ve Ticaret Dergisi (BATİDER)**. Y.2010, C.26, S.1, ss.143-171, (Hukuk Seçimi).
- Tarman, Zeynep Derya. “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü”. **BATİDER**. Y.2009, C.25, S.2, ss.299-332, (Roma I Tüzüğü).
- Tarman, Zeynep Derya. “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”. **AÜHFD**. Y. 2010, C. 59, S. 2, ss.521-550, (İş Sözleşmesi).

- Tekinalp, Gülören ve Ayfer Uyanık. **Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları**. Güncelleştirilmiş 12. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Tekinalp, Gülören ve Ünal Tekinalp. **Avrupa Birliği Hukuku**. 2. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2000.
- Tekinalp, Gülören, Ergin Nomer ve Ayşe Odman Boztosun. **Private International Law in Turkey**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2012.
- Tekinalp, Gülören. “Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve “En Yakın İrtibatlı Hukuk” Uygulaması”. **Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hatırasına Armağan (1902-1985) Gedächtnisschrift für Prof. Dr. Ernst E. Hirsch (1902-1985)**. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Olgaç Matbaası, 1986, ss.443-450, (En Yakın İrtibatlı Hukuk).
- Tekinalp, Gülören. “Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk- MÖHUK m. 24 ve Zımni Hukuk Seçimi”. **MHB**. Y.1985, C.5, S.1, ss.28-31, (Zımni Hukuk Seçimi).
- Tekinalp, Gülören. “Patent Lisansı Sözleşmesine Uygulanacak Bağlama Kuralı”. **İÜHFM**. Y.1970, C.35, S.1-4, ss.249-266, (Patent Lisansı Sözleşmesi).
- Tekinalp, Ünal. “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun Eser Sahipleri Açısından Yer ve Kişi İtibarıyla Uygulanması”. **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999, ss.367-379, (FSEK’in Uygulanması).
- Tekinalp, Ünal. **Fikri Mülkiyet Hukuku**. Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz ve Murat Develioğlu. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- The American Law Institute. **Intellectual Property: Principle’a Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes (with Comments and Reports Note)**, Part III Applicable Law, (Report).
- Tiryakioğlu, Bilgin. **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996.
- Topçu, Deniz. **Patent Lisans Sözleşmeleri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Topçuoğlu, Hamide. “Tavsif İhtilafları”. **AÜHFD**. Y.1949, C.6, S.1, ss.80-141.
- Torremans, Paul. “Choice of Law in EU Copyright Directives”. Estelle Derclaye (Ed.). **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (457-479). Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009.
- Torremans, Paul. “Intellectual Property and the EU Rules on Private International Law: Match or Mismatch?”. Irini Stamatoudi ve Paul Torremans (Ed.). **EU Copyright Law** içinde (1019-1063). Fourth Edition, Croydon: Sweet & Maxwell, 2015.

- Torremans, Paul. "Scope of Application". European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property. **Conflict of Laws in Intellectual Property The CLIP Principles and Commentary** içinde (47-56),.Croydon: Oxford University Press, 2012.
- Tunçomağ, Kenan ve Tankut Centel. **İş Hukukunun Esasları**. Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2016.
- Tüysüz, Mustafa. **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Ubertazzi, Benedetta. "The Principle of Free Movement of Goods: Community Exhaustion and Paralel Imports". Irini Stamatoudi ve Paul Torremans (Ed.). **EU Copyright Law** içinde (38-52). Fourth Edition, Croydon: Sweet & Maxwell, 2015.
- Ulmer, Eugen. **Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws**. Luxembourg: Kluwer Law and Taxation Publishing Division, 1978.
- Uluocak, Nihal. **Devletler Hususi Hukuku I. Hükmi Şahısların Tabiiyeti II. Gemilerin ve Uçakların Tabiiyeti III. Bağlama Kaideleri (Teşrii Selahiyet İhtilaflarında)**. İstanbul: 1965, (Tabiiyet).
- Uluocak, Nihal. **Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)**. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971.
- Valles, Ramon Casas. "The Requirement of Origininality". Estelle Derclaye (Ed.). **Research Handbook on the Future of EU Copyright** içinde (102-132). Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009.
- Van Calster, Geert. **European Private International Law**. Portland: Hart Publishing, 2013.
- Van Eechoud, Mireille. "Bridging the Gap: Private International Law Principles for Intellectual Property Law". **Dutch Journal on Private International Law (NIPR)**. Y. 2016, Vol. 4, ss.716-723, (PIL for IP).
- Van Eechoud, Mireille. **Choice of Law in Copyright and Related Rights Alternative to Lex Protectionis**. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah. **Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı**. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Velidedeoğlu, Veldet. "Şahsiyet Hakları ve Fikri Haklar". **İÜHFİM**, Y.1939, C.5, s. 129-130, ss.126-137.
- Wolff, Martin. **Private International Law**. London: Oxford University Press, 1945.
- Yarsuvat, Duygun. **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**. Genişletilmiş 2. Baskı. İstanbul: Güryay Matbaacılık, 1984.

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2016.

Yılmaz, Canan. “Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'na Göre Yayım (Neşir) Sözleşmesi”. (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007).

Zevkliler, Aydın ve K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 17. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.

Raporlar:

Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation on the Contractual Obligations („Rome I”) of December 15, 2005 and the European Parliament Committee on Legal Affairs' Draft Report on the Proposal of August 22, 2006, https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Comments_clip-rome-i-comment-04-01-20062.pdf (03 Ağustos 2018).

The American Law Institute, **Intellectual Property: Principle'a Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes (with Comments and Reports Note), Part III Applicable Law (American Law Institute Report),** http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=198062 (4 Mayıs 2018).

Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property, Prepared by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), The Final Text December 1 2011 (CLIP Principles Final Text), https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Final_Text_1_December_2011.pdf (4 Mayıs 2018).

Draft European Parliament Legislative Resolution on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005PC0650&from=EN> (03 Ağustos 2018).

Elektronik Kaynaklar:

www.ab.gov.tr
www.ali.org
www.andreasbucher-law.ch
www.asil.org
www.biyografi.net
www.bumko.gov.tr
www.casemine.com
www.curia.europa.eu
www.eur-lex.europa.eu
www.europarl.europa.eu
www.hcch.net
www.heinonline.org
www.hse.ru
www.ip.court.go.jp
www.ip.mpg.de
www.kentlaw.edu
www.legifrance.gouv.fr
www.legislation.gov.uk
www.lexisnexis.com
www.openjurist.org
www.refworld.org
www.resmigazete.gov.tr
www.shab.amtsblattportal.ch
www.surprem.justia.com
www.turkiyehukuk.org
www.uhdigm.adalet.gov.tr
www.uncitral.org
www.unesco.org
www.unidroit.org
www.vorpeil.de
www.win-cls.sakura.ne
www.wipo.int
www.wto.org