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

TÜRK VE İSVİÇRE BORÇLAR KANUNLARINA GÖRE YAYIN (NEŞİR) SÖZLEŞMESİ

DOKTORA TEZİ

CANAN YILMAZ

İSTANBUL - 2007

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

TÜRK VE İSVİÇRE BORÇLAR KANUNLARINA GÖRE YAYIN (NEŞİR) SÖZLEŞMESİ

DOKTORA TEZİ

HAZIRLAYAN:
CANAN YILMAZ

DANIŞMAN:
PROF. DR. CEVDET YAVUZ

İSTANBUL - 2007

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER I
KISALTMALAR VIII
GİRİŞ 1
I. GENEL OLARAK 1
II. İNCELEME KONUSUNUN PLANI VE KAPSAMI 12

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL OLARAK YAYIN SÖZLEŞMESİ

§1. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI, KONUSU VE ÖZELLİKLERİ 13
I. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN TANIMI 13
II. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI 15
A. YAYINLATAN 15
1. Eser Sahibi 16
a. Eser Üzerindeki Mali Hakları FSEK Uyarınca Kullanmaya Yetkili Olan Çalıştıran ve Tayin Edenler 21
aa. Genel Olarak FSEK m. 18/II ve FSEK m. 18/II'de Öngörülen Karine 21
bb. FSEK m. 18/II'de Öngörülen Karinenin Çürütülebileceği Haller ve Bu Anlamda Eser Sahibinin Mali Haklarını Kullanabilme İmkanları 24
aaa. Taraflar Arasındaki Özel Sözleşme 24
bbb. İşin Niteliği 24
ccc. Eserin İşin Görülmesi Sırasında ve İşle Bağlantılı Olarak Meydana Getirilmemiş Olması 24
b. Tüzel Kişiler 25
c. İşlenme Eserlerde Eser Sahibi 26
d. Birden Çok Şahsın Eser Sahipliği 28
aa. Ortak Eser Sahipliği 28
bb. Eser Sahipleri Arasında Birlik 29
e. Eser Sahipliği Hakkında Karineler 31
aa. Sahibinin Adı Belirtilen Eserlerde 31
bb. Sahibinin Adı belirtilmeyen Eserlerde 31
2. Eser Sahibinin Halefi 31
B. YAYINLAYAN 32
III. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN KONUSU 34
A. GENEL OLARAK 34
B. FSEK ÇERÇEVESİNDE ESER KAVRAMI 36

C. BK m. 372 UYARINCA YAYIN SÖZLEŞMESİNİN KONUSUNU OLUŞTURAN ESERLER ... 39
D. ESERİN YAYIN SÖZLEŞMESİNE KONU OLMA KRİTERİ: ÇOĞALTMA VE YAYMAYA ELVERİŞLİ OLMA ... 42
E. FSEK ÇERÇEVESİNDE KORUNMAYAN ESERLERİN YAYIN SÖZLEŞMESİNE KONU OLUP OLMAYACAĞI SORUNU ... 45
F. GELECEKTE MEYDANA GETİRİLECEK ESERLER VE BU ESERLERİN YAYIN SÖZLEŞMESİNE KONU OLUP OLMAYACAĞI SORUNU ... 47
IV. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ ... 53
A. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ ... 54
1. Rızai Nitelikte Bir Sözleşme Olması ... 54
2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması ... 55
3. Çift Karakterli Bir Sözleşme Olması ve Buna Bağlanan Özel Sonuçlar ... 58
4. Sürekli Edimli Sözleşme Tipleri Arasında Yer Alması ve Güven İlişkisine Dayanması 61
5. Sonuçları Az Çok Talih ve Tesadüfe Bağlı Sözleşmeler (Tehlikeli) Grubu İçinde Yer Almaması ... 63
B. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN "ESER SAHİBİNİN HAKLARINI AMACIN GEREKTİRDİĞİ ÖLÇÜDE GEÇİRME" TEORİSİ İLE İLİŞKİSİ ... 64
C. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİNİN ŞEKLE BAĞLI OLMASI ... 68
D. YAYIN HAKKININ BK m. 373/I ÇERÇEVESİNDE DEVRİ ... 70
1. Genel Olarak ... 70
2. Yayın Hakkının Devrinin Kapsamı ... 70
3. Yayın Hakkının Devrinin Süresi ... 73
4. Yayın Hakkının Devrinin Etkisi ... 75
§ 2. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN ESERİN DEĞİŞİK AÇILARDAN KULLANILMASINI KONU ALAN DİĞER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI ... 76
I. GENEL OLARAK ... 76
II. LİSANS SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI ... 77
III. YAYIN KOMİSYONCULUĞU SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI ... 81
IV. ESER ÇIKARMA (EDİTÖRLÜK) SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI ... 84
V. ESER SİPARİŞİ SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI ... 90
VI. FİLM SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI ... 97
VII. ELEKTRONİK YAYIN SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI ... 100
VIII. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI ... 111

İKİNCİ BÖLÜM
YAYIN SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

§ 3. YAYINLATANIN BORÇLARI VE HAKLARI 112
I. ESERİN BİR NÜSHASINI, ÇOĞALTILMASI VE YAYINLANMASI AMACIYLA YAYINLAYANA TESLİM ETME BORCU 112
A. GENEL OLARAK 112
B. ESERİN TAŞIMASI GEREKEN ÖZELLİKLER 113
1. Eserin Şekli Açıdan Çoğaltılmaya Elverişli Olması 113
2. Eserin İçerik ve Kapsam Açısından Sözleşmeye Uygun Bir Eser Olması 118
C. ESERİN TESLİMİ İLE ESER ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET HAKKININ YAYINLAYANA GEÇİP GEÇMEDİĞİ SORUNU 124
D. TESLİM BORCUNUN İFA ZAMANI 125
1. Tamamlanmış Eserlerde Teslim Borcunun İfa Zamanı 125
a. Genel Olarak 125
b.Tamamlanmış Eserin Cebri İcra Konusu Olup Olamayacağı Sorunu 126
2. Henüz Meydana Gelmemiş veya Tamamlanmamış Eserlerde Teslim Borcunun İfa Zamanı 128
a. Eserin Bizzat Sözleşmede Eser Sahibi Olarak Belirtilen Kimse Tarafından Hazırlanması (Şahsen İfa Borcu) 128
b. Teslim Zamanı 130
E. TESLİM BORCUNUN İFA YERİ 132
II. YAYINLATANIN ESERİN BEKLENMEYEN HAL SONUCU YOK OLMASI HALİNDE İKİNCİ NÜSHASINI VERME VEYA YAZARIN YENİDEN YAZMA BORCU 133
A. GENEL OLARAK 133
B. ESERİN BEKLENMEYEN HAL SONUCU YOK OLMASI 133
1. Yok Olma Kavramı 133
2. Eserin Yayınlayana Teslim Edildikten Sonra Yok Olması 134
C. ESERİN İKİNCİ NÜSHASINI VERME BORCU VE BU BORÇLA YÜKÜMLÜ OLANLAR 137
D. ESERİN İKİNCİ NÜSHASININ OLMADIĞI HALLERDE YAZARIN YENİDEN YAZMA BORCU 138
E. BEDELİN ÖDENMESİ 141
F. TAZMİNAT TALEP EDİLMESİ VE UYGUN TAZMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİ 143
III. YAYINLAYANIN ZARARINA TASARRUFLARDAN KAÇINMA BORCU 144
A. GENEL OLARAK 144

B. YAYINLAYANIN ZARARINA TASARRUFLARDAN KAÇINMA BORCUNUN KAPSAMI ... 146
C. KAÇINMA BORCUNUN SÜRESİ ... 154
D. YAYINLATANIN YAYINLAYANIN ZARARINA TASARRUFLARDAN KAÇINMA BORCUNUN İSTİSNALARI ... 156
IV. YAYINLATANIN YAYIN HAKKININ VARLIĞINI TEKEFFÜL BORCU ... 158
A. GENEL OLARAK ... 158
B. YAYINLATANIN YAYIN HAKKININ VARLIĞINI TEKEFFÜL BORCUNUN KAPSAMI ... 159
1. Genel Olarak ... 159
2. Yayın Sözleşmesinin Kurulma Anında Yayın Hakkının Mevcut Olmaması ... 161
3. Eserin "Korunan" Bir Eser Olması Halinde Yayınlatanın Eser Üzerinde Telif Hakkının Olmamasından Dolayı Sorumluluğu ... 162
C. YAYINLATANIN TEKEFFÜL BORCUNA AYKIRILIK HALİNDE UYGULANACAK HÜKÜMLER ... 163
D. YAYIN HAKKINI DEVREDEN KİŞİNİN DEVRE YETKİLİ OLMAMASININ SONUÇLARI ... 166
1. Devren İktisapta Eser Sahibinin veya Mirasçılarının Onayı ... 166
2. Onayın Verilmemesinin Sonuçları ... 168
V. ESERİN KISMEN VEYA TAMAMEN ÖNCEDEN YAYINLANMIŞ OLMASI HALİNDE YAYINLATANIN BİLDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ ... 170
VI. YAYINLATANIN ESERDE DÜZELTME VE İYİLEŞTİRME YAPMA HAKKI ... 172
A. GENEL OLARAK ... 172
B. ESERDE DÜZELTME VE İYİLEŞTİRME YAPMA HAKKININ KAPSAMI ... 173
C. DÜZELTME VE İYİLEŞTİRME YAPMA HAKKININ KULLANILMA SÜRESİ ... 178
D. DÜZELTME VE İYİLEŞTİRME YAPMA HAKKININ KULLANILMASININ SINIRLARI ... 180
E. ÖNGÖRÜLMEYEN GİDERLERİN YAYINLATAN TARAFINDAN KARŞILANMASI ... 182
VII. YAYINLATANIN BİRARADA BASIM VE AYRI AYRI YAYIN HAKKI ... 184
VIII. YAYINLATANIN ÇEVİRİ HAKKI ... 188
IX. YAYINLATANIN BEDAVA NÜSHA ALMA HAKKI ... 190
§ 4. YAYINLAYANIN BORÇLARI VE HAKLARI ... 195
I. YAYINLAYANIN ÇOĞALTMA BORCU ... 195
A. GENEL OLARAK ... 195
B. BK m. 372 ÇERÇEVESİNDE YAYINLAYANIN ÇOĞALTMA BORCU VE KAPSAMI ... 199

1. Genel Olarak 199
2. BK m. 372 Anlamında Çoğaltma Yöntemi: Uygun Biçimde Çoğaltma 200
C. ÇOĞALTMA BORCUNUN BAŞLAMA ZAMANI 205
D.YAYINLAYANIN ESERİ AYNEN ÇOĞALTMA BORCU 209
E. AYNEN ÇOĞALTMA BORCUNUN/DEĞİŞTİRME YASAĞI KURALININ İSTİSNALARI 212
II. YAYINLAYANIN YAYMA BORCU 214
A. GENEL OLARAK 214
B. YAYMA HAKKI KAVRAMI 214
C. YAYMA BORCUNUN UNSURLARI VE KAPSAMI 218
1. Eserin Tanıtılması ve Duyurulması İçin Gerekli Önlemleri Alma 218
2. Eser Nüshalarının Fiyatının Belirlenmesi 221
3. Eserin Sürümü 224
D. YAYMA BORCUNUN BAŞLAMA ZAMANI 228
E. YAYINLAYANIN ÇOĞALTMA VE YAYMA BORCUNU (YAYIN HAKKINI) ÜÇÜNCÜ KİŞİYE DEVREDİP DEVREDEMEYECEĞİ SORUNU 229
III. YAYINLAYANIN MANÜSKRİYİ GERİ VERME BORCU 232
IV. YAYINLAYANIN BEDEL ÖDEME BORCU 234
A. GENEL OLARAK 234
B. BEDELİN BELİRLENMESİ 239
1. Genel Olarak 239
2. Bedelin Miktarının Belirlenme Yöntemleri 240
a. Bedelin Götürü Olarak Belirlenmesi 240
b. Bedelin Nisbi Olarak Belirlenmesi 242
C. BEDELİN BELİRLİ OLMAMASI HALİNDE HAKİM TARAFINDAN BELİRLENMESİ 245
D. SONRAKİ BASILARDA BEDEL 246
E. BEDELİN ÖDENME ZAMANI 248
V. BEDELİN SATIŞ MİKTARINA BAĞLANMASI HALİNDE YAYINLAYANIN YAYINLATANA SATIŞ HESAPLARINI İNCELEME HAKKI TANIMA BORCU 252
VI. YAYINLAYANIN YENİ BASI YAPMA BORCU 257
A. GENEL OLARAK 257
B. BASI KAVRAMI 258
C. BK m. 375/I UYARINCA YAYINLAYANIN AKSİ KARARLAŞTIRILMADIKÇA TEK BASI YAPMA HAKKI VE BORCU 259
D. BK m. 375/III UYARINCA YAYINLAYANIN BİRDEN FAZLA BASI YAPMA BORCU 261

E. BASI MİKTARININ BELİRLENMESİ, KAPSAMI VE BU MİKTARIN YAYINLAYAN TARAFINDAN AŞILMASININ SONUÇLARI 263
VII. YAYINLAYANIN BEKLENMEDİK HAL SONUCU YOK OLAN ÇOĞALTILMIŞ NÜSHALARI YENİDEN BASMA BORCU 270
VIII. YAYINLAYANIN HAKLARI 275

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
YAYIN SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

§ 5. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN GENEL SONA ERME SEBEPLERİ 278
I. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN TEMERRÜT DOLAYISIYLA SONA ERMESİ 278
A. YAYINLAYANIN TEMERRÜDÜ 278
B. YAYINLATANIN TEMERRÜDÜ 280
II. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN HAKLI SEBEPLE FESHİ 283
A. GENEL OLARAK 283
B. HAKLI FESİH SEBEBİ OLABİLECEK ÖZEL OLGULAR 286
1. Taraflar Arasındaki Güven İlişkisinin Sarsılması, Özellikle Güven İlişkisini Çökertecek Kadar Sürekli Tekrarlanan İhlaller 286
2. Eser Sahibinin Kanaat Değişikliği 292
3. Sonradan Ortaya Çıkan Öngörülemez Nitelikteki Özel Olgular 297
a. Genel Bakış 297
b. Sonradan Ortaya Çıkan Öngörülemez Nitelikteki Özel Olguların İşlem Temelinin Çökmesine Yol Açması 298
c. Haklı Sebeple Fesih İle İşlem Temelinin Çökmesi Arasındaki İlişki 301
d. Sonradan Ortaya Çıkan Öngörülemez Nitelikteki Özel Olgular Yüzünden İşlem Temelinin Çökmesi Olgusunun Gerçekleşmesi ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Sonuçlar 302
e. Sonradan Ortaya Çıkan Bu Olguların İşlem Temelinin Çökmesinin Dışında Bir Sonuca Yol Açması 308
III. ESERİN YAYININ YASAKLANMASI 311
§ 6. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN ÖZEL SONA ERME SEBEPLERİ 311
I. BK'NIN ÖZEL HÜKÜMLERİ ARASINDA YER ALAN YAYIN SÖZLEŞMESİNE ÖZGÜ SONA ERME SEBEPLERİ 311
A. ESER METNİNİN YOK OLMASI 311
B. BASILANIN YOK OLMASI 314
C. ESER SAHİBİNİN ÖLMESİ VEYA ESERİ TAMAMLAYAMAZ HALE GELMESİ 316
1. Genel Olarak 316
2. BK m. 384/II Uyarınca Hakimin Kararı 319

D. YAYINLAYANIN İFLASI 322
E. YAYIN SÖZLEŞMESİ UYARINCA YAYINLAYANA BİRDEN FAZLA BASI YAPMA YETKİSİ VERİLDİĞİ HALDE YAYINLAYANIN YENİ BASI YAPMAYI İHMAL ETMESİ 326
II. FSEK m. 58 UYARINCA YAYINLATANIN CAYMA HAKKI 333
A. KAVRAM 333
B. CAYMA HAKKININ KULLANILMASI İÇİN GEREKEN ŞARTLAR 335
C. CAYMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE CAYMA HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI 342
III. BASI NÜSHALARININ TÜKENMESİ VEYA SÜRENİN SONA ERMESİ 344
§ 7. SÖZLEŞMENİN TASFİYESİ 347
SONUÇ 354
KAYNAKÇA 373

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
AYK	: Alman Yayın Kanunu (Gesetz Über Das Verlagsrecht)
Bkz/bkz.	: Bakınız
Bd.	: Band
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
Diss.	: Dissertation
DMCA	: ABD Dijital Millenium Copyright Act
dn.	: dipnot
E.	: Esas
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, International
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
IIC	: International Review of Industrial Propery and Copyright Law
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
K.	: Karar
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
N.	: Nummer
No	: Numara
OLG	: Oberlandesgericht
RG	: Resmi Gazete

RGZ	: Reichsgerichtssentscheidungen in Zivilsachen
S.	: Sayı
SPR	: Schweizerisches Privatrecht
TBKT	: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UFITA	: Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
URG	: Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
UrhG	: Das Deutsche Urheberrechtsgesetz, Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
WIPO:	: World Intellectual Property Organisation
WCT	: WIPO Copyright Treaty
WPPT:	: WIPO Performences and Phonograms Treaty
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZUM	: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

GİRİŞ

I. GENEL OLARAK

Edebiyat, sanat, müzik, güzel sanat eserleri ve sinema eserlerinin kamuya sunulmasına aracılık etmek son yıllarda çok büyük ve hızlı bir ivme ile gelişen ekonomik sektörlerden biri haline gelmiştir. Özellikle, son yüzyılda yaşanan yeni teknik gelişmeler ve metodlar, eser sahibine eserini önceki yüzyıllarda öngörülemeyen, hatta tasavvur dahi edilemeyen ölçüde yayma imkanı vermiştir. Ancak, bunun uygulanabilmesi öyle büyük çapta ve önemli organizasyon araçlarını ve finansal getiriyi gerektirmektedir ki, her ne kadar bu durum eser sahibine büyük bir özgürlük alanı bıraksa da aynı zamanda eser sahibini büyük bir finansal yük altına sokmaktadır. Eser sahibi bu masrafları çok istisnai hallerde karşılayabilmektedir. ve Finansal kaynağın yanı sıra, eser sahibi, eserin ticari olarak çoğaltılması, piyasaya sürülmesi kamuya tanıtılması için gerekli olan teknik desteklerden, ticari hayatın gereksinimlerinden, piyasa koşullarını kaldıracak güçten de yoksundur. Dolayısıyla, çoğunlukla eser sahibinin bizzat, söz konusu işlemleri yerine getirebilmesi mümkün değildir. Bu yüzden, bu işlemler çoğunlukla finansal açıdan güçlü ve o konuda uzman olan işletmeler, yayınevleri, film ve müzik yapımcıları, radyo ve televizyon kuruluşları tarafından yapılır[1].

Bu veriler ışığında, eserin kamuya sunulmasında eser türlerinin önemi kadar yayınlayan da kilit unsur rolündedir. Zira, yayınlayan eser sahibi tarafından kendisine bırakılan eseri piyasaya sürerek, finansal açıdan destekler ve eserin yayılması faaliyetini organize eder. Yayınlayanın bu işlemi, genellikle eserin daha sonraki kullanım alanları için de bir önkoşul niteliğindedir. Yayınlayan eserin diğer kullanım imkanlarını ya bizzat kendisi düzenler ya da bir üçüncü kişi bu işlemi yerine getirir. Ancak, eser sahiplerinin çoğu için kamuya giden yol yayınlayandan geçmektedir[2].

Yayınlayan ve eser sahibi arasındaki ilişkide çok çeşitli çıkar çatışmaları rol oynar; bir tarafta eserine manevi olarak bağlı olan ve aynı zamanda eser üzerinde mali hakları da olan bir eserin yaratıcısı, diğer tarafta genellikle ticari bir işletmenin sahibi olan yayınlayan yer almaktadır ki, yayınlayan daha çok ekonomik konumu itibariyle ön plandadır. Bu bağlamda, taraflar arasındaki menfaat dengesi de yayın sözleşmesinde çeşitli şekillerde yansımasını

[1] PEDRAZZINI M. Mario, Der Verlagsvertrag, SPR VII/I, Basel 1977, 553; HABERSTUMPF Helmut/HINTERMEIER Jürgen, Einführung in das Verlagsrecht, Darmstadt 1985, 60; SCHACK Haimo, Urheber und Urhebervertragsrecht, Tübingen 2004, 423; TEKİNALP Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005, 221; GUIBAULT M.C.R. Lucie, Copyright Limitations and Contracts, An Analysis of the Contractual Overridability of the Limitations on Copyright, Diss., Amsterdam, London 2002, 198.

[2] PEDRAZZINI, 553; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 60.

bulur[3].

Bir mutlak hak olan fikri hak (telif hakkı), eser sahibini, hukuken korunan objenin, yani eserin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına karşı korumakta, böylece eser sahibi üçüncü kişilerin tecavüzlerini engelleyebilmektedir. Ancak, aynı zamanda eser sahibinin sahip olduğu bu mutlak hak, eser sahibine, yaptığı tasarruflarla, hukuki olarak korunan objesini hukuk alanına, alışveriş hayatına getirerek eserinden ekonomik olarak yararlanma imkanı da vermektedir. Bu bağlamda eser sahibi eseri üzerinde iki şekilde tasarruf etme imkanına sahiptir:

1. Eser sahibi, hakimiyeti altında ve eser üzerinde sahip olduğu hakları, bu haklar -bir şahsa bağlı olmadıkları sürece- devredebilir. Böylece, eser sahibi eseri üzerinde sahip olduğu -eser üzerindeki devredilemeyen manevi haklar hariç- tüm hakları, bir üçüncü kişiye devrederek, üçüncü kişinin, devredilemeyenler dışındaki tüm haklar üzerinde yetkili kılınmasını sağlayabilir[4].

2. Eser sahibi, eser üzerinde sahip olduğu hakları saklı tutarak, sadece hukuken korunan hakkın konusunun başka biri tarafından kullanılmasına izin verebilir, başka bir ifadeyle hakkın devri yerine, sadece bu hakkı üzerinde lisans hakkı da tanıyabilir.

Anılan her iki ihtimal çerçevesinde de -tabi ki hukukun izin verdiği sınırlamalar ve özellikle BK m. 20/I ve sözleşme özgürlüğü uyarınca-, her ilgili, telif hakkı üzerinde sözleşme yaparak, tasarruflarda bulunabilir. Başka bir ifadeyle, belirli şartlar altında telif hakkını üçüncü kişiye devredebilir. Telif hakkını konu alan bu tür sözleşmeler, -tıpkı sınai haklara ilişkin diğer sözleşmeler gibi- yasa koyucu tarafından, bu konuda tek istisna olan yayın sözleşmesi dışında özel olarak düzenlenmemiştir[5].

Yayın sözleşmesi, İsviçre'de olduğu gibi birçok ülkede de, eser sözleşmeleri[6] (telif

---

[3] PEDRAZZINI, 553; TROLLER Alois, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band V, Der Verlagsvertrag, Zürich 1976, 15.

[4] HILTY Reto, Schweizerisches Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht, II/I, Urheber und Verwandte Schutzrechte, Basel, Frankfurt am Main 1995, 521.

[5] Bkz. HILTY, Immaterial, 521; TROLLER, Kommentar, 27; HILTY M. Reto, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, Basel, Frankfurt am Main 1996, 2066; TROLLER Alois, Immaterialgüterrecht, B. II, Basel, Frankfurt am Main 1985, 897; TROLLER Alois, 100 Jahre URG, Festschrift zum einhundertjahrigen Bestehen eines eidgenössischen Urheberrechtgesetzes, 1983, 145 vd.; REHBİNDER Manfred, Schweizerisches Urheberrecht, Bern 2000, 170; PEDRAZZINI, 566; TROLLER Alois/TROLLER Patrick, Kurz Lehrbuch des Immaterialgüterrechts, Basel, Frankfurt am Main 1989, 164, TROLLER Kamen, Gründzüge des Schweizerischen Immaterialgüterrechts, Basel 2001, 282.

[6] Urheberrechtsverträge, Türkçe'ye AYİTER tarafından "eser sözleşmeleri" olarak tercüme edilmiştir. AYİTER Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981, 230. Ancak, eser sözleşmeleri kavramının, BK'da öngörülen istisna (eser) sözleşmesi işe karıştırılma ihtimali olduğu için bu terim yerine, Türk Hukukunda, bu kavrama karşılık gelmek üzere "telif hakkı sözleşmeleri" teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı kanısındayız.
Urheberrechtsverträge terimi TROLLER tarafından eleştirilmektedir. TROLLER, bu terimin daha çok Alman

hakkını konu alan sözleşmeler) ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku alanında pozitif hukukta yer alan ve düzenlenen tek sözleşme olmasının yanısıra, bu alandaki en eski ve en önemli sözleşme olma özelliğini de korumaktadır. Bu sonucun bir uzantısı olarak da, yayın sözleşmesinin "temel bir tip sözleşme" olarak ele alınması ve yasa tarafından düzenlenen bu kuralların diğer telif hakkı sözleşmelerine de kıyasen uygulanması gerektiği görüşleri ve sorunları gündeme gelmektedir[7]. Zira, sözleşme serbestisi ilkesinin bir uzantısı olarak, telif hakkı sözleşmeleri alanında, eser sahibi ile eserden yararlanan arasında kurulan ve eserin kullanımını konu alan çok sayıda ve çeşitlilikte sözleşme tipi bulunmaktadır[8]. Bu çerçevede SCHRİCKER, geniş anlamda, yayın sözleşmesinin, fikri ve sınai haklardan yararlanmaya ilişkin sözleşme tipleri içinde yer aldığını vurgulayarak, bu anlamda, yayın sözleşmesinin, özellikle "patent lisansı sözleşmesi"nde bir karşılık bulduğunu belirtmektedir[9].

Yayın sözleşmesi İsviçre Hukuku'nda İBK'nın, Türk Hukuku'nda BK'nın eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi hükümleri arasında düzenlenmiştir. Buna karşılık Almanya'da, yayın sözleşmesi 19.6.1901 tarihli "Alman Yayın Kanunu (Gesetz Über Das Verlagsrecht)" olarak nitelendirilen ayrı bir kanunla düzenlenmiş ve zamanının en modern kanunu olarak nitelendirilen bu kanun 9.9.1965 tarihinde yapılan ufak tefek değişiklikler dışında, 100 yılı aşmasına rağmen, bugün hala yürürlüktedir[10]. Alman doktrininde SCHACK, yayın sözleşmesinin özel bir kanunla düzenlenmesinin yerine, İsviçre ve Avusturya[11] Hukukunda olduğu gibi BGB'nin özel hükümleri arasında düzenlenebileceğini

---

Hukuku'nda kullanıldığını, ancak hukuki açıdan yerinde bir terim olmadığını, sözleşme kategorilerini bu şekilde nitelendirme şeklinin bir istisna olduğunu belirtmektedir. TROLLER'e göre, bu alışılmış olmayan kavram nitelendirmesi, içerikleri farklı olan sözleşmeleri aynı kategori altında toplama ve bunlara uygun bir üst başlık bulma çabaları sonucunda çıkmıştır. Yoksa sözkonusu terim, satım, lisans, yayın, kira, adi ortaklık ve miras sözleşmesi gibi sözleşmenin konusuna göre nitelendirme şeklindeki bilimsel sistematik veya hukuki bir buluştan uzaktır. TROLLER, 100 Jahre URG, 145-146.

ULMER, telif hakkı sözleşmeleri kavramından, fikri hukuk tarafından korunan eserlerdeki yararlanma haklarının üçüncü kişilere tanınması hakkında yapılan sözleşmelerin anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. ULMER Eugen, Urheber und Verlagsrecht, Berlin, Heidelberg, New York 1980, 383. REHBİNDER'e göre, telif hakkı sözleşmelerinin, eser üzerindeki yararlanma haklarının devredilmesiyle birlikte, eserden ekonomik olarak yararlanma imkanını sağlama görevi gördüğünü, bu işleve sahip olduğunu vurgulamaktadır. REHBİNDER, Schweiz, 2000, 168. Aynı yönde, HUBMANN Heinrich, Urheber und Verlagsrecht, München 1987, 37.

Her telif hakkı sözleşmesi, eser üzerindeki hakları, eserin kendi özelliklerini bir fikri ürün olarak kapsamaktadır. Telif hakkı sözleşmeleri ile, eser sahibi veya hukuki halefi, eserden yararlanacak olan üçüncü kişiye ya bu haklarını devreder, ya da bu haklar üzerinde yararlanma hakları tanır. WYLER Barbara, Der Kunstverlag, Zürich 1983, 107. Bu bağlamda, telif hakkı sözleşmelerinin merkezi unsuru eser sahibi değil, telif hakkının kendisidir. TROLLER, 100 Jahre URG, 146.

[7] HILTY, Immaterial, 522, 525; Bkz. TROLLER, Kommentar, 27; TROLLER, 100 Jahre URG 150; TROLLER, II, 897; REHBİNDER, Schweiz, 170; PEDRAZZINI, 566; WYLER, 136.

[8] DREYER Gunda/KOTTHOF Jost/MECKEL Astrid, Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, Heidelberg 2003, 418; TROLLER Kamen, 282.

[9] SCHRICKER Gerhard, Verlagsrecht, Kommentar, München 2001, 16.

[10] DIETZ Adolf, Der Primäre Urhebervertragsrecht in der Bundesrepublik Deutschland und in den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1984, 70.

[11] Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) §1172 vd.

belirtmektedir[12]. Alman doktrininde, önceleri yayın sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme olmadığı, sadece eser sözleşmesinin özel bir çeşidi olduğu görüşü kabul edilmekteydi. Ancak, 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın ilk yıllarında "yayın hakkı teorisi"nin dikkatleri üzerine çekmesiyle birlikte, yayın sözleşmesinin kendine özgü bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olduğu kabul edilmiş ve yayın sözleşmesi hükümleri de bu çerçevede düzenlenmiş ve şekillenmiştir[13].

Bu çalışmada, İsviçre doktrininde de benimsendiği üzere, İBK'nın yayın sözleşmesi hükümlerinin yanı sıra, AYK'da yer alan hükümler de dikkate alınarak incelenecektir. Zira, AYK'da yer alan yedek hukuk kuralları, İBK'da hüküm olmayan hallerde boşluk doldurma ve tamamlama işlevi açısından başvurulan ilk kaynak olarak göze çarpmakta, söz konusu hükümler sanki bir yönerge veya direktif niteliğindeki hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır[14].

İtalya ve Fransa'da[15] ise yayın sözleşmeleri, fikir ve sanat eserleri kanunlarının revizyonları aşamasında, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunlarında yerlerini almışlardır. Belçika[16] ve İspanya'da[17] da, yayın sözleşmesi Fikir ve Sanat Eserleri Kanunlarında düzenlenmiştir.

Yayın sözleşmesinin İsviçre'de -ayrı tutularak- Borçlar Kanunu hükümleri içerisinde düzenlenmesi öteden beri tartışmalara neden olmuştur. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunlarında yapılan revizyonlar sırasında, yayın sözleşmesinin bağımsız olarak Borçlar Kanunu'nda mı yer alacağı yoksa fikir ve sanat eserleri veya eser sahipleri hakkında kanunun bir parçası olarak mı kalacağı tartışmaları ve beklentilerine rağmen bugüne kadar, yayın sözleşmesinin içeriği konusunda herhangi bir değişiklik yapılmayarak, mevcut yapı korunmuştur[18]. TROLLER, yayın sözleşmesinin İBK'da düzenlenmesinin doğru olduğunu belirtmektedir. Zira, yayın sözleşmesinde her ne kadar edebi eserler ve sanat eserleri ile ilgili sorunlar da ortaya çıksa, asıl sorun doğrudan tarafların hakları ve borçları ile ilgili olup, eserin hukuki niteliği veya eser sahibinin eser üzerindeki hakları değildir. Bu bağlamda, eserin niteliği veya eser sahibinin hakları ile ilgili sorunlar sadece ön sorunlardır, yoksa bu sorunlar, sözleşmeden kaynaklanan asıl sorunlar değildir[19]. Yayın sözleşmesi bir yanıyla sözleşme tarafları

---

[12] SCHACK, 447.

[13] Yayın hakkı teorisinin çıkış noktası, telif hakkı ve yayın hakkı arasındaki ilişkidir. SCHRICKER, 13; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 60.

[14] Bkz. TROLLER, Kommentar, 16; TROLLER, II, 897 vd; PEDRAZZINI, 566; TROLLER/TROLLER, Lehrbuch, 166; HILTY, Basler, 2070; HILTY, Immaterial, 521 vd.

[15] Art. L. 132-1 vd.

[16] Yayın sözleşmesi, Belçika'da 1994 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun m. 25 ve devamında düzenlenmiştir.

[17] İspanya'da 58. madde ve devamında yayın sözleşmesi hükümlerine yer verilmiştir.

[18] Bkz. PEDRAZZINI, 555; HILTY, Immaterial, 522; HILTY, Basler, 2069, 2070; TROLLER, Kommentar, 18; TROLLER, 100 JAHRE URG, 150.

[19] Bkz. TROLLER, 100 Jahre URG, 150; TROLLER, Kommentar, 18.

arasındaki ilişkileri düzenlerken, diğer yanıyla da sözleşme konusu üzerinde doğrudan etkiler doğurur. Yine yayın sözleşmesi bir açıdan sözleşme konusunu oluşturan ve maddi olmayan bir mal niteliğindeki "eser"le ilgiliyken, diğer yandan yayınlayanın işletmesi çerçevesinde yürüteceği faaliyetleri düzenler. Her sözleşme sözleşmenin konusundan etkilenir. Sözleşme konusu olarak "eserin" önemi, herhangi bir maddi eşyadan veya iş görme ediminden daha fazla değildir[20]. Bunların hepsi eşdeğerde sözleşme konularını oluşturur. Sonuçta ele alınması gereken ve gözönünde tutulması gereken belli bir konuya ilişkin bir "sözleşme"dir. Bu bağlamda, her ne kadar yayın sözleşmesi alanında pek çok görüş farklılıkları mevcut olsa da, yayın sözleşmesi herşeyden önce, sözleşme hukukunda ve sözleşmelere ilişkin genel ilkelerde açıklamasını bulur. Genel sözleşme hukukunun çerçevesi içinde kalmak ve sözleşmelere ilişkin genel ilkeleri gözden kaçırmamak şartıyla fikri hukuka ve ticari işletmeler alanına ilişkin yaklaşım biçimleri de etkili olabilecektir. Nitekim İsviçre Hukukunun konuyu Borçlar Kanunu içinde ele alması ağırlık merkezinin genel sözleşme hukuku olduğunu veya olması gerektiğini göstermektedir[21].

Yayın sözleşmesi, fikir ve sanat eserleri kanunlarında düzenlenmiş olsaydı dahi, her sözleşmenin kendine özgü temel unsurlarının yanı sıra, arka planda doğası gereği bir sözleşme olarak yer alacak ve Borçlar Hukuku ile olan bağlılığını da temelde devam ettirecekti[22]. Zira, ilk etapta yayın sözleşmesiyle ilgili olarak vurgulanması gereken nokta, sözleşmesel niteliğidir[23].

Yayın sözleşmesinin Borçlar Hukuku hükümleri arasında düzenlemesine bağlanan sonuçları açısından, üzerinde durulması gereken nokta telif hakkının, sadece yayın sözleşmesinin konusunu oluşturduğu, bunun dışında sözleşmenin klasik bir sözleşme tipi olduğudur. Diğer bir deyişle kanun, telif hakkıyla ilgili olarak bir düzenleme getirmeseydi, BK'da yer alan her norm zaten fikir ve sanat eserleri ile ilgili değil, şu ana kadar da belirtildiği üzere sadece Borçlar Hukuku doğasında ve yapısında olacaktı. BK'da düzenlenen yayın sözleşmesi hükümleri emredici nitelikte hukuk kuralları değildir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkları takdirde devreye girecek olan yedek hukuk kurallarıdır[24].

Bu bağlamda, BK'nın yayın sözleşmesine ilişkin hükümlerinin fonksiyonları sadece yedek hukuk kuralı olarak sözleşmenin içeriğini tamamlamak ve sözleşmenin oluşmasında bir

[20] Bir iş görme sözleşmesinde de bir kişi kendisini bağlar ve işgücünü işverenin emrine amade tutar. TROLLER, Kommentar, 18.
[21] TROLLER, Kommentar, 18.
[22] PEDRAZZINI, 555.
[23] HILTY, Basler, 2070; TROLLER, Kommentar, 18; PEDRAZZINI, 555, HILTY, Immaterial, 523.
[24] Bkz. HILTY, Immaterial, 522-523; TROLLER, Kommentar, 19; HILTY, Basler, 2068 vd.; REHBİNDER, Schweiz, 170; TROLLER/TROLLER, Lehrbuch, 166; TROLLER, II, 897.

yönerge görevi görerek, sadece tarafların tam olarak düzenlemedikleri noktaları doldurmaktır. Bu durumun arkasında çok çeşitli sebepler yatmaktadır: Yasakoyucu diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi, tarihsel gelişimin süzgecinden geçmeden ele alınan, çeşitli olağanüstü, sıradışı hukuk alanları hakkında, tek düze düzenlemeler yapmanın zorluğunun bilincinde olarak ve bunun karşısında çözümü, sık sık teamüllere atıfta bulunarak, belirli bir elastikiyette olan düzenlemeleri tamamlayıcı ve yön gösteren hükümler olarak sevk etmekte bulmuştur. Bu bağlamda, BK'nın yayın sözleşmesini düzenleyen hükümleri de temelde yatan bu anlayış dolayısıyla yayın hukuku alanının temellerine ilişkin bugünkü ekonomik fırsatlar ve imkanlar hakkında çok büyük bir öneme sahip değildir. Örneğin, yasal yayınlayan kavramında, yayınlayanın karakteristik işlevi, eser nüshalarının çoğaltılması ve yayılması olarak ele alınmıştır. Oysa bu işlev, bugün için yayın işleminin sadece bir bölümünü oluşturmaktadır. Yayınlayan bugün, bir eserin toplu olarak değerlendirilebilmesini organize edebilmek için daha uzun bir süreç içinde, daha fazla çaba harcamaktadır. Böylece, yayınlayan eserin değerlendirilmesiyle birlikte bir yandan da daha iyi bir ekonomik sonucu yakalamayı amaçlamaktadır. Bu yüzden yasal yayın sözleşmesi kavramı çoğunlukla eser sahibi ve yayınlayan arasındaki hukuki ilişkinin sadece bir kısmını kapsamakta, daha çok sözleşmenin oluşmasında gerekli olan noktalardaki boşlukları yedek hukuk kuralları olarak doldurma işlevini görmektedir[25]. Bu çıkarımı, uygulamada genellikle meslek birlikleri tarafından yapılan ve genel işlem şartlarını içeren matbu sözleşme örneklerinin çokluğu ve yaygınlığı da desteklemektedir. Bu sözleşme örneklerinde, sözleşmenin yeterince açık olmadığı ve tamamlanmaya gerek olduğu hallerde, BK'nın yayın sözleşmesine ilişkin hükümlerine başvurulmasına rağmen bunun yeterli olmaması halinde ikinci aşamada yasal düzenlemenin dikkate alınması ve uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir[26].

Yayın sözleşmesinin konusunu telif hakkının oluşturması olgusu yayın sözleşmesinin Borçlar Hukuku ile Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku arasındaki köprü işlevini görmesi sonucunu doğurmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yayın sözleşmesi bir ayağı ile telif hakkına basan bir Borçlar Hukuku sözleşmesidir.

Yayın sözleşmesinin konusu, telif hakkının bir kısmının özel bir bölüm (parça) olarak ayrılmış halidir, şeklidir: Eserin sürekli olarak cisimleşmiş, maddi bir varlık kazanmış halinin çoğaltılmasıyla birlikte eser nüshalarının meydana getirilmesi ve piyasaya sunulmasıyla bağlantılı olan her hak yayın sözleşmesinin konusunun oluşturacaktır. Bu yetkinin devri ve

[25] PEDRAZZINI, 554; TROLLER, Kommentar, 19; TROLLER/TROLLER, Lehrbuch, 166; TROLLER, II, 897; REHBİNDER, Schweiz, 170.
[26] TROLLER, II, 897. Ayrıca bkz. HILTY, Basler, 2067; TROLLER/TROLLER, Lehrbuch, 166.

çoğaltmanın gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan eser nüshasının bırakılması, yayın sözleşmesinde yayınlatanın karakteristik edim yükümlerini oluşturmaktadır. Buna karşılık, aynı karakteristik edim yükümlülüğü yayınlayan açısından eserin çoğaltılması ve yayılması olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte bu özellik, yayın sözleşmesini temel olarak, diğer fikri mülkiyet konusu tasarruflara ilişkin sözleşmelerden, (patent veya marka devrinden) ve -çok sık karşılaşılmasa bile- telif hakkını kesin olarak devreden sözleşmelerden ayırmaktadır. Zira, marka veya patentin devri sözleşmelerinde hak sahibi eserin değerlendirilmesi konusunda devralana serbestlik tanıyarak bu hakkı devretmektedir. Devralan kişi, sözleşme ile açıkça eserin kullanılması veya değerlendirilmesi konusunda bir yükümlülük altına girmediği sürece, kendi arzusu doğrultusunda fikri mülkiyet konusunu kullanmayabilir, onu değerlendirmeyebilir. Bu tür sözleşmesel kullanma zorunluluğuna daha çok inhisari lisans sözleşmelerinde rastlanır. Yayın sözleşmesinde de, tıpkı diğer yararlanma hakkı tanıyan sözleşmelerde olduğu gibi temel bir özellik sözkonusudur: Lisans sözleşmelerinde, hak sahibinin lisans alana karşı inhisari hakkını ileri sürmekten feragat etmesi de, yayın sözleşmelerinde hakkın devredilmesi de, inhisari hakkın tanındığı süre boyunca geçerli olsa da, bu süreler daha çok kısa sürelerdir. Sonuç olarak, yayın sözleşmesi de lisans sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi niteliğinde bir sözleşme olmasına karşılık, fikri mülkiyet haklarının devrini içeren diğer sözleşmelerde hukuki ilişki, devrin ve karşı ödemenin gerçekleşmesiyle birlikte -devirden sonra da geçerli olacak tekeffül sorumluluğu saklı kalarak- sona ermektedir[27].

Yayın sözleşmesi her ne kadar, çoğaltma ve yayma haklarının devredilmesinin sonucu olarak temliki sözleşmelere ait olsa da, sözleşme asıl amacı açısından kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmelere, özellikle de inhisari lisans sözleşmesine daha yakındır[28].

Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku açısından, Kıta Avrupası sistemi ile Anglo-Sakson Hukuk sistemlerinin birbirinden tamamen farklı hükümlere yer vermeleri, bu sistemler açısından eser sahibinin hakları ve yayın sözleşmesi hükümlerinin içeriklerinin de farklılık göstermelerine yol açmıştır. Kıta Avrupası sistemi, Fransız İhtilalinin bir uzantısı olarak, "eser sahibini" merkez almakta ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Fransa'da "droit d'auteur", İtalya'da "diritto di autore", Almanya'da "Urheberrecht"[29] olarak nitelendirilmektedir. Buna karşılık, öncelikli olarak ekonomik yönü, desteği ve argümanı ön plana alan ve çoğaltılan

[27] TROLLER, II, 899.
[28] TROLLER, II, 899.
[29] Alman Hukuku'nda, telif hakkının geçirdiği tarihsel süreç hakkında bkz. DIETZ Adolf, Copyright of the Federal Republic of Germany, München 1983, 1-6; STEWART, M. Stephen, International Copyright and Neighboring Rights, New York 1989, 414-418; BOYTHA György, "Whose Right is Copyright?", GRUR Int., C. 6-7; 1983, 381-382.

nüshaların, yani kopyaların korunmasına odaklanan, Amerikan ve İngiliz Hukuku'nda "copyright"[30] terimi kullanılmaktadır[31].

Kıta Avrupası sisteminde, eser sahibi, sözleşmenin zayıf tarafı olarak dikkate alındığından, eser sahibinin kendi haklarını tecrübesizlikten veya aciliyetten bilmediği hallere karşı, eser sahibi tasarruf kısıtlamaları ve önlemlerle korunmuştur. Ancak, "common law" Hukukunda, eserin yaratıcısına, ticari bir kuruluştan daha az itibar edildiği için, her ne kadar ekonomik açıdan daha güçlü olan eserden yararlanan kişi, zayıf olan eser sahibinden daha fazla kar ve menfaat elde etse de, sözleşme serbestisi en üst mertebede kabul görmüştür[32].

İngiliz ve Amerikan Hukuku'nda, yazarlar daha çok bağlı oldukları meslek birlikleri ve acentalar aracılığı ile yayın sözleşmelerini kurmaktadırlar. Zira, meslek birlikleri ve acentalar, yayın hukuku alanında, en profesyonel yazardan daha çok tecrübeye ve bilgiye

---

[30] Copyright, teknik olarak, çoğaltma hakkına sahip olmayı ifade etmekte ve copyright sahibinin, kendisinin dışında yapılan çoğaltmaları engelleyebilme hakkını ifade etmektedir.
Copyright kelimesinin kökeni, ilk olarak İngiltere'de yayınevlerinin yatırımlarının desteklenmesi için kendilerine tanınan imtiyazlara dayanmaktadır. Copyrightın genel olarak felsefesi, öncelikli olarak söz konusu ürünün çoğaltılması için gerekli olan atılımı başlatan, yatırımı yapan, pazarlayan ve bu işlemlerin gerektirdiği ekonomik riski üzerine alan kişinin, bu işlemin sonunda elde edilecek menfaatten yararlanmasına da izin vermektir. Zira, bir kişi ancak bu konuda kendisine bir hak tanındığı ve korunduğu zaman, bu riskli faaliyetlere girişebilecektir. Aksi takdirde, ilk adımı atmayan, gerekli yatırımı yapmayan biri sonradan, bu ürünü çok daha düşük fiyata çoğaltabilme imkanına sahip olabilecektir. Zira, söz konusu kişi, bu işi ilk başlatan gibi ekonomik risk altına girmemiştir. STEWART, 8 vd; GOLDSTEIN Paul, International Intellectual Property Law, Cases and Materials, New York 2001, 142 vd.; BAINBRIDGE I. David, Intellectual Property, London 2007, 27 vd. Ayrıca copyrightın İngiliz ve Amerikan Hukuklarında geçirdiği tarihsel süreç hakkında bkz. BOYTHA, 379-381; Avrupa Birliği Hukukundaki yansımaları için bkz. TRITTON Guy, Intellectual Property in Europe, London 1996, 185 vd.

[31] Bu farklı terminolojinin arkasında temelde, içerik açısından ve tarihsel gelişim açısından farklı sistemlerin kabul edilmesi yatmaktadır. Anglo-Sakson Hukukunda, öncelikli olan ekonomik faktör çoğaltılan nüshaların, yani kopyaların korunmasıdır. Copyright, eserin yaratıcısını değil, ekonomik yatırımı korumayı amaçlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, copyright, "yaratıcılıktan" ziyade, maddi destek üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu çerçevede, copyright'ın ekonomik pespektifinin, "eser" kavramından, eser sahibinin haklarına, dolayısıyla eser sahibinin devredilebilecek haklarına ve devrin kapsamına kadar çeşitli farklılıkları ve etkileri vardır. Zira, copyright, başlangıç adımı olarak, orjinal üründen kopyalar yapabilme hakkını korumayı benimsediğinden, eser sahibinin ekonomik, kişisel ve manevi hakları, common law hukukunda gözetilmemektedir. SCHACK, 11-12; STEWART, 8; GOLDSTEIN Paul, "Adaptation Rights and Moral Rights in the United Kingdom, the United States and the Federal Republic of Germany, IIC, 1983, S. 1, 44, 50; DAVIES Gillian, "The Convergence of Copyright and Authors' Rights- Reality of Chimera?, IIC 1995; S. 6, 965; GUIBAULT, 7; DREIER Thomas, "Authorship and New Technologies from the Viewpoint of Civil Law Traditions", IIC, S. 6, 1995, 989-995; BAINBRIDGE, 28.
İngiliz Hukuku'nda olduğu gibi, Amerikan Hukuku'nda da, eser sahibinin manevi hakları açıkça kabul edilmemiştir. GOLDSTEIN, Adaptation and Moral Rights, 50. Oysa, Kıta Avrupası sisteminde, eser sahibinin manevi hakları çok büyük bir öneme sahiptir. Zira, özellikle kariyerinin ilk aşamalarında eser sahibini, katlanılmaz bulacağı ekonomik baskıdan korumak için, kendisine bu haklar tanınmıştır. STEWART, 7.
Buna karşılık, Kıta Avrupası sisteminde, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunları, ilk planda "eser sahibini" kilit unsur olarak ele aldığından, bu durum eser sahibinin haklarının ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin hükümlerin içerikleri açısından da etkili olmuştur. GOLDSTEIN, 54. Zira, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, eser sahibini sadece eserinin ekonomik olarak değerlendirilmesi açısından korumaz, aynı zamanda eser sahibinin eseriyle olan kişisel ve manevi bağları ve ilişkisi açısından da korur. JANN Ph. Martin, Werkeinheit und Werkmehrheit im Urheberrecht, Die Kollektive Urheberschaft im schweizerischen Urheberrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsbeziehungen bei der Multimedia-Produktion, Diss., Zürich 1998, 13.

[32] SCHACK, 11,12; STEWART, 7-8.

sahip olduklarından, yazarları da, Miras Hukuku konusunda ortaya çıkabilecek olan problemlerden, en karmaşık yayın sözleşmesi hükümlerine karşı koruyabilmekte, piyasadaki rekabeti de geliştirebilmektedirler. Bu bağlamda, bu meslek birlikleri ve kuruluşlar yayınlayanla, sözleşme müzakerelerine girişebilmek için yayın sözleşmesi taslaklarını hazırlamaktadırlar[33].

Her ne kadar, Kıta Avrupası sistemi, eser sahibini kilit unsur olarak alarak, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunlarını bu perspektiften düzenlese de, yayın sözleşmesi hükümlerinin hem BK ve İBK'da, hem de AYK'da emredici nitelikte olmayıp, sadece taraflara sunulan yedek hukuk kuralları, örnek hükümler olmaları, sözleşme taraflarına geniş bir sözleşme serbestisi bırakmaktadır ki, bu durum, yayın hukuku uygulamasında, kurulan yayın sözleşmelerinin yasal düzenlemeden farklı hükümler içermelerine yol açmaktadır. Zira, yayın uygulamasında, taraflar yasal pozitif hükümlerden farklı hükümleri tercih etmektedirler. Bunun doğal uzantısı olarak da, sözleşmenin zayıf tarafı olan eser sahibi, ekonomik açıdan daha güçlü konumda olan, iyi bir yapısal temele dayanan ticari bir işletmenin, yani yayınlayanın tek taraflı olarak, önceden hazırlamış ve sunmuş olduğu şartları içeren yayın sözleşmesi hükümlerini kabul etmek zorunda kalmaktadır. Zira, bu önceden hazırlanan formüler sözleşmelerde, eser sahibinin "ya kabul et, ya da vazgeç" (Take it or leave it) seçeneklerinden başka bir alternatifi yoktur. Özellikle yukarıda da belirtildiği gibi, eser sahibinin, daha işin başında olan amatör biri olması, yayınlayana karşı müzakere edebilme ve direnme gücünü de azaltmakta, hatta yok etmektedir. Yayınlayan küçük bir şirket veya global yapıda uluslararası bir şirket olsa da, eser sahibi karşısında, yayınlayanın piyasadaki farklılığı ve rekabet gücü çok açıktır. Global yapıdaki şirketlerin menfaatlerinin en iyi şekilde korunması için tasarlanan bu formüler sözleşmeler, yine eserden yararlanacak olan, bu büyük endüstriyel kuruluşlar tarafından hazırlanmaktadır. Sonuç olarak, eser sahibinin bakış açısıyla, bu konudaki en büyük problem taraflar arasındaki eşitsizlik ve dengesizlik olarak gözükmektedir[34].

---

[33] CORNISH William & LLEWELYN David, Intellectual Property; Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights, London 2003, 510. Ancak, bu acenteler her ne kadar sözleşmenin içeriğini belirlese de, bunların kural olarak sözleşmenin akdedilmesi için gerekli olan imza yetkileri yoktur. Dolayısıyla, bu tür acenteler yalnızca müzakerelerde ve sadece temsilci olarak bulunurlar, yoksa bunların sözleşme kurma yetkileri ve güçleri yoktur. PLEISTER Christian, "Buchverlagsverträge in den Vereinigten Staaten -ein Vergleich zu Recht und Praxis Deutschlands", GRUR Int. C. 8-9; 2000, 677-680. Ayrıca bkz. GARNETT Kevin/DAVIES Gillian/HARBOTTLE Gwilyn, Intellectual Property Library, London, New York 2005, 1389-1404; HENRY Micheal, Publishing Law and Multimedia Law, New York 1994, 100-115; OWEN Lynette, Clark's Publishing Agreements, London 2002, 5 vd.

[34] SCHRICKER Gerhard, "German and Comperative Intellectual Property Law- Efforts for a Beter Law on Copyright Contracts in Germany- A Never Ending Story, IIC 2004, S. 7, 850; ULMER Eugen, "Some Thoughts On The Law of Copyright Contracts", IIC, 1976, S. 2, 208, 215 vd; KATZENBERGER Paul, "Protection of the Author as the Weaker Party to a Contract under International Copyright Contract Law", IIC, 1988, S. 6, 732 vd.; Ayrıca bkz. TROLLER, Kommentar, 19; TROLLER/TROLLER, Lehrbuch, 166;

İşte bu sakıncalar ışığında, doktrin uzun yıllardan beri süre gelen tartışmalarda eser sahibinin hukuki durumunu güçlendirmek için öneriler sunmaktadır. Bugün, Alman Hukuku'nda nerdeyse oybirliği ile benimsenen görüş, fikri hukuk mevzuatının, telif hakkı sözleşmeleri düzenlemesi olmadan tamamlanamayacağı yönündedir[35].

Yine, de lege ferenda olarak, eser sahibinin korunması amacıyla, her telif hakkı sözleşmesi tipi için bazı emredici hükümlerin yasal pozitif hükümlerde yer almaları da bu çerçevede ileri sürülmektedir[36]. Zira, eser sahibinin hakları, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunları tarafından en etkili şekilde korunsa da, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca, taraflar, bu anlamda yayınevleri, film ve müzik yapımcıları, bu düzenlemelerin aksini kararlaştırabilmektedirler. Bu bağlamda, yasa koyucunun görevi ve öncelikli amacı, sözleşmenin asıl amacıyla sınırlı olmak üzere, telif hakkı sözleşmeleriyle ilgili bir takım özel emredici hükümlere yasalarda yer vermeleridir[37]. Zira, İsviçre yasa koyucusu, hizmet sözleşmesi veya kira sözleşmesinden farklı olarak, yayın sözleşmesinde taraflar arasındaki güç dengesizliğini, yayınlatanı koruyan emredici hukuk kuralları koymayarak, dengenin kurulmasını ihmal etmiştir[38]. HILTY, bu sonuca hizmet veya kira sözleşmesinde taraflar arasındaki eşitsizliğin giderilmesi için kabul edilen ve temelini TMK m. 2'deki dürüstlük kuralında bulan "sözleşmenin zayıf olan tarafını koruma" düşüncesi ve ilkesinden hareketle, yasal düzenlemelerde işçi veya kiracı lehine kabul edilmiş emredici hükümlerin yer alması karşısında ulaşmıştır.

Ancak, eser türleri arasındaki farklılık bu konuya daha dikkatli yaklaşılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, her eser türüne ilişkin sözleşmenin özellikleri ve taraf menfaatlerinin tartılmasıyla, telif hakkı sözleşmeleri alanında sözleşme serbestisi prensibinin sınırları belirlenecektir. Diğer bir ifadeyle, soyut olarak sözleşme yapıp yapmama serbestisinin yanısıra, sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi de, yukarıda da belirtildiği üzere belirli sınırlar ve kısıtlamalarla yine korunmalıdır. Ancak, bütün telif hakkı sözleşmeleri aynı kefeye konarak, düzenlenmemelidir[39]. Bu sonuç, eser türleri ve sözleşme tipleri arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır.

Eser sahibini koruma düşüncesinin bir uzantısı olarak, Almanya'da 01.07.2002 tarihinde yürürlüğe giren, "Eser Sahiplerinin ve Sanatçıların Sözleşmesel Konumunu

---

TROLLER, II, 897; HILTY, Basler, 2067.
[35] Bkz. SCHRICKER, Copyright Contracts, 850.
[36] ULMER, "Copyright Contracts", 216; HILTY, Basler, 2067; KATZENBERGER, 732.
[37] KATZENBERGER, 733; HILTY, Basler, 2067.
[38] HILTY, Basler, 2067.
[39] ULMER, "Copyright Contracts, 850.

Güçlendirme Kanunu[40]", 1965 tarihli UrhG'nin (Alman Eser Sahipleri Hakları ve Komşu Koruyucu Haklar Hakkında Kanun) bazı paragraflarını eser sahipleri ve sanatçılar lehine değiştirmiş ve söz konusu değişiklik gerek Avrupa Birliği ülkelerinde, gerek ABD'de büyük yankı bulmuştur. Bu kanunla, yasa koyucu eser sahibinin ve sanatçıların çalışmalarının karşılığında uygun bir telif ücreti veya bedel alma haklarını garanti altına almayı hedeflemiştir. Özellikle gerek sözleşmenin kurulması aşamasında, gerekse sözleşmenin kurulmasından sonra eser sahibinin uygun bir telif ücreti talep etme hakkının tanınması, eserin çok satanlar listesine girmesi halinde eser sahibine, sonradan kazanılan gelire katılma hakkının kolaylaştırılarak tanınmasına ilişkin hükümler reform niteliğinde hükümler olarak kabul edilmektedir. Yine, meslek birliklerinin ortak bir telif ücreti standardının belirlenmesi noktasındaki katılımları ve son aşamada tahkim kurumunun devreye girmesi de bu reformist yapıyı desteklemektedir[41]. Yeni değişiklikle kabul edilen §32b, telif ücreti ile ilgili olan §32 ve §32a hükümlerinin emredici nitelikte olduklarını hükme bağlamıştır. Bunun sebebi ise, yukarıda da belirtildiği üzere eser sahibini ve sanatçıyı korumaktır. Bu bağlamda, her ne kadar AYK'nın yayınlayanın iflasını düzenleyen §36 dışındaki tüm hükümleri, bu anlamda telif ücretine ilişkin hükümleri yedek hukuk kuralı olsa da, 2002 değişikliği ile UrhG'nin telif ücretine getirilen emredici hükümler, AYK'nın telif ücretine ilişkin hükümlerini de etkileyecektir[42]. Söz konusu hükümlere, tezimizin ilgili bölümlerinde değinilmiştir.

Bu çerçevede, uygulamada sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, çoğunlukla yayınevlerinin, yasal düzenlemelerden ayrılarak hazırlamış oldukları ve yazara sadece imza

---

[40] "Gesetz zur Starkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlerin".

[41] Kanunun adından da anlaşıldığı üzere, bu değişikliğin amacı, büyük medya ve endüstri kuruluşları karşısında, eser sahibinin ve sanatçının müzakere ve rekabet gücünü arttırmaktır. Yeni kanun, Alman Hukuku'nda yeni bir gelişmeyi temsil eden, kısmen maddi hukuka kısmen de usul hukukuna ilişkin bir takım hükümler içermektedir. Ancak, kanun son yıllarda ortaya çıkan, eser sahibine ve sanatçılara sadece koruma hakları tanımanın, aktüel ve profesyonel korumadan uzak olması, buna yeterli yanıtı vermemesi gerçeğinin farkına varılmasının bir sonucudur. Zira, olayların çoğunluğunda, eser sahibine bir taraftan yasa koyucu tarafından verilen haklar, diğer taraftan sözleşmenin karşı tarafı olan yayınlayan tarafından, sözleşme serbestisi kapsamında alınmaktadır. İşte böyle bir paradoksun daha fazla tolere edilememesi, yapılan bu değişikliğin temel sebebini oluşturmuştur. Yapılan değişiklikle ana ilke olarak, "uygun bir telif ücreti hakkı" kabul edilmiştir. Yine, ortak telif ücreti standartları oluşturulması, telif ücretinin belirlenmesinde, ticari hayattaki teamül ve adil olma kriteri, eserin çok satanlar listesinde yer alması halinde eser sahibinin sonradan ortaya çıkan yeni gelire katılma hakkı, meslek birliklerinin ortak bir telif ücreti standardı belirlemesine ilişkin hükümler ve tahkim prosedürü şeklinde özetlenebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DIETZ Adolf, "Amendment of German Copyright Law in Order to Strengthen the Contractual Position of Authors and Performers, IIC 2002, S. 7, 828 vd.; SCHACK, 432-436; SCHRICKER, "Copyright Contracts", 854 vd.; PEUKERT Alexander, "Protection of Authors and Performing Artists in International Law-Considering The Example of Claims for Equitable Remuneration Under German and Italian Copyright Law", IIC 2004, S. 8, 900 vd..

[42] Bkz. DIETZ Adolf, "Amendment of German Copyright Law in Order to Strengthen the Contractual Position of Authors and Performers, IIC 2002, S. 7, 828 vd.; SCHACK, 432-436; SCHRICKER, "Copyright Contracts", 854 vd.; PEUKERT Alexander, "Protection of Authors and Performing Artists in International Law-Considering The Example of Claims for Equitable Remuneration Under German and Italian Copyright Law", IIC 2004, S. 8, 900 vd..

atma imkanının verildiği formüler sözleşmelerdeki hükümlerin sınırlarını da UrhG'deki emredici hükümler çizmektedir.

II. İNCELEME KONUSUNUN PLANI VE KAPSAMI

"Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarına Göre Yayın (Neşir) Sözleşmesi" konulu çalışmamız Giriş kısmından sonra, üç bölümden oluşmaktadır. Giriş, I. Genel Olarak kısmında, incelemenin amacı belirtilerek, yayın sözleşmesine ilişkin temel bilgilere ve kavramlara yer verilmiş, yayın sözleşmesinin mukayeseli hukuk ve sistematik yapı açısından düzenleme yerine değinilmiştir. İnceleme konusunun birinci bölümünde, "Genel Olarak Yayın Sözleşmesi" irdelenmiş, bu çerçevede, yayın sözleşmesinin tanımı, tarafları, konusu ve özellikleri ile yayın sözleşmesinin eserin değişik açılardan kullanılmasını konu alan diğer sözleşmelerle karşılaştırılması konuları ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, "Yayın Sözleşmesinin Hükümleri" ele alınmıştır. Bu başlık altında, yayınlatanın borçları ve hakları ile yayınlayanın borçları ve hakları, detaylı olarak incelenmiştir. Çalışmanın üçüncü bölümü "Yayın Sözleşmesinin Sona Ermesi" irdelenmiştir. Bu bölüm altında, yayın sözleşmesinin genel ve özel sona erme sebepleri, bu anlamda özellikle sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyan yayın sözleşmesinin haklı sebeple feshine ayrıntılı olarak yer verilerek sözleşmenin tasfiyesi ele alınmıştır.

Genel olarak çalışmamızda, yayın sözleşmesine ilişkin BK hükümleri, bu hükümleri karşılayan TBKT ile karşılaştırmalı olarak incelenmiş, bu çerçevede konuya ilişkin FSEK hükümleri ve Yargıtay Kararlarına da yer verilmiştir. İnceleme konusu kapsamında İsviçre Borçlar Kanunu hükümlerinin ve konuya ilişkin Federal Mahkeme kararlarının yanısıra, Alman Yayın Kanunu hükümleri de karşılaştırmalı ve ayrıntılı olarak ele alınarak Alman Yüksek Mahkemesi ve İmparatorluk Mahkemesi kararlarına da değinilmiştir. Çalışma konusuna ilişkin İsviçre Eser Sahipleri Hakları ve Komşu Koruyucu Haklar Hakkında Kanun ile Alman Eser Sahipleri Hakları ve Komşu Koruyucu Haklar Hakkında Kanun ve bu Kanun'da 2002 yılında eser sahibinin ve sanatçıların sözleşmesel konumunu güçlendirmek için yapılan değişiklikler de incelenmiştir. Bu bağlamda, inceleme konusuna ilişkin doktrin tartışmalarına ve değerlendirmelere de yer verilmeye çalışılmıştır. İnceleme konusu içinde, teknolojik gelişmelerin bir uzantısı olarak ortaya çıkan "elektronik yayın" ve "elektronik yayın sözleşmesi" konularına da karşılaştırmalı olarak yer verilerek, konuya ilişkin WIPO Andlaşmaları ile Amerikan Telif Hakkı Kanunu ve AB Direktifi incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL OLARAK YAYIN SÖZLEŞMESİ

§1. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI, KONUSU VE ÖZELLİKLERİ

I. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Yayın sözleşmesi BK'nın 372 ile 385. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İBK m. 380'i karşılayan BK m. 372, "(Neşir) yayın sözleşmesi bir akittir ki onunla edebi ve sınai bir eserin müellifi veya halefi, o eseri bir naşire terk etmeyi taahhüt ve naşir de o eseri az çok teksir ile halk arasında neşretmeyi iltizam eder" hükmünü içermektedir. Bu madde baz alınarak yayın sözleşmesinin tanımı, tarafları ve unsurları irdelendiğinde sözleşmenin tarafları olarak "müellif" ve "naşir" terimlerinin kullanıldığı ilk etapta göze çarpmaktadır ki, bu terimlerin her zaman yerinde ve doğru terimler olmadığı açıktır. Zira, yayın sözleşmesinin bir tarafını her zaman naşir (yayınlayan) teşkil etmekle birlikte; sözleşmenin diğer tarafını her zaman müellif yani yazar veya halefi oluşturmaz[43]. BK m. 372'de "müellif" sözünün kullanılması, İBK'nın Fransızca metninden yapılan çevirisinden kaynaklanmaktadır. Zira, yukarıda da belirtildiği üzere, mehazın almanca metninde Türkçeye "eser sahibi veya halefi" olarak çevirebileceğimiz (yayınlatan) olarak "urheber oder seiner rechtsnachfolger" (verlaggeber) terimleri kullanılmıştır. Bu bağlamda, yeni Borçlar Kanunu Tasarısı da, yukarıda belirtilen sakıncaları ve bu konuda ileri sürülen eleştirileri dikkate alarak, TBKT'nın sekizinci bölümünde düzenlediği ve adını "Yayım Sözleşmesi"[44] olarak nitelendirdiği bu

[43] Bkz. HÜSEYİN Hatemi/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, 376; YAVUZ Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 2002, 527; ZEVKLİLER Aydın, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004, 349; GİRİTLİOĞLU Necla, Yayın Sözleşmesi, İstanbul 1967, 45; BİLGE Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971; FRANKO Nisim, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri, Ankara 1981, 5; YARSUVAT Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul 1984, 193.

[44] Her ne kadar TBKT'de "yayım sözleşmesi" kavramı tercih edilmiş ve sözleşmenin tarafları olarak da "yayımlatan" ve "yayımcı" terimleri kullanılmış olsa da, mevcut literatürde "yayın sözleşmesi", "yayınlayan" ve "yayınlatan" kavramları yerleşik kavramlar olarak kullanılmıştır. Bunun yanısıra, bir mali hak olan "yayma hakkı" ile kamuya sunulma olgusu niteliği taşıyan "yayımlama"nın da (FSEK m. 7/II) birbirinden farklı kavramlar olduğu vurgulanmalıdır. Bkz. AYİTER, 133 vd.; TEKİNALP, 175. Bu anlamda yayma, eseri veya nüshalarını herhangi bir şekilde dağıtma hususundaki yetkiyi, bir vakıa olan yayımlama ise bu yetkinin kullanılması sonucu, eserin nüshaların dağıtılmasıyla kamuya sunulmasını ifade eder. Zira, FSEK m. 7/II, "bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayımlanmış" sayılır hükmüne yer vermektedir. Buna karşılık, tezin ilgili bölümlerinde de irdelendiği üzere yayınlayanın yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte kendisine devredilen çoğaltma ve yayma hakları toplu olarak "yayın hakkı" olarak nitelendirilmektedir. Telif hakkının bir parçası, türevi olan ve eseri çoğaltabilmek ve yayabilmek için

sözleşmeyi TBKT m. 487'de şu şekilde tanımlamıştır: "Yayım Sözleşmesi, bir ilim veya edebiyat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir". TBKT ile, 818 sayılı BK'nın bu sözleşmeye ilişkin maddelerinde kullanılan "eserin müellifi" yerine "yayımlatan", "naşir" yerine de "yayımcı" terimlerinin kullanılmasının tercih edildiği, TBKT m. 487'nin gerekçesinde belirtilmiştir. Keza, TBKT'nın 487. maddesinin gerekçesinde, "818 sayılı BK'nın 372. maddesini karşılayan 487. maddesi, 372. maddede kullanılan "edebi ve sınai bir eserin müellifi" şeklindeki ibare, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 2. maddesiyle de uyumluluk sağlanması amacıyla "bir ilim veya edebiyat eseri sahibinin" şekline dönüştürülmüştür" ifadesi yer almaktadır. Ayrıca, yine söz konusu maddenin gerekçesinde, BK 372. maddesinde kullanılan "az çok" ifadesinin gereksiz görülerek tasarıya alınmadığı belirtilerek "metinde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Alman Yayın Kanunu, §1 ve devamında yayın sözleşmesinin tarafı olarak "yazar" terimi kullanılmıştır. Ancak, Alman Hukuku'nda, yazar terimi sadece, şekli olarak sözleşme taraflarından birini nitelendirmek için kullanılmaktadır. Sözleşme ilişkisi çerçevesinde, "yazar", eserini yayına veren (yayınlatan) ve böylece yayınlayana eserin kullanılmasını bırakan sözleşme taraflarından biri olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda, eseri yayına veren kişi, eser sahibi olabileceği gibi, eser sahibinin halefi de olabilir[45].

Mehaz İBK m. 380 ise, "Neşir (yayın) sözleşmesiyle, edebi ya da sanata ilişkin bir eserin eser sahibi veya halefleri (yayınlatan/Verlaggeber), o eseri yayınlanması amacıyla yayınlayana bırakmayı üstlenirlerken, buna karşılık yayınlayan da eseri çoğaltma ve yaymayı üstlenir" hükmünü içermektedir.

İBK m. 380'nin kenar başlığının "kavram" olması, bu maddenin İsviçre Hukuku'nda yayın sözleşmesinin unsurlarını belirlediğini gösterir. Bu maddede belirtilen ayırıcı unsurları taşımayan bir sözleşme, taraflar bu sözleşmeyi yayın sözleşmesi olarak adlandırsalar dahi, yayın sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Tarafların yayın sözleşmesi olarak adlandırdıkları ancak gerçekte yayın sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecek bir sözleşmedeki boşluklara, yayın sözleşmesine ilişkin hükümler tamamlayıcı olarak kullanılamaz[46].

Bu bağlamda, anılan hükümlerin irdelenmesi üzerine, yayın sözleşmesinin tarafları,

---

yayınlayanın sahip olduğu, mutlak hak niteliğindeki "yayın hakkı", yayın sözleşmesinin tasarrufi niteliği gereği, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, yayınlatanın malvarlığından çıkıp yayınlayanın malvarlığına geçmektedir. Bu bilgiler ışığında, biz de çalışmamızda "yayın sözleşmesi", "yayınlayan" ve "yayınlatan" kavramlarının kullanılmasının tercih edilmesinin daha uygun olacağı kanısındayız.

[45] Bkz. SCHACK, 453; SCHRICKER, 120.

[46] TROLLER, Kommentar, 24.

"yayınlatan" ve "yayınlayan" olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

A. YAYINLATAN

Yayınlatan (Verlaggeber) üst kavramı, bir edebi eserin veya diğer bir sanat eserinin eser sahibini veya haleflerini belirtmek için kullanılır[47]. Bu bağlamda, yayın sözleşmesinin karşı tarafının mutlaka eser sahibi olması gerekmez. Diğer bir ifadeyle yayın hukuku, sözleşme tarafı olarak eser sahibi veya halefi arasında bir ayrım yapmamaktadır[48].

URG m. 6 (İsviçre Eser Sahipleri Hakları ve Komşu Koruyucu Haklar Hakkında Federal Kanun[49]) uyarınca, "eser sahibi, bir eseri meydana getiren gerçek kişidir". Bu kural tüzel kişileri dışta bırakarak, sadece gerçek kişileri eser sahibi olarak tanımakta olup yürürlükteki İsviçre Hukukuna ve bu hukukun etkisi altında kalmış olan yürürlükteki mevzuata da uygundur[50].

Alman Yayın Kanunu, §1 ve devamında yayın sözleşmesinin tarafı olarak "yazar" terimi kullanılmıştır. Ancak yine, AYK §48, "yayınlayanla yayın sözleşmesini kuran yazar dışındaki kişiler hakkında da AYK hükümlerinin uygulama alanı bulacaktır" hükmünü içermektedir. Ancak, Alman Hukuku'nda, yazar terimi sadece, şekli olarak sözleşme taraflarından birini nitelendirmek için kullanılmaktadır. Sözleşme ilişkisi çerçevesinde, "yazar", eserini yayına veren (yayınlatan) ve böylece yayınlayana eserin kullanılmasını bırakan sözleşme taraflarından biri olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda, eseri yayına veren kişinin kendisinin bizzat eser sahibi olup olmaması önemli değildir. Ancak, yazar çoğunlukla eser sahibi olmakla beraber, eser sahibinin halefi de olabilir. Yine, eseri yayına veren kişi, eser sahibinden eserin sadece yararlanma haklarını kazanan kişi de olabilir[51].

---

[47] TROLLER, Kommentar, 25; HILTY, Basler, 2072; HILTY, Immaterial, 527; BUCHER Eugen, Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 1988, 215.

[48] Ancak, aynı durum Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku açısından geçerli değildir. Çünkü eser sahipliğinin aslen kazanılması ile eser üzerindeki hakların devren iktisap edilmesi aynı içerikte ve birbirlerini kapsayan kavramlar değildir. Zira, eser sahibinin eser üzerinde sahip olduğu haklardan sadece mali haklar devredilebilir, eser üzerinde eser sahibinin sahip olduğu manevi haklar prensip olarak devredilemezler. Dolayısıyla, yayın sözleşmesinin eser sahibinin halefi ile kurulmuş olması, eser sahibine karşı yapılan tecavüzlerde eser sahibinde kalan hakları etkilemeyecek, eser sahibi bu hakları üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecektir. Zira, eser sahibinin halefinin bu hakları ileri sürmekten feragat etmesi mümkün değildir.; HILTY, Immaterial, 527.

[49] İsviçre'de yeni kanun 01.07.1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[50] TROLLER, Kommentar, 25; von BÜREN Roland, Schweizerisches Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht, III/I, Urheberrecht und Verwandte Schutzrecht, Basel, Frankfurt am Main 1995, 133-134; AYİTER, 90; TEKİNALP, 134; EREL Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998, 69.

[51] Bkz. SCHACK, 453; SCHRICKER, 120; ULMER, 429; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 66, 67.

1. Eser Sahibi

Yayın sözleşmesinin bir tarafını oluşturan "eser sahibi" kavramı FSEK hükümlerine göre tanımlanacaktır. Sahibinin hususiyetini taşıması koşulunun (FSEK m. 1/B a) doğal sonucu, eserin sahibi onu meydana getirendir. (FSEK 1/B b) ve FSEK m. 8/I. "Eserin sahibi onu meydana getirendir" hükmü evrensel olup kaynağını tabii hukukta bulur[52]. Zira, bu ilke UrhG §7'de "eser sahibi, eserin yaratıcısıdır" şeklinde ifade edilmiş ve bu ilkeye hiçbir istisna tanınmamıştır. Bu ilke çerçevesinde bir eser meydana getiren kişi, salt "yaratma olgusu" ile birlikte "eser sahipliği" denilen hukuki statüyü ipso iure, kendiliğinden kazanır[53]. İsviçre Federal Mahkemesi de bu genel ilkeyi İsviçre Eser Sahipleri Hakkında Kanun'un ve İsviçre Hukukunun temel prensipi olarak" nitelendirmiştir[54]. Diğer bir ifadeyle, sadece "fikir ve sanat eserinin yaratılmış olması" şartı, yaratan şahsa eser sahibi statüsünü kazandırdığı gibi, bu statüye bağlı olarak eser üzerindeki hakların doğumu için de yeterli ve gerekli şartı oluşturmaktadır. Bu çerçevede şu da eklenmelidir ki, gerek fikir ve sanat eserinin korunması için, gerekse eser sahipliği statüsünün kazanılması için, herhangi bir sicile kaydedilmesine ve bu anlamda patent, marka, tasarım gibi diğer fikri mülkiyet haklarının kazanılmasında olduğu gibi tescil edilmesine, bir makama bildirilmesine ya da herhangi bir devlet tasarrufuna gerek yoktur[55]. Eser sahipliği hakları ile korunma da -sahipliğin doğması ile- kendiliğinden başlar. Zira, hukuk düzeni, eserin meydana gelmesiyle birlikte, eser sahipliğine hükümler bağlamakta, eser sahibine manevi yetkiler ve mali haklar tanımakta, onu korumaktadır[56].

Eser üzerindeki hakların doğumu ve eser sahibi statüsünün kazanılması için bu konuda bir "iradenin" varlığına ve bu bağlamda bir hukuki işleme de gerek yoktur. Bu yüzden eser

---

[52] TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, 134.

[53] REHBİNDER, Urheberrecht, 121; ULMER, 183-184; von BÜREN, 131-132; TEKİNALP, 139; EREL, 69; AYİTER, 90.

[54] BGE 74 II 112.

[55] TEKİNALP, 139-140; AYİTER, 90; EREL, 69; ARSLANLI Halil, Fikri Hukuk Dersleri, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, 62. Oysa, patent, marka, faydalı model, coğrafi ad ve işaretler ve endüstriyel tasarımlar gibi diğer fikri mülkiyet haklarının kazanılmasında tescil ilkesi hakimdir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, 4 vd.; ARKAN Sabih, Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997, 53 vd.. Eser sahipliğinin eserin yaratılmasıyla birlikte ipso iure, kendiliğinden doğması ve bu anlamda korumadan yararlanmak için bunun dışında herhangi bir işleme (tescil, izin, bildirim) gerek olmadığı evrensel kuralının tek istisnasını 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun 5/I ile 8/II. maddeleri oluşturmaktadır. Anılan hükümlere göre, kayıt ve tescil edilmeyen bir eser, gösterme, çoğaltma ve yayma hakkına konu olamaz. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve hükmün eleştirisi için bkz. TEKİNALP, 140; EREL, 66.

[56] TEKİNALP, 134, 139.

yaratma, Alman Hukuk doktrininde maddi fiil olarak nitelendirilmektedir[57]. Zira, eserin yaratılması hukuki bir işlem olmayıp, maddi bir fiildir. Dolayısıyla eser yaratma, hukuki bir işlem olmadığından ve bu anlamda hukuki işlemlerde kurucu unsur olarak aranan "irade" unsuru kurucu unsur olarak aranmadığından, eser üzerindeki hakkın kazanılması için fiil ehliyeti gerekmez. Bu sebepledir ki, ehliyetsizler bile sadece sahibinin hususiyetini taşıyan bir eser meydana getirmekle birlikte, eser sahipliği statüsünü, "yaratma ilkesi" dolayısıyla kendiliğinden kazanırlar[58]. Ancak, yaratılan bu eserin hukuki işlemlere konu olmasında eser sahibinin "yasal temsilci"si devreye girecek ve eser üzerindeki hukuki işlemler ve bu anlamda mali hakların devri, eserin lisans sözleşmesine ya da yayın sözleşmesine konu olması halinde bu sözleşmeler, yasal temsilci aracılığı ile gerçekleştirilecektir[59].

Bir fikir ve sanat eserinin meydana gelmesi karşısında, fikri hakların sadece yaratma olgusuyla yaratan şahsa aslen kazandırılması, Alman Hukuk Doktrininde "yaratma gerçeği ilkesi" (Grundsatz der Schöpfungswahrheit), İsviçre'de ise "yaratıcılık ilkesi" (Das Schöpferprinzip) terimiyle anılmaktadır. Aynı ilke Fransız Hukuku'nda da benimsenmiştir[60]. Eser sahibi statüsünün kazanılması için "irade beyanına veya irade açıklamasına gerek olmadığı için, bu bağlamda "temsil" gibi bir sorun da gündeme gelmemektedir[61]. Zira, eser üzerindeki hakkın iktisabında irade rol oynamadığından temsil yoluyla eser sahibi olunamaz[62].

Yaratıcılık İlkesi (Schöpferprinzip), İsviçre Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda teorik açıdan merkezi, pratik açıdan da önemli bir kavramdır. Bu ilke, eser sahibinin inhisari olarak ancak "yaratan" kişi olabileceğini ifade etmektedir[63]. "Yaratıcılık İlkesi"nin niteliği uyarınca sadece gerçek kişiler eser sahibi olabilir. Zira, tüzel kişilerin "yaratıcı faaliyet"te

---

[57] REHBİNDER Manfred, Urheberrecht, München 2004, 121; ULMER, 185; AYİTER, 90; EREL, 91; von BÜREN, 132.

[58] von BÜREN, 132; ULMER, 185; AYİTER, 90; TEKİNALP, 134, 139; EREL, 69; REHBİNDER, Urheberrecht, 120-121; ARSLANLI, 62-63. Bu konuda doktrinde verilen örnekler arasındaki en klasiğini "Mozart" oluşturmaktadır. Mozart, ergin olmamasına rağmen eser sahipliği statüsünü yaratma ilkesi uyarınca kendiliğinden kazanır. REHBİNDER, Urheberrecht, 121. Ayrıca bkz. ULMER, 185. Bu bağlamda, ayırt etme gücünden yoksun olan bir kişinin yaptığı tablo ya da bir beste veya yazdığı bir roman da kendisine "eser sahibi" statüsünü kazandıracaktır.

[59] Bkz. TEKİNALP, 139; AYİTER, 90.

[60] Bkz. EREL, 69; REHBİNDER, Urheberrecht, 119, 120-121; ULMER, 185; von BÜREN, 132; MAUR Auf der Rolf, Introduction to Swiss Intellectual Property Law, Swiss Commercial Law Series, Basel 1995, C. III, 10; JANN, 7.

[61] REHBİNDER, Urheberrecht, 121.

[62] AYİTER, 90-91; ARSLANLI, 62-63; EREL, 71. Fikri hukuk açısından eser sahibi sıfatı, eser meydana getirildikten sonra kazanılır. Buna karşılık, İsviçre doktrininde, İBK m. 380 anlamında "eser sahibi" daha geniş olarak anlaşılmalıdır. Bir eseri gelecekte meydana getirip, yayınlanması için yayınlayana teslim edecek kişi de İBK m. 380 anlamında eser sahibi statüsüne dahildir. Birlikte eser sahipleri de İBK m. 380'nin kapsamına girerler. TROLLER, Kommentar, 25.

[63] von BÜREN, 131; REHBİNDER, Schweiz, 119; JANN, 7.

bulunabilmeleri mümkün değildir [64]. Bu bağlamda, URG m. 6'nın zıt anlamından çıkan sonuç tüzel kişilerin aslen eser sahibi olamayacakları ve eser üzerindeki telif hakkını kendiliğinden kazanamayacaklarıdır. Tüzel kişiler, ancak hukuki işlem, miras veya icra yoluyla, telif hakkını devren kazanabilirler[65].

Bu bağlamda tüzel kişilerin fikri faaliyeti olmadığı için fikri ürün vermeleri, de mümkün değildir. "Eserin sahibi onu meydana getiren kişidir" hükmü, yayımcıların, yapımcıların ve tüzel kişilerin eser sahibi olarak kabul edilmelerine engeldir[66]. Tüzel kişilerin, yayımcıların ve yapımcıların eser sahibi olarak kabul edilmeleri, ancak böyle bir hak kendilerine açık bir kanun hükmü uyarınca tanınırsa sözkonusu olabilir.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserlerin Kanunu'na 4630 sayılı kanun[67] değişikliğinden sonra eklenen 1/B hükmü uyarınca verilen tanımlardan 1/B b) eser sahibini "eseri meydana getiren gerçek kişi" olarak tanımlamıştır. Bu hükmün mefhumu muhalifinden tüzel kişilerin eser sahibi olamayacakları anlamı çıkmaktadır. Ancak, FSEK m. 27 /4; "İlk eser sahibi tüzel kişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır" hükmüne yer verdiğinden dolayı, tüzel kişilerin de eser sahibi olabilecekleri yönünde bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Bu çelişkinin temelinde FSEK m. 27/4 hükmünün, FSEK'in 4110 sayılı[68] kanunla değiştirilmeden önceki hükümlerin kalıntısı olması yatmaktadır. Zira, 4110 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önceki FSEK "eseri meydana getiren eser sahibidir" kuralına istisnalar tanıyarak, bazı koşulların varlığı halinde -eski m. 8- dolayısıyla Türkiye'de sanatçıları çalıştıranlara, yayıncılara, yapımcılara ve dolayısıyla tüzel kişilere, yayınladıkları eserler üzerinde "eser sahipliği" tanımıştı[69]. Bu istisnai düzenleme ABD ve İngiltere'de "adam tut, eser oluşturt, sahibi ol" şeklinde Türkçeye serbest bir çeviri ile aktarılabilecek "work made for hire"[70] formülü ile ifade olunur. FSEK'in 8. maddesinin 2. fıkrası "work made for hire" ilkesine "memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken vücuda getirdikleri eserlerin sahipleri bunları çalıştıran ve tayin edenlerdir" hükmü ile yer vermiştir. Eski 3. fıkra ise "yayımlayanın

---

[64] REHBİNDER, Schweiz, 120. Zaten yukarıda da belirtildiği üzere İsviçre URG açıkça m. 6 ile, bir eserin muhtemel eser sahibi olarak sadece gerçek kişilerden söz etmektedir. Bkz. von BÜREN, 133; MAUR, 10; JANN, 7.

[65] von BÜREN, 134.

[66] TEKİNALP, 134.

[67] RG 3.3.2001, S. 24355.

[68] RG 12.6.1995. S. 22311.

[69] TEKİNALP, 135. 4110 sayılı kanun değişikliğinden önce de FSEK'nın 8. maddesinde "bir eserin sahibi onu vücuda getirendir" demek suretiyle Alman Kanunu'nun formülüyle yaratma gerçeği ilkesini benimsemiş fakat aynı maddenin sonraki fıkralarıyla bu ilkeye istisnalar getirerek, işveren, tüzel kişiler, yayınlayan ve sinema prodüktörü lehine eser üzerindeki hakkın aslen iktisabını mümkün kılacak hükümler koymuştur. Bu suretle Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda yaratıcı olan ve olmayan eser sahipleri bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYİTER, 91 vd. Türk Hukukunda "yaratma gerçeği ilkesi"ne getirilen bu istisnalara gerekçe olarak da "bazı teknik mülahazalar ve eserin doğumundaki menfaatler durumu" gösterilmiştir. Bkz. ARSLANLI, 61.

[70] Ayrıca bkz. REHBİNDER, Urheberrecht, 121.

tayin ettiği plan dairesinde bir eser vücuda getirilmişse, bu eserin sahibi yayımlayandır" kuralını koymuştu. FSEK m. 27/4 de bunun ürünüydü. Yeni hüküm bu kuralı tamamen değiştirmiştir[71].

4110 sayılı kanun değişikliği ile 8. madde: "Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken vücuda getirdikleri eserlerin mali hak sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır". 4110 sayılı Kanunla getirilen bu radikal değişiklik sonucunda doktrinde EREL tarafından "sınırlı eser sahipliği" olarak nitelendirilen bir hukuki durum ortaya çıkmıştır. Eser sahipliği, fikir ve sanat eserinin yaratılması anında, ona bağlı bulunan bütün manevi ve mali haklarla birlikte tüm olarak kazanılan bir hukuki statüdür[72]. Ancak, FSEK'de 4110 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu, karine olarak sadece manevi hakları kapsayan bazı eser sahipliği hallerine yer verilmiştir. Sınırlı eser sahipliği denilen bu statüde, manevi haklara zaten sahip olan yaratıcı eser sahibi, maddede öngörülen karinenin aksini ispatlayarak, mali hakların da kendisine ait olduğunu iddia ve ispat edebilir. 4110 sayılı kanunla değiştirilen m. 8/II hükmüne göre, bir gerçek ve tüzel kişi olan işverene bağımlı olarak çalışan memur, hizmetli ve işçilerin meydana getirdikleri eserlerde, çalıştırılan veya tayin edilen bu şahıslar eser sahipliği statüsünü mali ve manevi haklarla birlikte tüm olarak değil, sadece manevi haklarla sınırlı bir tarzda kazanırlar. Burada eserin yaratıcısı yine onun yaratıcısı olmakla birlikte, mali hak sahipleri kural olarak bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir[73].

Sözkonusu maddenin 4. fıkrası ise, "Bir eserin yapımcısı veya yayımlayıcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı bir sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir" şeklinde değiştirilmiştir.

4630 sayılı kanun değişikliği ile FSEK m. 8/II'de düzenlenen hüküm FSEK'in 3. bölümünün başlığını oluşturan "Fikri Haklar"ın içinde yer alan "Hakların Kullanılması" alt başlığı altındaki m. 18/II'ye alınmıştır. Anılan madde 4630 sayılı kanun değişikliğinden sonra: "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" şeklini almıştır. FSEK 18/II hükmünde "eser üzerindeki hakların çalıştıranlar ve

[71] Bkz. TEKİNALP, 135. Bu maddenin uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYİTER, 91 vd.; ARSLANLI, 61 vd.
[72] EREL, 80; AYİTER, 112; GÖKYAYLA K. Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara 2000, 141.
[73] Bkz. EREL, 80.

tayin edenlerce kullanılır" ifadesinde yer alan "haklar" teriminin sadece mali hakları mı ifade ettiği yoksa mali hakların yanında manevi hakları da mı kapsadığı tam olarak anlaşılamamaktadır. Zira, sözkonusu hükümde kullanılan "haklar" teriminin, sadece mali hakları değil, manevi hakları da kapsadığı ve mali hakların yanı sıra manevi hakların da çalıştıranlar tarafından kullanılabileceği izlenimi uyandırmaktadır[74].

FSEK m. 18/II hükmünde yer alan "haklar" teriminin kapsamının maddede net olarak ifade edilmemesine rağmen, kanaatimizce ve doktrinde de benimsenen görüşler[75] doğrultusunda, buradaki "haklar" ibaresinin sadece "mali haklar" olarak yorumlanmasını gerektiren gerekçeler yine bizzat FSEK'in sisteminden ve ilintili hükümlerinden çıkarılmaktadır. Zira, FSEK genel olarak m. 8/I "eserin sahibi onu meydana getiren kişidir" ilkesini benimseyerek ve m. 1/B b) "eser sahibi, eseri meydan getiren gerçek kişidir" hükmü ile de tüzel kişileri dışlayarak sadece gerçek kişilerin eser sahibi olabileceklerini hükme bağlamıştır. FSEK'in benimsediği bu genel ve temel ilkeyi değiştiren ve FSEK tarafından açık olarak öngörülmüş olan istisnai bir kanun hükmü yoktur. FSEK m. 18/II de bu temel ilkeyi değiştiren doğrudan veya dolaylı bir unsuru ve hükmü içermemektedir. FSEK m. 18/I ise "mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir" hükmüne yer vermiş, maddenin 2. fıkrasında ise bu kuralın istisnası düzenlenmiştir. FSEK m. 18/II'nin yorumlanmasında 18/I dikkate alındığında, 18/II'nin sadece mali haklara ilişkin olabileceği hukuk kurallarının yorumlanmasında kullanılan tekniklere uygun ve rasyonel bir yaklaşım olacaktır. Zira, anılan hüküm hiç bir şekilde manevi haklardan bahsetmediği gibi manevi hakları çağrıştıracak herhangi bir unsura da yer vermemektedir. FSEK m. 18/II'de düzenlenen istisnanın sadece mali haklara ilişkin olabileceği yorumu ve yaklaşımını anılan maddenin III. fıkrası da desteklemektedir. Çünkü, FSEK m. 18/III; Bir eserin yapımcısı veya yayımcısı ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir" hükmüne yer

---

[74] Kanaatimizce, FSEK 18/II hükmünde yer alan "haklar" teriminin anlamını ve kapsamını tespit açısından hükmün kanunda düzenlendiği yer ve kendisinden önce ve sonra gelen hükümlerle ve fıkralarla olan ilişkisi, tüm kanun hükümlerinin yorumlanmasında olduğu gibi, anılan hükmün yorumlanmasında da dikkate alınması gereken ve kullanılması gereken önemli bir etkendir. Bu bağlamda 18/II, eser sahibinin haklarının genel olarak düzenlendiği 13. maddeden sonra gelen ve 14. vd. maddelerinde düzenlenen manevi haklardan sonra fakat mali hakların düzenlendiği 20 vd. maddelerinden önce yer almaktadır. Bu hükmün, kanunda mali hakları düzenleyen 20. maddeden önce yer alması yukarıda belirtilen "haklar" teriminin kapsamının belirlenmesindeki netliği engellemektedir.
Doktrinde de haklı olarak ileri sürüldüğü gibi 18/II'nin mali hakları düzenleyen m. 20 ile 29 arasında yer alması kanun yapma tekniği bakımından daha doğru bir yaklaşım olurdu. BAYGIN Cem, "Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi", Hayri Domaniç'e Armağan, 149; ÜSTÜN Gürsel, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda 4630 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz", İBD, C. 75, Mart 2001, S.1, 162.

[75] TEKİNALP, 135; BAYGIN, 149; GENÇ Arzu, "Sinema ve Müzik Eserleri Açısından 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu İle 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun Karşılaştırılması", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, 2003, 266; YUSUFOĞLU Fülürya, "Eseri Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Haller", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, 2003, 399.

vererek, yine "mali hakların kullanılmasından" bahsetmektedir[76]. "İlk eser sahibi tüzel kişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır" hükmüne yer veren FSEK m. 27/4, yukarıda da belirtildiği üzere, FSEK'in 4110 sayılı kanun değişikliğinden önce tüzel kişilere, yayınladıkları eserler üzerinde "eser sahipliği" tanıyan hükümlerinin bir kalıntısıdır. Bu bağlamda, FSEK m. 27/4, sadece organlarını oluşturan gerçek kişilerin yarattığı eserler üzerindeki mali hakları kullanma yetkisinin tüzel kişiye ait olduğu şeklinde yorumlanmalıdır.

Hemen belirtilmelidir ki, mali hakları kullanma yetkisine sahip olma, aynı zamanda işin bünyesinden kaynaklanan ve bu hakların kullanılabilmesi için zorunlu olarak bir manevi hak olan eseri kamuya arz etme hakkını da içeriğinde barındırır.

a. Eser Üzerindeki Mali Hakları FSEK Uyarınca Kullanmaya Yetkili Olan Çalıştıran ve Tayin Edenler

aa. Genel Olarak FSEK m. 18/II ve FSEK m. 18/II'de Öngörülen Karine

FSEK m. 8/I ve FSEK m. 1/B, b hükümleri doğrultusunda, FSEK sistemi "sadece gerçek kişilerin eser sahibi olabilecekleri" genel ilkesini istisnasız olarak benimsemiştir. Bu ilke, yani eser sahipliği ve eser sahibinin gerçek kişi olabileceği ilkesi emredici bir hukuk kuralıdır. Bu çerçevede, kanun koyucu, çalıştıranların, tayin edenlerin ve tüzel kişilerin "eser sahibi olma" statülerini reddederek, onları eser sahipliği statüsünden dışlamıştır. Ancak, kanun koyucu FSEK m. 18/II ile çalıştıranlara, tayin edenlere ve tüzel kişilere, aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça sadece eser üzerindeki mali hakları "kullanma" yetkisi vermiştir. Kanun koyucunun FSEK m. 18/II ile çalıştıran, tayin eden ve tüzel kişilere eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisi verdiği hüküm ise aksi taraflarca ispatlanabilen adi bir karineyi içeren, ancak işin mahiyetinden aksi anlaşılmadığı veya taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, uygulama alanı bularak devreye girecek olan yedek bir hukuk kuralı niteliğindedir [77].

Bu bağlamda FSEK'in "eser sahibi olma" ile "eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisine sahip olma" kavramlarını birbirinden ayırdığını ve bu kavramların nitelik itibariyle de farklı kavramlar olduğunu benimsediğini ve FSEK'in sisteminde de bu iki kavram

[76] Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, 136-137 ve orada anılan Yargıtay 11. HD'nin 04.06.2001 tarihli 2687/5080 sayılı yayınlanmamış kararı. Söz konusu karara göre, Yargıtay 11. HD "hazırlanan ders ve sınav materyallerinin" mali hakların sahibi davacı okul olduğunu kabul etmiş, ancak davacının manevi haklara sahip bulunmadığından manevi hakların ihlali davasını açamayacağını belirtmiştir".

[77] Bkz. TEKİNALP, 135; EREL, 81

arasındaki farklılık temel alınarak, bu doğrultuda ayrı düzenlemelerin yapıldığı şeklinde bir yorum yapılabilir[78].

4630 sayılı kanun değişikliğinden önce eski FSEK m. 8/II'de düzenlenen hüküm açıkça ".....memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin mali hak sahipleri, bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir" şeklindeydi. Böylece, anılan madde "işçi, memur ve hizmetlilerin meydana getirdikleri eserlerde, çalıştırılan veya tayin edilen bu kişiler, eser sahipliği statüsünü mali ve manevi haklarla birlikte tüm olarak değil, sadece manevi haklarla sınırlı bir tarzda kazanırlar" şeklinde yorumlanmaktaydı. Burada eserin sahibi yine onun yaratıcısı olmakla birlikte, mali hak sahipleri kural olarak bunları çalıştıran veya tayin edenlerdi[79]. Ancak, 4630 sayılı kanun değişikliğinden sonra 18/II hükmü "Aralarındaki sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin[80] işlerini görürken meydana getirdikleri eser üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır" şeklini almıştır. FSEK'de kullanılan "çalıştıran" terimi ile İş Kanunu uyarınca işveren kastedilmektedir. "Tayin eden" terimi ise idare hukuku normları ve prensipleri çerçevesinde tanımlanacaktır. Memur statüsünde çalışan kamu görevlileri ve hizmetliler tarafından meydana getirilen eserlere ilişkin mali hakları kullanma yetkisi bu kimseleri göreve tayin eden kamu idarelerine ait olmaktadır. Örneğin, Devlet Planlama Teşkilatında çalışan kamu görevlilerince yapılan eser niteliğindeki araştırmalar üzerindeki mali hakları kullanma yetkisi, ilgili kamu kuruluşuna ait olacaktır[81].

Bu durumda "kullanma" terimine verilmesi gereken anlamın içeriği saptanmalıdır[82].

FSEK 18/II hükmüne göre, bir gerçek veya tüzel kişi olan işverene bağımlı olarak çalışan memur, hizmetli ve işçilerin meydana getirdikleri "eserlerin" ve bu eserler üzerindeki

---

[78] Bu yönde bkz. TEKİNALP, 11.

[79] EREL, 80-81.

[80] Memur, hizmetli ve işçi terimlerini tanım ve özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYGIN, 150-151; YUSUFOĞLU, 404 –406.

[81] YARSUVAT, 80; BAYGIN, 150; YUSUFOĞLU, 406.

[82] "Kullanma" terimiyle, kanun koyucunun aslında çalıştıran veya tayin edenlere sadece bir lisans hakkı mı tanınmak istediği yoksa, bu terimi yine de kanunun eski şekliyle kabul edildiği üzere "mali hakların sahibi" olarak mı yorumlamak gerektiği sorunu doğmuştur. "Mali haklar, özü itibariyle eser sahibinin malvarlığında kalmakla birlikte, mali hakkı kullanma yetkisi kanunen işveren veya tayin edenlere tanınmış bulunmaktadır. Çalıştıranlar, çalışanların yarattığı eserler üzerindeki mali hakları eser sahibinden izin almaksızın ve herhangi bir ücret ödemeksizin kendi ad ve hesaplarına kullanma yetkisine sahiptir. İşveren, eser üzerindeki mali hakları yer, zaman ve amaç itibariyle herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan kullanabilir". Burada kullanılan "kullanma" teriminin ise 18/II'nin özü ve sözü itibariyle yorumundan çalıştıranlara tanınan ruhsatın, münhasır kanuni, ruhsat olduğunu ifade etmekte olduğunu ve çalıştıranların kendilerine tanınan mali haklardan yararlanma yetkisini tek başına kullanacaklarını ve eser sahibinin bu hakları bizzat kullanamayacağı gibi, başkalarını da bu konuda yetkili kılamayacağını belirtmektedir. BAYGIN, 151. Buna karşılık YUSUFOĞLU "Kullanma" teriminin eski madde çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ve bu anlamda çalıştıranların "mali hak sahibi" olarak yorumlanmasının hem mukayeseli hukuk açısından yeknesaklığın sağlanması, hem de madde gerekçelerinde kanun koyucunun güttüğü amaçla bağdaşması açısından yerinde olduğunu ileri sürmektedir. YUSUFOĞLU, 403-404.

"manevi hakların" sahipleri yine onların yaratıcıları, yani maddede belirtilen çalışanlardır.

Ancak, eser üzerindeki mali hakları "kullanma yetkisi" açık kanun hükmü uyarınca, kural olarak onları çalıştıran ve tayin edenlere tanınmıştır. Çalıştıranlara kanunla tanınmış bulunan mali hakları kullanma yetkisi mutlak bir hak niteliğinde olup herkese karşı ileri sürülebilir[83]. Bu çerçevede eser üzerindeki mali hakların kullanılmasını konu alan her türlü sözleşme ve tasarruf yapma yetkisi çalıştıran veya tayin edenlerdedir. Eser sahibi bu anlamda eser üzerindeki mali hakların kullanılmasına ilişkin hiçbir hukuki işlemde bulunamayacaktır, zira eser sahibinin eser üzerindeki mali hakları kullanabilmesi için gerekli olan tasarruf yetkisi yoktur[84].

Memur, hizmetli, ve işçilerin çalıştıran veya tayin edenlerle arasındaki çalışma ilişkisinin kamu hukukundan doğan bir memuriyet veya özel hukuktan doğan ve hizmet, vekalet veya istisna sözleşmesine dayanan bir istihdam ilişkisi olması önem taşımaz; yeter ki eser işin görülmesi sırasında ve işle bağlantılı nitelikte meydana getirilmiş olsun[85]. Mesela bir gazetedeki eser niteliğindeki yazıların, fotoğrafların, karikatürlerin şiirlerin, tiplerin sahibi, bunları vücuda getirenlerdir. Ancak, bunları bir gazete olarak basmak (yani çoğaltmak), dağıtmak, satmak ve kiraya vermek hakkı, anılan şahısları istihdam eden gazetenin sahibi olan gerçek veya tüzel kişidedir. Bu konuda örnek olarak, yayınevlerinde, radyo ve televizyon kurumlarında, üniversitelerde, araştırma merkezlerinde, film stüdyolarında, bilgisayar programı yapan şirketlerde ve reklam işletmelerinde çalışanların vücuda getirdikleri eserler gösterilebilir [86].

Çalışanların, bir hizmet sözleşmesi bağlamında meydana getirdikleri eserler ile ilgili olarak, çoğu kez "yazı kurulu", "editör" ve "editoryal komite" veya benzeri terimlerle adlandırılan kişiler ve kurullar görev yaparlar. Bunlar çoğu kez değerlendirici ve seçici olarak çalışırlar, bazen de Basın Kanunu, Ceza Kanunu ve benzeri kanunlar yönünden sorumlu kabul edilirler. Söz konusu kişi ve kurullar -kural olarak- FSEK m. 18/II anlamında "çalıştıran" olmadıkları için mali hakları da kullanamazlar. Mali haklar "çalışan"a aittir. Ancak sonuca varabilmek için somut olayın özellikleri incelenmelidir[87].

---

[83] TEKİNALP, 137.
[84] Ayrıca bkz. GÖKYAYLA, 208.
[85] Mesela el işleri ve küçük sanat eserlerinin üretildiği bir atölyede veya bir reklam ajansında yahut kamuya ait bir fotoğraf merkezinde çalışan bir kimsenin meydana getirdiği eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisi o şahsı çalıştıran işveren veya tayin eden kamu tüzel kişisi olacaktır. EREL, 81.
[86] TEKİNALP, 129.
[87] TEKİNALP, 137.

bb. FSEK m. 18/II'de Öngörülen Karinenin Çürütülebileceği Haller ve Bu Anlamda Eser Sahibinin Mali Haklarını Kullanabilme İmkanları

Bu bağlamda 18/II'de öngörülen ve yukarıda açıklandığı üzere, "çalıştıran veya tayin edenlerin eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisine sahip oldukları" karine olarak kabul edilmiştir. Ancak, hüküm bu karinenin aksinin ispatlanarak, çürütülebileceği 3 hale yine hüküm içinde yer vermiştir. Bunlar; "özel sözleşme", "işin mahiyeti gereği" veya "eserin işin görülmesi sırasında, yani eserin işle bağlantılı olarak meydana getirilmemiş olması" halleridir.

aaa. Taraflar Arasındaki Özel Sözleşme

Taraflar -yani eseri yaratan işçi, hizmetli veya memur ile bunları çalıştıran veya tayin edenler- aralarındaki çalışma ilişkisini belirleyen sözleşme ile bunun aksini kararlaştırabilirler. Örneğin bir hizmet sözleşmesi yapılırken işçinin yarattığı eser üzerinde aynı zamanda mali hak sahibi de olacağı kabul edilmiş olabilir[88]. Bu durumda kanunda öngörülmüş olan karine çürütülerek, devre dışı bırakılabilecektir .

bbb. İşin Niteliği

Eser işin görülmesi sırasında ve işle bağlantılı nitelikte meydana getirilmiş olsa bile, mali haklar görülen işin niteliği gereği çalıştıran veya tayin edene değil, yaratıcıya ait olabilir. Mesela bir gazetede yazar, bir mimarın yanında desinatör yahut bir okulda öğretmen sıfatıyla çalışan yahut buna benzer durumlarda fikri çalışmalarını diğer bir şahsın hizmetine tahsis eden kimseler, vücuda getirdikleri eserler üzerinde işin niteliğinden anlaşıldığı hallerde- mesela bir başyazarın makalesinde veya profesörün takrirlerinde olduğu gibi- eser sahiplerine tanınan hak ve yetkileri tam olarak haiz olabilirler[89]. Yine, her ne kadar bir profesör devlet memuru olsa da, hazırladığı bir yazılı eserin veya bir panelde yaptığı yazılı açıklamalar gibi eserlerin üzerindeki mali hakların sahibi, onu meydana getirendir[90].

ccc. Eserin İşin Görülmesi Sırasında ve İşle Bağlantılı Olarak Meydana Getirilmemiş Olması

FSEK m. 18/II kapsamında çalıştıran gerçek veya tüzel kişinin mali hakları kullanabilmeleri için eserin görevin gereği olarak meydana getirilmiş olması şarttır. Eser görev dolayısıyla meydana getirilmemişse, yani çalışanın görevi eseri meydana getirmek

[88] EREL, 81; AYNI YÖNDE TEKİNALP, 138-139.
[89] EREL, 81; AYİTER, 93; HIRSCH E. Ernst, Hukuki Bakımdan Fikri Say, II. Cilt, İstanbul 1943, 79.
[90] GÖKYAYLA, 207.

değilse, çalıştıran veya tayin eden, mali hakları da iktisap edemez. Mesela bir gazetenin ekonomi bölümünde çalışan A, iş saatleri sırasında veya boş vakitlerinde, eser niteliği taşıyan fotoğraflar çekse, bunları genel yayın yönetmeni, A'nın haberi olmadan, gazetede yayınlasa, A'nın manevi ve mali haklarını ihlal etmiş olur. Çünkü eser, A'nın rızası olmadan umuma arz edilmiştir (FSEK m.14), mali hak da saldırıya uğramıştır; zira A'nın onayı bulunmadığı halde eser çoğaltılıp yayılmıştır (FSEK m. 22). [91]

Özetle, özel sözleşme veya işin niteliğinin aksini gösterdiği hallerde veya işin görev dolayısıyla ve işin görülmesi sırasında meydana getirilmemiş olduğunu ispatlayan eser sahibi, kanunda öngörülen karineyi çürüterek eser üzerinde mali haklarını da kullanabilecektir[92].

Ancak, eser sahibinin eser üzerine sadece ismini koymuş, yahut imzasını atmış olması kanunda öngörülen karinenin çürütülmesi için yeterli olmayacaktır[93].

Çalıştıran ve tayin edenlerin eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisini hangi anda kazanmış sayılacakları doktrinde tartışmalıdır. Konuya, tüzel kişilerin organları tarafından meydana getirilmiş eserler dolayısıyla değinen ARSLANLI[94], bunların eseri kendi isim ve ünvanları altında umuma arz ettikleri veya yayımladıkları anda telif haklarını kazanacaklarını belirtmekte ve EREL[95] de bu görüşü desteklemektedir. AYİTER ise, işçinin yarattığı eser üzerinde işverenin doğrudan doğruya ve aslen hak iktisap edeceğini savunmuştur[96]. Kanaatimizce de, yukarıda da belirtildiği üzere eserin meydana gelmesiyle birlikte eser sahipliği hakları ile korunma da, başka bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden başlar. Zira, hukuk düzeni eserin meydana gelmesiyle birlikte, eser sahipliğine hükümler bağlamakta, eser sahibine manevi yetkiler ve mali haklar tanımakta, onu korumaktadır. Bu bağlamda, kanaatimizce de işverenin de eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisini, eserin meydanda getirilmesiyle birlikte kazanacağı görüşü, eserin meydana gelmesiyle birlikte korumanın başlayacağı temel prensibiyle de uyumlu bir görüştür.

b. Tüzel Kişiler

FSEK m. 18/II hükmü tüzel kişiler için de uygulanacaktır. Zira, FSEK m. 18/II'nin son cümlesi "Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır" hükmüne yer vermiştir. Bu hükümle, tüzel kişiler, organlarını oluşturan gerçek kişilerin yarattığı eserler üzerinde,

[91] TEKİNALP, 137.
[92] Eser sahibi, eser üzerindeki mali hakları kullanabilmek için kanunda öngörülen karineyi en geç eserin koruma süreleri dolmadan çürütmelidir. Bkz. EREL, 82.
[93] EREL, 112; AYİTER, 93; aksi görüş ARSLANLI, 64.
[94] ARSLANLI, 64.
[95] EREL, 82.
[96] AYİTER, 91.Aynı görüşte GÖKYAYLA, 208.

mali hakları kullanmaya yetkili kılınmışlardır. Diğer bir ifadeyle, eseri yaratan çalışanın, yani eser sahibi gerçek kişi tarafından istihdam edilmesi halinde, çalışanların görevleri dolayısıyla meydana getirdikleri eserin yine sahibi oldukları, tüzel kişinin ise sadece mali hakları kullanabileceği ifade edilmiştir. Bu mali hak da mutlak hak niteliği taşır[97].

Tüzel kişinin mali hakları kullanabilmeleri, organların tüzel kişinin amacı doğrultusunda iradelerini açıklar ve faaliyette bulunurken meydana getirdikleri eserlerle sınırlıdır. Tüzel kişinin kuruluş amacını ve faaliyet alanını ilgilendirmeyen eserler, organları oluşturan şahıslarca yaratılmış olsa bile, bunlar üzerindeki mali hakları kullanma yetkisi tüzel kişiye ait olamazlar. Burada da yaratıcı eser sahibi, kendisinin tüzel kişinin organı olarak görev yapmasını sağlayan hukuki ilişki uyarınca eserin mali haklarının kendisine ait olacağının öngörüldüğünü yahut organ olarak yaptığı görevin niteliği ile meydana getirdiği eser arasında ilişki bulunmadığını kanıtlamak suretiyle, kanundaki karineyi çürütüp mali hakların sahibi olarak bu hakları kullanabilecektir. Eser üzerinde mali hakları kullanma yetkisine sahibi olabilme bakımından, kamu hukuku tüzel kişileriyle özel hukuk tüzel kişileri arasında fark yoktur[98].

c. İşlenme Eserlerde Eser Sahibi

İşlenme eser FSEK m. 1/B b'de tanımlanmıştır: İşlenme eser; diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsüllerini ifade eder. FSEK m. 21 uyarınca "bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir". Eser sahibi, bir mali hak olan işleme hakkını bizzat kullanabileceği gibi, işleme hakkı başkasına da devredilebilir. Bu son halde, işlenmenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları[99] mahfuz kalmak şartıyla, onu işleyendir. (FSEK m. 8/II). Üçüncü kişilere işleme konusunda izin verilmesi, ancak işleme eserin kamuya sunulacak veya iktisaden değerlendirilecek olması halinde söz konusudur[100].

İşleme hakkını devralan şahıs, o işleme türüne münhasır kalmak şartıyla, kendi işlemesi üzerinde eser sahipliğinden doğan bütün hak ve yetkileri haizdir[101]. İşlenme eseri

---

[97] TEKİNALP, 137; EREL, 82; GÖKYAYLA, 208. Bu yaklaşım, TMK'nın, tüzel kişilerin insanlara özgü olan hakların tüzel kişiler tarafından kazanılamaması dışında, tüzel kişilerin fiil ehliyetine sahip olduğu ve fiil ehliyetini organları vasıtasıyla kullanmalarını kabul eden sistemine ve TMK'da yansımaları bulunan "gerçeklik teorisi"ne de uygundur. Bkz. DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. II, İstanbul 2004, 207-208.

[98] EREL, 82-83; ÖZTRAK İlhan, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1977, 46.

[99] "Asıl eser sahibinin hakları" ile kastedilen, asıl eser sahibinin iznini almak için onunla görüşülüp karara bağlanacak olan mali haklardır. Bir romancının, romanının oyun haline getirilip sahneye konmasına müsaade ederken, mali istemlerde bulunması doğaldır. İzin vermezse eser işlenemez. TEKİNALP, 138.

[100] Bkz. EREL, 135.

[101] Zira, işleme ile işleyen, telif hukukuna ilişkin bağımsız bir mutlak hak elde eder. TEKİNALP, 124; ayrıca

kamuya sunmak, asıl eser sahibininkiyle birlikte kendi adını belirtmek, işlemede değişiklik yapılmasını men etmek vb. manevi haklar yanında işlemeyi iktisaden değerlendirmek için gerekli mali haklara da sahiptir. Bu hakların kullanılabilmesi için devir sözleşmesinde belirtilmiş olmalarına veya asıl eser sahibinden ayrıca izin alınmasına gerek yoktur[102]. Doktrinde verilen bir başka örnek ise, İngilizce yayımlanmış bir eseri Türkçeye çevirmek hakkını kazanan şahsın, Türkçe çeviriyi çoğaltıp, yayımlayabilmesidir[103]. FSEK m. 20/IV hükmü uyarınca, bir işlenmenin sahibi, kendisine bu sıfatla tanınan mali hakları, işleme hakkının serbest olduğu haller dışında, asıl eser sahibinin müsaade ettiği nispette kullanabilir. Bu hüküm çerçevesinde genel olarak ifade etmek gerekirse, işleme hakkıyla birlikte devir alınmış kabul edilen mali haklar, işleme hakkının iktisaden değerlendirilmesi için zorunlu haklardan ibarettir[104].

Bütün mali hakların devrinde olduğu gibi, işleme hakkının devrinde de yazılı şekilde bir sözleşme düzenlenmeli ve burada devrin hangi işleme türlerini kapsadığı açıkça belirtilmelidir (FSEK m. 52)[105]. İşleme hakkıyla birlikte devredilmiş kabul edilen mali haklar iki bakımdan tahdide tabidir. Bir defa işleme hakkı özel olarak hangi işlem türü için tanınmışsa, onunla sınırlıdır. Örneğin İngilizce bir eseri Türkçeye çevirmek için izin alan şahıs, bu eseri bir de Fransızcaya tercüme edemez yahut çeviriden vazgeçip eseri film senaryosuna dönüştüremez. İkinci olarak da, işlenme eser üzerinde yeniden bir işleme yapılması, işleyenden başka asıl eser sahibinin de iznine tabidir. İşleyen kendi meydana getirdiği eseri tekrar işlemek veya başkasına işletmek istiyorsa, mesela yabancı dilden çevirdiği bir edebi eseri tiyatro piyesine dönüştürmek veya sinemaya uyarlamak için asıl eser sahibinin iznini almalıdır[106]. Diğer mali hakların devrinden farklı olarak, kanun eserin her yeni işlemesinde veya işleme hakkını devralanın bunu bir başkasına devretmesinde, asıl eser sahibi veya mirasçılarının iznini aramaktadır (FSEK m. 49/II, FSEK m. 55).

Toplama eserler de FSEK m. 6, bent 7'ye göre işleme eser kategorisi içindedir. Anılan madde uyarınca, belli bir maksada göre ve hususi bir plan içerisinde, seçme ve toplama eserler işlenmedir. Toplama eserlerde "yazı kurulu", "editoryal komite", "editör" veya benzeri bir adla anılan bir yetkili bulunur. Bu yetkili, toplama esere girecek eserleri (mesela şiirleri) seçerken, değerlendirirken ve eseri planlarken FSEK m. 1/B a) hükmü anlamında

---

bkz. EREL, 135; ÖZTRAK, 32, Bern Sözleşmesi m. 2/II ve m.2/III.

[102] Örneğin, bir romanın tiyatro piyesi haline çevrilmesi için izin alınmışsa, işleyen manevi haklar yanında eseri temsil etmek hakkına da sahip sayılır. EREL, 135-136; AYİTER, 127. Aksi görüş için bkz. ÖZTRAK, 58.

[103] EREL, 136; ARSLANLI, 56; TEKİNALP, 125; ÖZTRAK, 56.

[104] Mesela bir piyesi yabancı dile çevirmek hakkını devralan, yaptığı çeviriyi tiyatroda sahneleyerek temsil etmek hakkına da sahip değildir. Bunun için eser sahibinden ayrıca temsil hakkı da devir alınmalıdır. EREL, 136

[105] EREL, 135; ARSLANLI, 95.

[106] EREL, 136; ARSLANLI 96; ÖZTRAK, 56.

"hususiyeti"ni işlemeye yansıtmışsa, toplama esere konulan her bağımsız eserin sahibinin hakları saklı kalmak şartıyla, toplama eserin sahibidir. Örneğin bir antolojinin, ansiklopedinin, hatta -bazı durumlarda- derginin sahibi toplama eseri oluşturan kişi olarak editör veya editörlerdir. Editör sadece bütün üzerinde işleyici olarak sahiplik kazanır ve bütüne ilişkin mali ve manevi hakların sahibi olur; bölümler veya parçalar (şiir, hikaye, makale vd.) üzerinde herhangi bir hakkı haiz bulunmaz. Her kısma (örneğin, her şiir veya hikayeye) ilişkin haklar gibi sorumluluk da, o kısmın sahibine aittir, örneğin herhangi bir intihalden ilgili şair veya hikayeci sorumlu tutulabilir. Editörün bu sorumluluğu, ancak somut olayın özellikleri haklı gösteriyorsa vardır[107].

d. Birden Çok Şahsın Eser Sahipliği

FSEK'e göre birden çok şahsın eser sahibi olarak kabul edilmeleri iki şekilde ortaya çıkmaktadır.

aa. Ortak Eser Sahipliği[108]

FSEK m. 9/I uyarınca "birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır".

Ortak eserde, tek başlarına değerlendirilmeleri mümkün birden fazla eser, sahiplerinin rızasıyla bir araya getirilmiştir[109]. Örneğin, bir Kişiler Hukuku kitabının "Gerçek Kişiler" kısmının ayrı bir yazar, "Tüzel Kişiler" kısmının ayrı bir yazar tarafından yazılması ve sonuç olarak her iki kısmın birleştirilerek "Kişiler Hukuku" adı altında tek bir eser olarak yayımlanması veya yine belirli maddelere ayrılarak her bölümün farklı bir yazar tarafından kaleme alındığı şerhler "ortak eser" kavramı altında değerlendirilmektedir. Ortak eserden bahsedebilmek için birden çok kısımlardan oluşan bir fikir ve sanat eserinin mevcut olması, bu eserin her kısmının bağımsız bir varlığa ve kendi başına "eser" niteliğine sahip bulunması, ayrıca bu kısımları birden çok kişinin yaratmış olmaları gerekmektedir[110]. Diğer bir ifadeyle, ortak eserin varlığı için eser kısımlara ayrılabilmeli; her bir kısım bağımsız olabilmelidir[111].

---

[107] TEKİNALP, 137-138.

[108] Doktrinde bu eser sahipliğine verilen isim tartışmalıdır. Bazı yazarlar buradaki eser sahipliğini müşterek (paylı) mülkiyete benzettikleri için "müşterek eser sahipliği" terimini kullanırken (HIRSCH E. Ernst, Fikri ve Sınai Haklar, İstanbul 1948, 171; ARSLANLI, 68; EREL, 75; YARSUVAT, 84) bazı yazarlar müşterek mülkiyette mülkiyetin konusunu "eşya"nın oluşturmasına karşılık fikri mülkiyet hukukunun konusunu "eser"in oluşturmasından dolayı "ortak eser" (TEKİNALP, 138) ve bazı yazarlar da (AYİTER, 98) Alman Hukuku'nda kullanılan "bağlı eser" (verbundener Werke) terimini kullanmışlardır.

[109] AYİTER, 98; EREL, 75.

[110] EREL, 76.

[111] TEKİNALP, 140.

Ortak eserlerde önemli olan nokta, bütünü oluşturan kısımların kendi başlarına telif haklarına konu olabilme ve iktisaden değerlendirilebilme imkanının bulunmasıdır. Bu imkanın fiilen kullanılmış olup olmaması yahut bağımsız kısımların eserin bütününe olan katkıların nitelik ve yoğunluğu veya bazı kısımlar ayrıldıktan sonra eserin bütününün değer kaybedip etmemesi önem taşımaz[112]. Bu bağlamda "eser sahibi sayısı kadar eser sahibi hakkı" vardır. Ancak bu bağımsız haklar aynı çatı altında toplandıkları için müştereken yönetilir, yani değerlendirilirler[113].

Ortak eserin tamamı üzerindeki haklar eser sahiplerinin tümüne ait olduğundan, bu hakların kullanılmasına ilişkin kararlar ancak eser sahiplerinin oybirliği ile alınabilir[114]. FSEK m. 9/II, "eserin değiştirilmesi, yayımlanması ve mali hakların kullanılması" açısından oybirliğinin gerekli olduğunu ifade etmektedir. Yayın sözleşmesi perspektifinden bakıldığında, sözleşmenin bir tarafı olan eser sahiplerinin yayın sözleşmesinin kurulmasına ilişkin irade beyanlarının oybirliği ile alınması gerekir. Eğer eser sahiplerinden biri haklı bir gerekçe olmaksızın buna izin vermiyor, dolayısıyla oybirliği sağlanamıyorsa FSEK m. 9/II çerçevesinde mahkeme gerekli onayı verecektir. Mahkemenin vereceği bu karar "irade beyanına mahkumiyet" kararı niteliğinde olacağı için izin vermeyen eser sahibinin iradesinin yerine geçecektir.

bb. Eser Sahipleri Arasında Birlik[115]

FSEK m. 10; "eser sahipleri arasındaki birlik" kenar başlığı ile "birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir" hükmüne anılan maddenin ilk fıkrasında yer vermiştir. Bu birliğin belirlenmesindeki kilit unsur, -ki aynı zamanda bu unsur birliği ortak eser sahipliğinden de ayırır- "eserin ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi" ibaresidir. Bununla ifade edilmek istenen, eseri meydana getiren parçaların eserin bütünlüğünü ve eser niteliğini bozmadan ondan ayrılamayacakları, maddeten ayrılsalar bile bağımsız eser sayılamayacakları ve bu anlamda eserin bütününden ayrı olarak tek başlarına telif hakkına konu olamayacaklarıdır[116]. Eser sahipleri birliği, eser tahrip edilmeden ortadan kaldırılamaz. Onun için, eser sahipleri

[112] EREL, 76.
[113] TEKİNALP, 138.
[114] EREL, 77.
[115] Doktrinde bu birliğe verilen isim de tartışmalıdır. "İştirak halinde eser sahipliği" (ARSLANLI, 68; YARSUVAT, 85; EREL, 71), "eser sahipleri arasında birlik" (TEKİNALP, 141); "ortak eser" (AYİTER, 100) kavramları kullanılmaktadır.
[116] EREL, 72

birliğinden ortak esere, oradan da bağımsız esere geçilemez[117].

Eser sahipleri arasında birlikte, eser birden fazla kişinin eserin gerçekleşmesine yönelik yaratıcı katkıları ve ortak çabaları ile meydana gelmektedir. Birden fazla kişinin harcadıkları emek aynı yoğunlukta olmayabilir; ancak bu durum bu kişilere, "eser sahipleri arasında birlik" statüsünün verilmesini engellemez[118]. Ancak burada vurgulanması gereken iki nokta vardır: Birincisi; FSEK m. 10/III'te yer alan; "bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata yardımlar, iştirake esas teşkil etmez" hükmüdür[119]. Bu çerçevede, eseri birlikte gerçekleştirmeyip, görüş ve esin veren, örgütleyen, üretimi gerçekleştiren, teknik hizmet sunan kişiler birliğe dahil olamazlar[120]. Ancak, irdelenmesi gereken ikinci nokta, bir eserin oluşmasında fikir veren veya yardım edenlerin bu birliğe dahil olup olamayacağı sorunudur. Bu sorunun çözülmesinde baz alınması gereken kriter, bu fikrin derecesi, eserin oluşmasındaki rolü, payıdır. Eğer bu fikir verme veya yardım, eserin yaratılmasına yaratıcı bir çaba ile katılmadan salt fikir vermekten ibaretse, burada artık eser sahipleri arasında birlikten değil, duruma göre istisna veya vekalet sözleşmesinden bahsedilebilir. Bir kimsenin ısmarladığı bir bina veya bir tablo için az ya da çok ölçüde esası etkileyen talimat vermesi ile o kimse yaratıcı olmaz. Bir kimsenin film rejisörüne ya da yazara hayatın anlatması, yazarın, rejisörün bu hayat öyküsünden bir roman yahut film meydana getirmesi halinde, fikrin verilmesi bir hukuki münasebet çerçevesinde olmamaktadır. Sırf fikir vermek yaratıcı bir çaba göstermek demek değildir. Ancak,eserin yaratılmasına katılma, fikir vermekten ileri giderse, örneğin bir kimse bir yazara bütün ayrıntılarına kadar bir konu verir, bir tablo veya binanın desenlerini hazırlarsa eser sahipleri arasında birlik meydana gelir [121].

Eser sahipliği tek tek bu şahıslardan hiçbirine değil, fakat onların teşkil ettikleri birliğe aittir. Dolayısıyla tıpkı ortak eser sahipliğinde olduğu gibi, eser üzerindeki mali hakların kullanılması için bütün eser sahiplerinin oybirliği ile karar alması gerekir. Çünkü, eser sahiplerinin eser üzerinde tek başlarına tasarruf yetkileri yoktur[122]. Bu bağlamda, FSEK m.10/II uyarınca, eser sahiplerinden biri, birlikte yapılacak olan bir muameleye haklı bir sebep olmaksızın müdahale etmezse, bu müsaade mahkemece verilebilir.

---

[117] TEKİNALP, 141.
[118] Bkz. AYİTER, 100; EREL, 72.
[119] Örneğin, bir profesörün yazacağı bilimsel eser için asistanının bibliyografya ve malzeme toplaması asistana eser sahibi statüsünü kazandırmayacaktır. Ayrıntılı örnekler için bkz. AYİTER, 100; EREL, 72.
[120] TEKİNALP, 142.
[121] AYİTER, 100, 102; ayrıca bkz. EREL, 72.
[122] Bkz. EREL, 73, 74.

e. Eser Sahipliği Hakkında Karineler

aa. Sahibinin Adı Belirtilen Eserlerde

FSEK m. 11, sahibinin adı belirtilen eserlerde, "yayımlanmış eser nüshalarında veya güzel sanat eserinin aslında, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılır" hükmü ile bir karine öngörmüştür[123]. Ancak, anılan madde sadece bir karine getirdiği için, bunun aksini iddia eden kişi, aksini ispatlayarak karineyi çürütebilecektir. Böylece karine olarak eser sahibi kabul edilen kişi, karinenin çürütülmesiyle birlikte bu statüsünü kaybedecektir.

bb. Sahibinin Adı belirtilmeyen Eserlerde

FSEK m. 12 uyarınca, yayımlanmış olan bir eserin sahibi 11. maddeye göre belli olmadıkça sırasıyla önce yayımlayan, o da belli değilse çoğaltan, eser sahibine ait hak ve salahiyetleri kendi namına kullanabilecektir. FSEK m. 12/II'ye göre, bu salahiyetler 11. maddenin ikinci fıkrasındaki karine ile eser sahibinin belli olmadığı hallerde konferansı verene veya temsili icra ettirene aittir. FSEK m. 12/III uyarınca, 12. maddeye göre salahiyetli kimselerle asıl hak sahipleri arasındaki münasebetlere, aksi kararlaştırılmamışsa, adi vekalet hükümleri uygulanır.

2. Eser Sahibinin Halefi[124]

BK m. 372 ve İBK m. 380 anlamında eser sahibinin halefi, yayın sözleşmesine konu olan eser üzerindeki bütün hakları kazanmış olan kişi değildir. Yayın sözleşmesinin amacına uygun olarak, yayınlatana düşen yükümlülükleri yerine getirebilecek ölçüde eseri kullanıp değerlendirme olanağını elde etmiş olmak, bu madde anlamında halef sayılmak için yeterlidir. Diğer bir ifadeyle BK m. 372 ve İBK m. 380 anlamında eser sahibinin halefi sayılmak için eser üzerindeki bütün mali hakları kazanmış olmak gerekmez. Bir kişinin eseri çoğaltma ve yayma hakkını kazanmış olması, eser sahibinin halefi sıfatıyla yayın sözleşmesini yapabilmesi için yeterlidir. Zira, yayın sözleşmesinin yayınlatana yüklediği yükümleri yerine getirebilme

[123] FSEK m. 11/II ise, "umumi yerlerde veya radyo televizyon aracılığı ile verilen konferans ve temsillerde, mutad şekilde eser sahibi olarak tanıtılan kimse o eserin sahibi sayılır, meğer ki, birinci fıkradaki karine yoluyla diğer bir kimse eser sahibi sayılsın" hükmünü içermektedir.

[124] Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. LÖSSL Wolfgang, RechtsNachfolge in Verlagsverträge, Diss., Frankfurt am Main 1997.

olanağı ve yayın sözleşmesinin gerektirdiği tasarruf yetkisi sırf bu haklara sahip olmakla elde edilebilecektir[125].

Sonuç olarak eser sahibinin halefi olarak yayın sözleşmesini yapan kişinin, çoğaltma ve yayma hakları ve bu hakların kullanılabilmesi için zorunlu olan eser sahibinin manevi hak ve yetkilerine (henüz kamuya sunulmamış eseri kamuya arz etme yetkisi gibi) sahip olması beklenir[126]. Bu bağlamda eser sahibinin mirasçıları ve eser sahibinden mali hakları -en azından yayın sözleşmesinin çekirdeğini oluşturan ve olmazsa olmaz haklardan olan yayma ve çoğaltma haklarını- devralmış olan kişiler, eser sahibinin halefi kategorisi içinde değerlendirilebilecektir.

Hukuki halefiyet için tüm yetkilerin dar ve teknik anlamıyla devri gerekli değildir. BK m. 372 ve İBK m. 380 anlamında hukuki halef olabilmek için yayın sözleşmesinde yayınlatana düşen yükümlülükleri yerine getirebilecek konumda olmak yeterlidir. Bu durum, eseri yayın sözleşmesinin ifasına olanak sağlayacak bir şekilde kullanmak yetkisini devralmakla elde edilebilir[127].

Eser sahibinin hukuki halefi bir gerçek kişi olabileceği gibi bir tüzel kişi de olabilir[128].

UrhG §29 uyarınca, eser sahibinin halefi olarak sadece eser sahibinin ölümü halinde mirasçılar gündeme gelmektedir. Bunun dışında, anılan hüküm uyarınca eser sahibinin hayatında telif hakkını devretmesinin yolu kapatılmıştır[129].

B. YAYINLAYAN

BK m. 372 ve İBK m. 380, yayınlayan (Verleger) kavramını tanımlamamaktadır. Yayınlayan kavramının tanımı, İBK m. 380 ve BK m. 372'de yayınlayana ait olduğu söylenen yükümlülüklerden çıkarılmaktadır. Zira bu madde ile yayınlayanın "eseri çoğaltmak" ve "piyasaya sürmek" biçiminde sözleşmesel yükümlülükler taşıdığı belirlenmiştir. Yayınlayan bu yükümlülükleri yerine getirebilecek herhangi bir gerçek veya tüzel kişi (kişi ortaklığı veya sermaye ortaklığı) olabilir[130]. Yasa koyucu yayınlayan açısından, başka bir koşul öngörmemiştir[131].

---

[125] TROLLER, Kommentar, 25.
[126] TROLLER, Kommentar, 25; TEKİNALP, 155.
[127] TROLLER, Kommentar, 25.
[128] HILTY, Immaterial, 527; HILTY, Basler, 2072.
[129] Eser sahibi, ancak eser üzerinde üçüncü kişilere yararlanma hakları tanıyabilir. Bkz. SCHRICKER, 120.
[130] TROLLER, Kommentar, 25; HILTY, Immaterial, 528; HILTY, Basler, 2072; ULMER, 433. Ayrıca bkz. SCHACK, 425; TROLLER, II, 902; SCHRICKER, 142; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 75; REHBİNDER, Urheberrecht, 320; BUCHER, 215.
[131] HILTY, Immaterial, 528. FSEK m. 18/III uyarınca; bir eserin yapımcı ve yayımcısı, ancak eserin sahibi ile

Yayınlayanın, teknik ve organizasyona ilişkin donanımdan uzak olması, yayın sözleşmesinin kurulmasını engellemez, olsa olsa kötü ifa veya hiç ifa etmemeye ilişkin hükümlerin uygulanmasına yol açar (BK m. 96)[132].

Yayınlayan kavramında belirleyici olan nokta, eserin çoğaltılması ve yayılmasının kendi hesabına üzerine almasıdır. Yayınlayanın, bir ticari işletme işleterek ileriye dönük olarak sürekli kazanç amacı taşıması önemli değildir[133].

Uygulamada, özellikle müzik yayını sözleşmesinde genellikle bestecilerin, eserlerinin plaklara veya diğer ses taşıyıcılarına kaydedilerek, çoğaltılabilmesi ve yayılması konusundaki yetkileri, özel meslek birliklerine, bu hakların onlar tarafından idare edilmesi ve yönetilmesi amacıyla devredilmektedir. Bu özel meslek birlikleri de kendilerine söz konusu yetkilerin devredildiği sözleşmeye dayanarak plak şirketlerine eserin kullanılma yetkilerini bırakmaktadırlar[134]. Bu meslek birlikleri, Amerika Birleşik Devletleri'nde, ASCAP (American Society of Composers, Authors anda Publishers), BMI (Broadcast Music) ve SEASAC, Fransa'da, SACEM, Japonya'da, JASRAC, İngiltere'de PRS'dır[135]. Almanya'da bu meslek birliği GEMA (Gesellschaft für Musikalische Aufführungs- und Vervielfältigungsrechte)'dır. GEMA, eser sahiplerini temsil ederek onlar adına müzik yayınlayanları ile ilgili sözleşmeleri kurmaktadır[136]. Bugün müzik endüstrisi, 5 büyük müzik

---

yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir. Yapımcı ve yayımcı kavramları FSEK'de tanımlanmamıştır. Ancak, yapımcı istisna sözleşmesi bağlamında eseri yapan, yayımcı da yayın sözleşmesinin karşı tarafını oluşturan kişidir. Bir eserin yapımcısı veya yayımcısı eserin sahibi olmadığı gibi, FSEK m. 18/II'de belirtilen çalıştıran ve tayin edenlerden farklı olarak, eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisine kanun hükmü uyarınca da sahip değildir. Ancak, eğer yapımcı veya yayımcı aynı zamanda FSEK m. 18/II çerçevesinde çalıştıran, tayin eden veya tüzel kişi kapsamında değerlendirilebiliyorsa, mali hakları kullanma yetkileri mevcuttur. Bu ihtimal dışında, yapımcı veya yayımcı, eser üzerindeki mali hakları ancak eser sahibi ile aralarında yapacakları sözleşme çerçevesinde kullanabilir. Yapımcıya veya yayımcıya mali haklar ya bir ruhsat (lisans) ile tanınabilir veya bu kişilere mali haklar devredilebilir. Bkz. TEKİNALP, 137.

[132] HILTY, Basler, 2072.

[133] PEDRAZZINI, 582; TROLLER, Kommentar, 19 vd. ; ULMER, 433; SCHACK, 425; HILTY, Immaterial, 529; HILTY, Basler, 2074; TROLLER, II, 902; SCHRICKER, 142; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 75; REHBİNDER, Urheberrecht, 320; BUCHER, 215; LÖSSL, 16; HIRSCH, 227; AYİTER, 242; YAVUZ, 528; GİRİTLİOĞLU, 45-46; FRANKO, 130.
Hatta, bir matbaa sahibi bile belirli bir sınıfı desteklemek için propaganda broşürlerini çoğaltma ve yayma işini kendi hesabına üzerine alırsa, AYK anlamında yayınlayandır. SCHRICKER, 122.

[134] Bkz. TROLLER, Kommentar, 27; SCHRICKER, 41; GORSCAK Robert, Der Verlagsvertrag Über U-Musik, Diss., Baden-Baden 2003, 17 vd.

[135] Amerika Birleşik Devletleri'nde, sözkonusu meslek birlikleri müzik eserinin radyoda, televizyonda, konserlerde, barlarda, lokallerde veya internet aracılığı ile çalınmasından belirli bir ücret almaktadırlar ve genellikle, aldıkları bu ücretin %15'ini kendi idari ücretleri olarak ayırdıktan sonra, geri kalan gelirin yarısını şarkı yazarına yarısını da yayınlayana ödemektedirler. Bkz. BIEDERMAN Donald E/SILFEN Martin E/BERRY C. Robert/PIERSON Edward P./ GLASSER Jeanne A, Law and Business Of The Entertainment Industries, Westport 2001, 553. Ayrıca bkz. SIEGEL Howard, Entertainment Law, New York 1996, 50-51.

[136] GEMA, Almanya'daki en eski ve en önemli meslek birliğidir (Verwertungsgesellschaft). Meslek birliklerine genelde besteciler üye olsa da, yayınlayanlar, söz yazarları da üye olabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHRICKER, 41; 154; GORSCAK, 17 vd.

şirketinden[137] oluşan ve toplam olarak dünya müzik pazarının %70'ini kontrol eden, adeta bir oligopol özelliği taşımaktadır. Söz konusu büyük müzik şirketleri tüm dünya üzerinde müzik faaliyetiyle ilgili çeşitli alanlarda faaliyette bulunmaktadırlar ki, bu aynı zamanda onları yayın alanının da en önemli şirketleri yapmaktadır. Dolayısıyla, bu müzik şirketlerinin aynı zamanda en büyük yayın şirketleri olmaları şaşırtıcı olmamalıdır[138].

Bu bağlamda, meslek birliklerinin asıl fonksiyonu, eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerinin, eserini satacağı zaman karşı karşıya geldiği güçlü işletmeler, büyük ve çok uluslu işletmeler ile hatta karteller ve onların dayatmış oldukları istekler karşısında, tek başına pazarlık etme şansının olmaması noktasında ortaya çıkmaktadır. Zira, eser sahibinin, güçsüz, çaresiz ve yalnız olduğu bu konularda gereksinimlerine meslek birlikleri cevap verebilmektedir. Meslek birlikleri, eser ve bağlantılı hak sahiplerinin -kural olarak- mali haklarına yapılan tecavüzleri tespit edip, bunlarla hukuken mücadele eden, gereğinde dava açan, bu hakları devralmak veya üzerlerinde ruhsat (lisans) sahibi olmak isteyenlerle sözleşmeler yapan, sözleşmelerin ifasını sağlayan ve izleyen, eser sahiplerine ödenmesi gereken ücretleri tahsil eden ve hak sahiplerine dağıtan, yapıları ve çalışma ilkeleri kanunla belirlenmiş, özel hukuk tüzel kişisi niteliğini taşıyan kuruluşlardır[139]. Türk Hukukunda da aynı görevi MESAM (Musiki Eseri Sahipleri Meslek Birliği), MSG (Musiki Eseri Sahipleri Grubu Meslek Birliği), İLESAM (İlim ve Edebiyat Eseri Sahipleri Meslek Birliği), GESAM (Güzel Sanat Eseri Sahipleri Meslek Birliği), SESAM (Sinema Eseri Sahipleri Meslek Birliği) gibi birlikler üstlenmiştir.

III. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

A. GENEL OLARAK

İBK m. 380 yayın sözleşmesinin konusu olarak edebi eserlerden ve diğer sanat eserlerinden bahsetmiştir. Bu iki sıfat "edebiyat ve diğer sanat eserleri" URG m. 2'de kullanılan edebiyat ve sanat eserleri kavramlarıyla örtüşmektedir. URG m. 2/I, eser kavramını tanımlamıştır. Anılan hüküm uyarınca, "eserler, değerlerinden ve amaçlarından bağımsız

[137] SONY, Warner, Polygram, BMG, EMI.
[138] GORSCAK, 15 vd.
[139] Meslek birlikleri hakkında en önemli mevzuat, FSEK m. 42 ve "Fikir ve Sanat Eserleri ile Komşu Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzük"tür. Bu mevzuat çerçevesinde, meslek birlikleri Kültür Bakanlığının izni ile kurulurlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, 277 vd.

olarak edebiyat ve sanat alanında, bireysel bir özelliğe sahip olan fikri yaratıcılıklardır[140]". Bilgisayar programları, her ne kadar edebiyat ve sanat alanında değerlendirilmese de, URG m. 2/III'e göre "eser" olarak değerlendirilmiştir. Diğer bir ifadeyle, URG bilgisayar programlarına da uygulanacaktır. URG m. 2/II'de, tipik olarak edebiyat ve sanat eserleri türleri sınırlayıcı olmayan bir şekilde sayılmıştır.

Bu bağlamda, REHBİNDER'e göre İsviçre Hukuku'na göre yayın sözleşmesinin konusunu, kitaplar ve diğer yazılı eserler, müzik notaları, ses veya görüntü taşıyıcıları, sanat eserleri, posterler, fotoğraflar[141], grafik sayfalar oluşturabilir. Ayrıca, bir eserin işlenmesi, özellikle tercümeler de yayın sözleşmesine konu olabilir[142].

TROLLER ise, edebiyat ve sanat eserleri alanına dahil olan her eserin yayın sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğini kabul etmektedir[143]. Bu nedenledir ki, TROLLER'e göre, İsviçre Hukuku'ndaki bu düzenleme müzik eserlerini, sinema eserlerini kapsadığı gibi diğer sanat eserleri olan pandomim gibi eserleri de kapsamaktadır. Bu bağlamda, İBK ve URG'deki eser kavramı edebiyat, müzik, sinema ve hatta diğer sanat eserlerini kapsayacak şekildedir[144]. Edebiyat ve sanat eserleri tanımı, yayın sözleşmesinin konusu noktasında pek şüpheye sebep olmamaktadır. Bu alana dahil olan eserler, çoğaltmaya ve yayılmaya elverişli oldukları takdirde yayın sözleşmesinin konusunu oluşturabileceklerdir. Ayrıca, üç boyutlu sanat eserleri ve ses veya resim taşıyıcılarıyla saptanan veya belirlenen eserler de yayın sözleşmesine konu olabilecektir[145]. Örneğin ses veya resimli taşıyıcıya kaydedilen, plak, kaset veya filmlerin dağıtılması da yayın sözleşmesine konu olabilir, ancak uygulamada bunun yerine daha çok kendine özgü sözleşmeler yapılmaktadır[146]. Dolayısıyla, birçok yayın sözleşmesinin konusunu yazılı veya resimli eserler oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle, daha çok baskı veya benzer bir yöntemle çoğaltılabilen eserler yayın sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır ki, bunların başında da kitaplar, tercümeler gelmektedir. Ancak, müzik notalarının da doğrudan yayın sözleşmesine konu olabileceği vurgulanmalıdır[147]. Her yayın sözleşmesine konu olan eserin türüne göre de, yayın sözleşmesi, kitap yayını

---

[140] Ayrıntılı bilgi için bkz. von BÜREN, 63 vd.; REHBİNDER, Schweiz, 87 vd.

[141] Aytıntılı bilgi için bkz. CORRODI Rolf, Das Urhebervertragsrecht des Fotografen in der Schweiz, Diss. Zürich, 1996.

[142] REHBİNDER, Schweiz, 170-171.

[143] Ancak tabi ki yegane olan her yaratıcılık yayın sözleşmesinin konusunu oluşturamaz. Örneğin sportif başarılar, her ne kadar eylemsel olarak yegane olsa da sanat eserleri grubuna dahi olamazlar. Yine, dans ve pandomim arasındaki sınır da kesin değildir. Örneğin buz pateninde alanı gibi alanlarda ortaya çıkan sonuçlar, doğrudan yayın sözleşmesinin konusunu oluşturamayacaktır. Bu tür olaylar, kural olarak ancak resim veya sözlü haber haline getirilirse bireysel bir özellik kazanırlar. TROLLER, Kommentar, 26-27.

[144] TROLLER, Kommentar, 5-6.

[145] TROLLER, Kommentar, 27; TROLLER, II, 901.

[146] TROLLER, II, 901.

[147] PEDRAZZINI, 566-567; TROLLER, II, 901; TROLLER, Kommentar, 27.

sözleşmesi, müzik notası (müzik) yayını sözleşmesi[148] veya sanat eseri yayını sözleşmesi[149]; olarak nitelendirilmektedir[150]. Son yıllarda, bilgisayar ve internet kullanımının yaygınlaşmasının bir sonucu olarak gelişen yeni çoğaltma teknikleri ile "elektronik kitap yayını sözleşmesi"[151] veya elektronik yayın sözleşmeleri de bu kapsamda sayılmalıdır. Ancak, sanat eserlerinin ticari olarak değerlendirilmesi konusunda taraflar yayın sözleşmesi yerine daha çok lisans sözleşmesi kurarlar[152].

Bu veriler çerçevesinde ortaya çıkan sonuç, İsviçre'de yayın sözleşmesinin konusunu sadece edebiyat, müzik ve diğer sanat eserlerinin oluşturabileceği, bu eser türlerinin içine girmeyen herhangi bir ürün veya fikri çalışmanın yayın sözleşmesine konu olamayacağıdır[153]. Bilgisayar programlarının yayın sözleşmesine konu olup olmayacağı İsviçre Hukuku'nda[154] tartışmalı olmakla birlikte, Alman Hukuku'nda kabul edilmektedir[155].

Yine gazete ve dergiler de yayın sözleşmesi anlamında yayın konusu olmazlar[156].

Alman Yayın Kanunu §12'ye göre, yayın sözleşmesinin konusu sadece edebiyat ve müzik eserleridir. Böylece AYK, yayın sözleşmesini edebiyat ve müzik eserlerine özgülemiştir. Kanun koyucu bilinçli olarak resim içeren sanat eserlerini dışta bırakmıştır[157].

B. FSEK ÇERÇEVESİNDE ESER KAVRAMI

İBK m. 380 ve BK m. 372'nin "eser" kavramı fikri hukuk esas alınarak tanımlanmalıdır. Eserin karakteristik özellikleri, daha önce benzeri görülmeyen orjinallikte olması, eser sahibinin kişisel özelliklerini taşıması ve gayrı maddi olmasıdır. Bugüne kadar süregelen Yüksek Mahkeme Uygulaması eseri "yeni, orijinal, gayrı maddi bir fikri oluşum (ürün)" olarak tanımlamıştır[158].

Yayın sözleşmesinin konusunu oluşturan "eser" kavramı Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun "kilit" unsurudur. Bu bağlamda "eser" kavramı FSEK çerçevesinde değerlendirilerek tanımlanacaktır. FSEK m. 1/B (a) uyarınca "eser", sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi

[148] Bkz. GORSCAK Robert, Der Verlagsvertrag Über U-Musik, Diss., Baden-Baden 2003.
[149] Ayrıntılı bilgi için bkz. WYLER Barbara, Der Kunstverlag, Diss., Zürich 1983.
[150] TROLLER, II, 901.
[151] SCHMAUS Stefan, Der E- Book Verlagsvertrag, Diss., Frieburg 2002.
[152] TROLLER, Kommentar, 27.
[153] TROLLER, Kommentar, 5-6.
[154] Bkz. HILTY, Basler, 2071.
[155] SCHRICKER, 124-125
[156] TROLLER, II, 901; PEDRAZZINI, 567; SCHRICKER, 125.
[157] SCHRICKER, 123-125; ULMER, 430; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 72; SCHACK, 448.
[158] TROLLER, Kommentar, 26.

fikir ve sanat mahsüllerini ifade eder. Bu tanım çerçevesinde, bir fikir ve sanat eserinin FSEK anlamında eser olarak kabul edilebilmesi ve bu anlamda eser olarak korunabilmesi için koruma için gerekli bir takım unsurları ihtiva etmelidir. Bunlar, eserin;

1. Sahibinin hususiyetini taşıması
2. Sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olması,
3. FSEK'de öngörülen eser türlerinden birinin içine girmesi ve
4. fikri çabanın ürünü olmasıdır[159].

Hakim, önüne gelen dava dosyasında fikri ürünün "eser" niteliği taşıyıp taşımadığını re'sen araştırmak zorundadır[160].

Bir ürünün eser olarak korunabilmesi için FSEK'in aradığı "sahibinin hususiyetini" taşıması şartından ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde görüş birliği yoktur[161]. Bizim de katıldığımız görüşe göre[162] hususiyet, kendisini "anlatım"da (uslüp) gösterir. Anlatım sanatsal kişiliği, yaratıcılığı yansıtır, onun mührüdür. Her uslüp, sahibinin yaratıcılığını içerdiğinden dolayı bireysel ve özneldir. Dolayısıyla herkes, ilkinden farklıdır. Her zaman ve her eser sahibinde düzey aynı olmayabilir, hatta ortalarda bulunabilir, ancak "mutad" değildir.

---

[159] TEKİNALP, 97. İsviçre Hukuku açısından "eser" kavramı için bkz. von BÜREN, 63 vd.; REHBİNDER, Schweiz, 87 vd. Alman Hukuku açısından eser kavramı için bkz. ULMER, 127-129.
Ancak, doktrinde bir fikri ürüne eser statüsünün verilebilmesi için objektif ve sübjektif olmak iki unsurun varlığı aranmaktadır. Objektif unsura uyarınca, eser "iktisaden istifadeye elverişli" olmalı ve bu anlamda çoğaltılarak kamunun menfaatine sunulmalı ve kamuya faydalı olmalıdır. Sübjektif unsur ise, eserin "eser sahibinin hususiyetini" taşımasıdır. HIRSH, Fikri ve Sınai Haklar, 1948, 130-131. Yine, doktrinde bir fikri çalışmanın "eser" olarak nitelendirilebilmesi için, esasa ilişkin şart olan, sahibinin özelliğini taşımak ve şekle ilişkin şart olan, kanunda belirtilen eser kategorilerinden birine dahil olmak şartları da aranmaktadır. Bkz. EREL, 32-37.
Bern Sözleşmesinde de "eser" kavramı tanımlanmamış, sadece 2. maddede nelerin "eser" kavramına girerek "eser" olarak nitelendirilebilecekleri konusunda sayma yöntemine gidilmiştir. Ancak, doktrinde bu saymanın da sınırlayıcı olmadığı ileri sürülmektedir, zira, 1948 tarihli Brüksel konferansında, bu sözleşmeye yeni eser türleri eklenmiştir. ARSLANLI, 10.

[160] Bkz. OLGAÇ Senai, Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri, Ankara 1979, 99. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 09.03.1993 tarih ve 1621/710 sayılı kararı ve 4. Hukuk Dairesinin 01.01.1997 tarih ve 5913/7617 sayılı kararı (Kazancı Bilişim).

[161] HIRSCH'e göre eser, ancak yaratıcı bir fikri çalışma mahsulü olabilir. Herkes tarafından vücuda getirilemeyen eserlerde eser sahibinin hususiyetinin bulunduğundan söz etmek mümkündür. Eser, herkes tarafından meydana getirilebiliyorsa, böyle bir eserde hususiyetten bahsedilemez. Diğer bir ifadeyle, yaratıcı bir mahsulü diğerlerinden ayıran husus onu meydana getirenin hususiyetidir. Bkz. HIRSCH, 1948, 131. AYİTER'e göre hususiyeti, "tek olmak, var olandan başka olmak" şeklinde anlamak gerekir. Bkz. AYİTER, 42 vd. EREL ise, hususiyeti, "eserin bağımsız bir fikri çalışma ürünü olması ve böylece sahibinin yaratıcı gücünün özelliğini yansıtabilmesi" olarak ele almaktadır. Bkz. EREL, 33. Buna karşılık ARSLANLI, hususiyet kavramını HIRSCH gibi dar yorumlamanın eser vasfını çok ağır şartlara tabi kıldığını ileri sürerek, "nisbi istiklal" görüşünü benimsemiş ve hususiyet kavramına geniş bir anlam vererek koruma altına alınabilecek "eser" yelpazesini genişletmiştir. Yazara göre, hususiyet, müellifine nisbet edilebilen fikri mesainin nisbi istiklalinden aranmalıdır. Her eser kendisinden önce açıklanan fikirlerden, idelerden ,istifade edebilir ve hatta zorundadır. Ancak bu istifade intihal boyutuna ulaşmamalıdır. Burada önemli olan nokta ve asgari şart neticeyi muhik kılan nisbi istiklale sahip bir fikri emeğin mevcudiyetidir. ARSLANLI, 6-7. Diğer bir ifadeyle önemli olan bu istifadenin yanında eser sahibine atfedilebilen "bağımsız bir fikri emeğin" saptanabilmesidir. ayrıca bkz. EREL, 34; ÖZTRAK, 4. YARSUVAT ise, hususiyet kavramını "eserin onu yaratan kimsenin orjinalliğine sahip olması" şeklinde açıklamaktadır, YARSUVAT, 41vd.

[162] Bkz. TEKİNALP, 98 vd.

Yenilik gerektirmez, fakat sanatçının kişisel mührünü taşır; beğenilmese, hatta nefret edilse bile, o, kişiye özgüdür. Ancak, hususiyet geniş anlamda "anlatım" olmakla birlikte, eserin tanımlanması için sözkonusu anlatımın "orijinal" olması bir koşul değildir[163]. Ancak yine de, hususiyetten söz edebilmek için eserin belirli bir düzeye ulaşmış olması gerekir ve bu düzey de sıradan bir düzey olmamalıdır. Zira, düzeyi düşük anlatım ve bilimsel eserlerde yetersiz bilgi, bir "hususiyet"i içermez. Düzey konusunda genel bir ölçüt vermek mümkün değilse de, somut olayın özelliklerine göre, düzeye sahip fikri bir çabanın varlığı saptanmalıdır ki, bu fikri çaba eseri sıradanlıktan ayıracaktır. Burada vurgulanması gereken bir başka nokta da, eserin "başarılı" veya "güzel" ya da "etkileyici" olmaması, hatta bazılarınca berbat bulunması, onu FSEK anlamında" eser" sayılmaktan çıkaramaz. Zira, hukuken "eser", eleştirel yargılara göre değil, düzeyli bir fikri faaliyetin sonucu olup olmamasına göre tanımlanır[164].

Hususiyetin var olup olmadığını ve düzeyini uzmanlar yani bilirkişiler saptayacaktır ve mahkeme bu doğrultuda karar verecektir[165]. Yine, her eser türünün kendine özgü özellikleri bulunduğu için, hususiyet "eser"in türü gözönünde tutularak belirlenecektir, yoksa tüm eser grupları için uygulanabilecek tek bir ölçüt verilemez[166].

Hususiyet konusunda son olarak belirtilmesi gereken nokta, hususiyetin şekil ve içerikte, yani, her ikisinin bütününde kendisini göstermesidir[167].

Fikri bir ürünün eser olarak korunabilmesi için, fikri çabanın sonucu olan düşüncenin (ide) bir şekil altında ortaya konulması gerekir. Zira salt düşünce, eser olarak korunmaz[168].

---

[163] TEKİNALP, 100; BAINBRIDGE, 278-29; DAVIES, 969. Bu bağlamda, eserde daha önceden duyulmamış ve görülmemiş mutlak bir orjinalite aranmaz. Bu özelliği ile eser, patent hukukunda, patent verilebilmesi için aranan koşullardan biri olan "buluş basamağı", (inventive step) olarak nitelendirilen ve mevcut teknolojik düzeye daha önceden bilinmeyen "yenilik" getirme olarak açıklanan unsurdan ayrılır. Zira, burada eser sahibi, bu çalışmayı hazırlarken, kendisinden önce ortaya çıkmış olan diğer eserlerden yararlanabilir ve hatta bazen yararlanmak zorundadır. Bu, hukuk düzeni tarafından izin verilen yasal bir yararlanmadır. Ancak, bu yararlanma intihal boyutuna veya başkasının eserini gasp boyutuna ulaşmamalıdır. Bkz. EREL, 33-34; ARSLANLI, 7; ÖZTRAK, 4; BAINBRIDGE, 28. Başka bir ifadeyle yararlanma alanıyla, intihal arasındaki çizgi aşılmamalıdır.

[164] Bkz. TEKİNALP, 99, 100, 101. Alman doktrininde, yaratıcılık seviyesi, asgari fikri ve yaratıcı başarı düzeyi ile bireyselliğin birleşimi olarak ele alınmaktadır. SCHRICKER Gerhard, "Farewell to the Level of Creativity (Schöpfungshöhe) in German Copyright Law?, IIC, 1995, S. 26, 41-42.
Kıta Avrupası sisteminde, bir ürünün eser olarak korunabilmesi için gerekli olan yaratıcılık derecesi, Amerikan ve İngiliz Hukuku'nda kabul edilen copyright sisteminden daha yüksektir. Amerikan ve İngiliz Hukuku doğrultusunda, eserin orjinal olmasından kasıt, eserin asıl eser sahibinin elinden çıkması, eserin başka bir eserden kopyalanmamasıdır. Ancak, tabi ki yukarıda da ifade edildiği üzere, Kıta Avrupası sisteminde de, eserin orjinal bir fikirden üretilmesi koşulu aranmamakta, düşüncenin yazıya dökülüş biçimi, ifade baz alınmaktadır. Kıta Avrupası ile Common Law fikri hukukları arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DAVIES, 969; SCHACK, 11-12; BAINBRIDGE, 28 vd.

[165] Yargıtay 11. HD'nin. 17.06.1980 tarih ve 2877/3052 sayılı kararı için bkz. YKD C. 7, 251, 1981 ; Yargıtay 11. HD'nin 11.02.2002 tarih ve 8275/8839 sayılı kararı için bkz. YKD C. 29, 383-385, 2003.

[166] TEKİNALP, 100.

[167] TEKİNALP, 101; ASLANLI, 8; EREL, 35. Şekil ve içerik konusundaki özellikle Alman Hukuku'ndaki tartışmalar için bkz. AYİTER, 41 vd.

[168] Burada şöyle bir soru akla gelebilir. Acaba, tamamlanmamış bir eser de FSEK çerçevesinde eser olarak kabul

Bir fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için FSEK'de sayılmış olan eser türlerinden birisinin içine girmiş olması şarttır. FSEK, fikir ve sanat eserlerinin çeşitleri kenar başlığı ile 4 eser kategorisine yer vermiştir: I- İlim ve Edebiyat eserleri (m.2), II-Musiki Eserleri (m.3), III- Güzel Sanat Eserleri (m. 4), IV- Sinema Eserleri (m.5). Bu bağlamda, bir fikri ürünün eser olarak nitelendirilebilmesi için, ya ilim ve edebiyat, ya musiki, ya da güzel sanat veya sinema eseri olması gerekir. Doktrinde bu ana eser kategorilerinin sınırlı sayıda olduğu , yani burada "numerus clausus" ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmiştir. Ancak, FSEK'te her ana kategori altında, o türe giren ve örnek olarak sayılan eserler hakkında numerus clausus ilkesi geçeli değildir. O kategorinin ayırıcı niteliklerini ve özelliklerini taşıması koşuluyla yeni bir eser türü dahi bu ana kategorilere dahi edilebilecektir [169].

Son olarak, FSEK tarafından "eser" olarak koruma şemsiyesi altına alınan ürünün, fikri çaba ve faaliyetin sonucu ortaya çıkmış olması gerekir. Bu şart, eserin insan tarafından oluşturulmasını gerekli kılarak, insan emeği dışında ortaya çıkan her türlü mekanik ürünü ya da doğa tarafından ortaya çıkan ürünleri dışlamaktadır[170].

C. BK m. 372 UYARINCA YAYIN SÖZLEŞMESİNİN KONUSUNU OLUŞTURAN ESERLER

BK m. 372'de, yayın sözleşmesine konu olabilecek eserler "edebi ve sınai bir eser" şeklinde ifade edilmiştir. Ancak mehaz İBK m. 380'de bu kavramın yerine, "edebiyat veya sanat (sanatsal/sanata ilişkin) eseri" terimleri kullanılmıştır. Bu çerçevede öncelikle, BK m. 372'de kullanılan "sınai" terimi yanlış kullanılmıştır. Bunun mehaza uygun olarak, "sanata ilişkin/sanatsal" şeklinde anlaşılması gerekir. "Sanat eseri", FSEK m. 4 anlamında, estetik değere sahip bir güzel sanat eserini, buna ait bir yayın sözleşmesi ise, bu eserin çoğaltılmasını ve yayınını ifade eder. Mesela bir yağlı boya tablonun, tezhibin, fotoğrafın, karikatürün, resmin çoğaltılması ve yayımı gibi. Yayın sözleşmesinin konusunu oluşturması yönünden

---

edilebilir ve bu anlamda yayın sözleşmesinin konusunu oluşturabilir mi? Eserin "eser" olarak korunabilmesi için tamamlanmış olmasına gerek yoktur. Tamamlanmamış eserin eser sayılabilmesi için belli bir düzeye gelmiş olması şarttır. Örneğin birkaç sayfasının yazıldığı bir roman tamamlanmamış bir eser sayılamazken, ilk kısmı bitmiş bir roman, ilk dizeleri yazılmış bir şiir, başlanılmış bir beste, tamamlanmamış bir eser dolayısıyla "eser" olarak korunur. TEKİNALP, 102.

[169] ARSLANLI, 11-12; AYİTER, 45; ÖZTRAK, 15; EREL, 36; YARSUVAT, 54. Sınırlı sayı ilkesinin özellikle gelişen teknoloji karşısında ortaya çıkan yeni eser türlerinin korunması konusunda getireceği sakıncalar hakkındaki eleştiriler için bkz. EREL, 36-37; YARSUVAT, 55.

[170] Bkz. TEKİNALP, 105-106. Buna karşılık, İngiliz ve Amerikan Hukuku'nda, teknik işlemlerle yapılan, özellikle ses kayıtları, her ne kadar insan emeği ve çabası olmasa da, koruma altına alınmaktadır. SCHACK, 11-12.

ölçü sanat eserinin çoğaltılmaya ve yayına müsait olmasıdır[171].

Edebi kelimesi ise, aslına uygun olarak kullanılmakla birlikte, bunun bilimsel eserleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekir. Kanaatimizce de, doktrinde kabul edildiği üzere, bu unsurun, "bir fikir ürününün (eserinin) varlığı" şeklinde ifade edilmesi daha uygun olacaktır[172].

Ancak, TBKT m. 487'de bu kavramların yerine sadece "ilim veya edebiyat eseri" terimleri kullanılmıştır. İlim ve edebiyat eserleri, FSEK m. 2'de sayılmış olan 4 ana eser türleri içinde ilk eser türünü oluşturmaktadır. Anılan maddede, "ilim ve edebiyat eserleri" üst kavramı altında 3 bend sayılmıştır[173].

Doktrinde eser türleri çeşitli kriterler baz alınarak sınıflandırılmaktadır[174]. Bu bağlamda, "İlim ve edebiyat eserleri" üst başlığı altında sayılan eserlerin içinde "herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler" şeklinde bir sınıflandırma yapılmaktadır ki, bu sınıflandırma aynı zamanda yayın sözleşmesinin konusunun çekirdeğini oluşturmaktadır. Bu eser kategorisi içine, gerçek anlamda edebiyat eserleri olan roman, hikaye, şiir, tiyatro oyunu girdiği gibi, bilimsel konferanslar, monografiler, paneller, siyasi nutuklar, skeçler, makaleler, piyesler, senaryolar, bazı mektuplar da girmektedir. Tercümeler, ansiklopediler, dergiler işlenme eserler de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu tür çalışmalara eser niteliğinin verilebilmesi için, ayrıca yazılı hale getirilmiş olması aranmasa da[175], bu eserlerin yayın sözleşmesine konu olmaları açısından ve bu anlamda çoğaltma ve yayma hakkının kullanılabilmesi için cisimleştirilmeleri, somut bir varlık kazanmaları gerekir ki, bu, çoğaltmaya konu olmalarının ön şartıdır.

Dil ve yazı ile ifade edilen eserlerde, kullanılan dilin yaşayan veya ölmüş bir dil olması, gramer kurallarına veya bilimsel terminolojiye dayanması, fizik, kimya ve matematik dili olan işaret, formül ve sembollerle veya şekillerle ifade edilmesi de önemli değildir, yeter

---

[171] Bkz. TEKİNALP, 237.

[172] Bkz. YAVUZ, 528; ZEVKLİLER, 349; BİLGE, 267; TUNÇOMAĞ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, 1116; YARSUVAT, 2.

[173] Bunlar, "dil ve yazı ile ifade edilen eserler ve bilgisayar programları", "rakıslar, koreografi eserleri, pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri" ve "bedii niteliği bulunmayan teknik ve bilimsel fotoğraflar, haritalar, çizimler, maketler"dir. Eğer, son anılanlar öğretici, açıklayıcı olmamakla birlikte bedii (estetik) niteliğe sahipseler güzel sanat eseri olarak korunurlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, 17vd. ; AYİTER, 49-50; YARSUVAT, 59.
Ancak, bu kategori ilim ve edebiyat eserinin sözlük anlamını aşacak şekilde geniş tutulmuştur. Zira, bu kategori altında herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserlerin yanında, danslar, pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri de sayılmıştır ki, anılan eserler arasında ortak noktalar bulmak ve bağlantı kurmak mümkün değildir. Bu sorunun temelinde yatan sebep, anılan maddenin yürürlükten kalakmış olan Alman fikir ve sanat eserleri kanunundan hukukumuza geçmiş olması yatmaktadır. AYİTER, 47; EREL, 39.

[174] İfade aracı, ifade şekli veya konu bu sınıflandırmada baz alınabileceği gibi, eserden yararlanma şekillerine göre de sınıflandırma yapılabilir.; AYİTER, 46.

[175] Bkz. AYİTER, 48; TEKİNALP, 107; ÖZTRAK, 19; YARSUVAT, 56; EREL, 39.

ki söz konusu çalışma veya fikri ürün, sahibinin hususiyeti şartı da dahil olmak üzere eser olarak korunabilmesi için gerekli unsurları taşısın.

Bu eser kategorisi içinde değerlendirilen eserlerde, konu bilimsel veya edebi olabileceği gibi dini, siyasi, sosyal, ekonomik de olabilir. Seçilen konunun bu anlamda önemi yoktur.

Ancak özellikle ticari amaçlarla meydana getirilen afişler, ilanlar, broşür, kataloglar, telefon ve adres rehberleri, kullanma talimatları, formüllerin toplanmış hali, fiyat listeleri ve yemek kitaplarının bu üst başlık altında değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bu tür çalışmalar Alman Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'na ilişkin literatürde "fikir ve sanat hukukunun bozuk parası" (kleine Münze) olarak nitelendirilmektedir[176] .

Bu tür ürünlerin fikir ve sanat eseri olmadıkları için sözkonusu korumadan da yararlanmayacaklarını ileri süren yazarlar[177] olduğu gibi, web sayfaları, bir radyo-TV yorumu, reklamların (reklam veya ilan metni, reklam sloganı), opera, operet ve şarkı güfteleri, sahibinin hususiyetini taşıyorsa avukat dilekçe ve savunmaları, genel işlem şartları, genel kredi sözleşmeleri gibi katalogların, tarifelerin, rehberlerin ve sözlüklerin de bu kategori kapsamında değerlendirilmesinin doğru olacağını ileri süren yazarlar[178] da vardır ki, biz de aynı görüşü paylaşmaktayız.

Her ne kadar TBKT m. 487'de ilim veya edebiyat eserinden bahsetse de, bir eserin yayın sözleşmesine konu olabilme kriteri ve şartı, bu eserin çoğaltma ve yaymaya elverişli olmasıdır.

---

[176] SCHRICKER, 125; ULMER, 136. Alman mahkemeleri bu "bozuk para" ile sık sık meşgul olmuşlar ve bir çok halde bunlara da fikir ve sanat eserleri korumasını tanımışlardır. Bkz. AYİTER 47.

[177] AYİTER, 47; ARSLANLI, 12; BELGESAY Mustafa Reşit, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955, 11. Bu tür ürünlerde genel bir yargıda bulunmak yerine somut olaya göre sonuca varmanın, ferdilik ve hususiyet düzeyi düşük olsa da bu ürünlerin "eser" olarak kabul edilmesinin yeni doktrin tarafından da Almanya'da ve İsviçre de savunulduğu konusunda bkz. TEKİNALP, 103-105. Zira, Alman Hukuku'nda SCHRICKER da bu tür eserlerin yaratıcılık ve biçimlendirme konusunda belli bir düzeyi yakalamasını temel bir özellik olarak aramakta ve özellikle verilerin (dataların) toplanmasında, bireyselliğin korunmasını gerektirecek ölçüde olması halinde veri (data) bankalarının korunması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. SCHRICKER, 127. Telefon rehberleri konusunda verilen karar için bkz. BGH GRUR 1999, 923. Aksi görüş, REHBİNDER, Urheberrecht, 125. TROLLER'e göre, yazı ile veya diğer ifade araçlarıyla ifade edilebildiği halde üstelik basılı ürün olmalarına rağmen bildiriler eser sayılmazlar. Telefon fihristleri, adres, telefon defterleri, kurs kitapları, renk katalogları da bu bağlamda eser olarak nitelendirilemezler, zira bu ürünlerde "orjinallik" özelliği yoktur.; TROLLER, Kommentar, 9. Bkz. BELGESAY M. Reşit, "Fikir Mahsulü Üzerinde Hak", Ord. Prof. Dr. A. Samim Gönansay Armağanı, 1955, 23.

[178] Bkz. TEKİNALP, 107; YARSUVAT, 57; GÖKYAYLA, 78-79.

D. ESERİN YAYIN SÖZLEŞMESİNE KONU OLMA KRİTERİ: ÇOĞALTMA VE YAYMAYA ELVERİŞLİ OLMA

Yayın sözleşmesine konu olan eserlerde, aranan özellik sadece eserlerin dış dünya tarafından algılanabilecek şekilde cisimleşmeye yani somut olarak saptanmaya ve dağıtıma elverişli olmasıdır[179]. Bu bağlamda eserin yayın sözleşmesi kapsamında çoğaltılabilmesi için de eserin "çoğaltmaya elverişli hale getirilmesi", bu anlamda maddi bir varlık kazanması, "cisimleştirilmesi" gereklidir. Ancak, gayri maddi bir varlık olan eserin çoğaltma hakkına konu olabilmesi için mutlaka sahibinin kişiliğinden çözülmesi, bir "nüsha" olması gerekir[180]. Dolayısıyla, çoğaltmada önemli olan ve belirleyici olan nokta, cismani veya maddi bir şekilde saptanan eserin doğrudan veya dolaylı olarak algılanmasını sağlayan tespitlerdir[181]. Nesneleştirme (cisimleştirme) bazen baskı ve fotoğraf çekme yoluyla, bazen plağa, diskete, banda ya da işaretin, sesin, görüntünün tekrarına ve taşınmasına yarayan bir araca (ekrana, bilgisayara, internete) kayıt edilerek, biçimlendirilerek veya kalıplara (rölyefler, heykelcikler, el işleri) dökülerek sağlanabilir. Bu anlamda eserin ana veya yan bilgisayarlara (uploading, downloading) geçirilmesi dahil her türlü dijital depolama ve gönderme, bir fotoğraf eserini kitap kapağına, bir haritayı davetiyeye, bir motifi broşüre, bir şiiri ilanlara bir şarkı güftesini reklamlara koyma, bir sanat eserinin fotoğrafını çekip dostlara yılbaşı tebriği olarak yollama çoğaltmadır[182].

Yayın sözleşmesinin konusu, telif hakkının bir kısmının özel bir bölüm (çeşit) olarak ayrılmış halidir, şeklidir: Eserin sürekli olarak cisimleşmiş, maddi bir varlık kazanmış halinin çoğaltılmasıyla birlikte eser nüshalarının meydana getirilmesi ve piyasaya sunulmasıyla bağlantılı olan her hak yayın sözleşmesinin konusunu oluşturacaktır[183]. Dolayısıyla, zaten FSEK kapsamında değerlendirilen her eser çoğaltılmaya ve yaymaya elverişli değildir. Bu eser türlerinin bünyesinden kaynaklanmaktadır. Her bir eser türü içinde de çok çeşitli çoğaltma ve yayma varyasyonları ortaya çıkmaktadır. Bu da yayın alanında inanılmaz bir

---

[179] TROLLER, II, 901; TROLLER, Kommentar, 27; PEDRAZZINI, 566; WYLER, 136; YAVUZ, 528; ATEŞ Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, 176. Hatta HILTY, yayın sözleşmesinin konusu olarak telif hakkı tarafından korunan her eser türünü göstermekte ve bilgisayar programlarının dahi bu kapsamda düşünülebileceğini belirtmektedir. Bkz. HILTY, Basler, 2071.

[180] Bir toplantıda söylenen söz ve nutuklar gerekli nitelikleri taşıyorsa, eserdir. Onun yazı ile veya bant üzerine tespiti ile, tekrarlanabilecek bir nüsha elde edildiği için, söz halindeki eser çoğaltılmış olur. Uçucu bir nesne olan sözün aksine, heykel gibi, resim gibi zaten bir maddeyi şekillendirmekle meydana gelen sanat eserleri ya da bir yazarın düşünce ve tasavvurlarını yazması halinde, çoğaltmaya yarayan bir orijinal ya da asıl meydana gelir. Bu hallerde de yararlanmak için asla ihtiyaç göstermeyen bir nüshanın elde edilmesi çoğaltmadır. AYİTER, 128.

[181] SCHMAUS, 41.

[182] TEKİNALP, 173-174.

[183] TROLLER, II, 899.

çeşitliliğe yol açmaktadır[184]. Ancak, sorun somut olarak cisimleşmeye ve dağıtılmaya elverişli olan her türlü eser hakkında kurulan telif hakkı sözleşmelerine yayın sözleşmesi hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanabilecekse hangi ölçüde uygulanabileceği sorunudur. Bu konu İsviçre Hukuku'nda tartışmalıdır.

Yayın sözleşmesi, pozitif hukukta yer alan ve düzenlenen tek sözleşme olmasının yanı sıra, bu alandaki en eski ve en önemli sözleşme olma özelliğini de korumaktadır. Bu sonucun bir uzantısı olarak da, yayın sözleşmesinin "temel bir tip sözleşme" olarak ele alınması ve yasa tarafından düzenlenen bu kuralların diğer telif hakkı sözleşmelerine de kıyasen uygulanması gerektiği görüşleri ve sorunları gündeme gelmektedir[185]. Zira, BK'da düzenlenmiş olan yayın sözleşmesinin aynı zamanda Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku boyutu da vardır. Zira FSEK, gerek sözleşmenin konusu, gerek tarafları, gerekse BK yanında yayın sözleşmesine ilişkin diğer FSEK hükümleri ile uygulama alanı bulmaktadır. Bu anlamda, yayın sözleşmesinin özgün bünyesinden kaynaklanan problemler de bu perspektiften değerlendirilmelidir.

HILTY'e göre, İsviçre'de telif hakkı sözleşmelerine ilişkin bir düzenlemenin olmaması yüzünden yasa koyucu gelecekte telif hakkı sözleşmelerine ilişkin genel sorunlara bir çözüm olarak yayın sözleşmesi hükümlerini kıyasen uygulama yolunu tercih edebilir. Ancak, sadece yasal hükümlere başvurulması her koşulda yanlış bir yol olacaktır, zira söz konusu hükümler Borçlar Hukuku niteliği gereği, sadece yayın sözleşmesine özgü olan hükümlerdir. Buna karşılık, telif hakkına ilişkin genel sorunlar yayın hukukundan çıkarılamaz. Özellikle, telif hakkının son yıllarda geçirmiş olduğu süreçleri ve gelişmeleri yayın hukuku hiç bir şekilde yansıtamaz[186]. Yayın sözleşmesi hükümleri ayrıntılı olarak irdelendiğinde, böyle bir kıyasın genellikle amaca uygun olmadığı görülmektedir. Yayın sözleşmesi eserin kullanım biçimlerinden birini yansıttığı için diğer telif hakkı sözleşmeleri ile karşılaştırılabilir. Ancak, yayın sözleşmesinin özel olarak düzenlenmiş olması, yasal pozitif hükümlerin diğer telif hakkı sözleşmelerine de uygulanmasına imkan vermemektedir. Bu durum, sadece yayın sözleşmesinin şekli olarak düzenleme yeri ile ilgili değildir. Bu bağlamda, sadece yayın sözleşmesinin İsviçre URG'de değil İBK'da düzenlenmiş olması değil, aynı zamanda hükümlerin maddi içerikleri de bu sonuca yol açmaktadır. Zira, telif hakkı çerçevesinde ele alınan yayın hakkıyla ilgili olan hususlar, sadece sözleşmenin bir kısmını oluşturmaktadır. Ancak, yayın sözleşmesinin bunun dışında yer alan pozitif hükümleri

[184] PEDRAZZINI, 566.
[185] HILTY, Immaterial, 522.
[186] HILTY, Immaterial, 525.

aslında Borçlar Hukuku hükümleridir[187]. REHBİNDER de yayın sözleşmesi hükümlerinin diğer telif hakkı sözleşmelerine kıyasen uygulanması konusundaki eğilimin ve çabanın, yayın hukukunun temel özelliklerinden dolayı her zaman başarılı olmadığını vurgulamaktadır[188].

Buna karşılık İsviçre Hukuku'nda TROLLER ve BUCHER, ilim, edebiyat ve sanat eserlerinin yanısıra, müzik eserlerinin de yayın sözleşmesine konu olabileceğini vurgulamaktadırlar[189]. Bu çerçevede, yine TROLLER, PEDRAZZİNİ ve WYLER, her ne kadar üç boyutlu sanat eserleri ve plaklara kaydedilen müzik eserleri ve bunların satışa sunulması sözleşmelerinin, kural olarak, eserin basılıp çoğaltılmasıyla eserden yararlanmayı konu alan yayın sözleşmesinin içeriğinden ayrılsa da, yine de yayın sözleşmesi hükümlerinin ikinci derecede hükümler olarak kullanılabileceği, böylece anılan hükümlerin tamamlayıcı bir işleve sahip olduğunu belirtmektedirler[190].

Yayın hakkının aslında dar anlamda, fikri hukuk ile birlikte geliştiği ve yayın sözleşmesinin içeriğinin fikri hukuk ile sıkı bir ilişki içinde olduğu argümanları da, bu çıkarımı desteklemektedir[191]. Uygulamada da, yayın sözleşmesine özgü geliştirilen bir takım temel hükümler, telif hakkından yararlanmayı konu alan diğer sözleşmeler açısından da uygulama alanına sahiptir. Hatta, bunun da ötesinde, yayın sözleşmesine konu olan unsur, telif hakkından yararlanmaya ilişkin sözleşmelerin çoğunda, çekirdek işlevi görmekte, sözleşmenin diğer unsurları da az veya çok bu çekirdeğe bağlı olmaktadırlar[192].

Kanaatimizce, Türk Hukukunda da İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi, kural olarak çoğaltma ve yaymaya elverişli olan her eser yayın sözleşmesine konu olabilecektir. Başka bir deyişle, her ne kadar BK ve İBK'nın yayın sözleşmesine ilişkin hükümleri, ilk planda kitap basımı dikkate alınarak kaleme alınmışsa da, söz konusu hükümlerin içeriğinden, bu hükümlerin somut olarak cisimleşmeye ve dağıtılmaya elverişli olan her türlü eser hakkında uygulanabileceği sonucunu çıkarmak temelsiz ve amaca aykırı bir yorum olmayacaktır. Ancak, söz konusu hükümler, belirtilen kriterlere uygun eserler hakkındaki sözleşmelere, ancak bu eserlerin özellikleri dikkate alınarak uygulanmalı, her somut olayda sözleşme konusu eserin bünyesinden kaynaklanan özgün sorunlar dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Bu hükümlerin yedek hukuk kuralı niteliğinde olması da bu yorumu

---

[187] Bkz. HILTY, Immaterial, 522.
[188] REHBİNDER, Schweiz, 170.
[189] Bkz. TROLLER, II, 897; BUCHER, 215.
[190] Bkz. TROLLER, Kommentar, 27; TROLLER, 100 Jahre URG 150; TROLLER, II, 897; PEDRAZZINI, 566; WYLER, 136.
[191] Bkz. GUHL Theo/KOLLER Alfred/SCHNYDER Anton/DRUEY Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, 541; ULMER, 426; SCHRICKER, 109.
[192] PEDRAZZINI, 561.

desteklemektedir[193]. Telif hakkı sözleşmelerine özgü sorunları, konusunun "eser" olması dolayısıyla bir ölçüde bünyesinde barındıran ve eserin kullanılmasına bağlı olarak tarafların, sözleşmeden doğan hak ve borçlarını ayrıntılı olarak Borçlar Hukuku perspektifinden düzenleyen yayın sözleşmesinden başka, telif hakkı sözleşmelerine yakın olan veya bir ölçüde benzerlik taşıyan başka bir sözleşme ne FSEK'de ne de Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Yukarıda da belirtildiği gibi uygulamada eser türlerine göre, kendine özgü sözleşmeler geliştirilmiş ve bunlar uygulama alanı bulmuştur. Ancak bu durum yayın sözleşmesi hükümlerinin sözleşme boşluklarının doldurulmasında tamamlama işlevi görmesini engellememektedir. Zira, telif hakkından yararlanmayı konu alan sözleşmelerin merkezinde yayın sözleşmesi yatmaktadır. Dolayısıyla, diğer sözleşmelere ilişkin hükümlerin geliştirilmesinde ve uygulanmasında, yayın sözleşmesine ilişkin hükümlerin arkasında yatan ratio legis baz alınmalıdır.

E. FSEK ÇERÇEVESİNDE KORUNMAYAN ESERLERİN YAYIN SÖZLEŞMESİNE KONU OLUP OLMAYACAĞI SORUNU

Koruma altında olmayan eserlerde iki kategoriyi birbirinden ayırt etmek gerekir. Bir grup eserde koruma süresi sona ermiştir, bu nedenle bu eserler üzerindeki koruma kalkmıştır. İkinci grupta ise aslında korunabilir eserler kapsamı arasında değerlendirilmesi gerektiği halde, uygulanması gereken hukukun istisnai bir hükümle koruma dışına aldığı, mevzuat ve içtihatlar gibi ürünlerdir. İstisnai olarak koruma altında olmadığı yasa tarafından açıkça belirtilen eserler, yasalar, tüzükler, resmi kurumların açıklamaları, protokolleri, kararlar, mahkeme kararları da bu kapsamdadır[194].

FSEK m. 27'de, 7.6.1995 tarihinde, yapılan değişiklik ile koruma süresi eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder. FSEK, genel menfaat mülahazasıyla, mevzuat ve içtihatlar ile (m. 31), nutukların (m. 32)[195] kullanımını serbest hale getirmiştir. FSEK m. 31 uyarınca, resmen yayımlanan veya ilan olunan, kanun tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi bir suretle bunlardan faydalanma serbesttir.

---

[193] Bkz. WYLER, 136.

[194] Bkz. TROLLER, Kommentar, 8-9; AYİTER, 233.

[195] FSEK m. 32'ye göre, "Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların haber ve malumat verme maksadıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımı serbesttir. Hadisenin mahiyeti ve vaziyetin icabı gerektirmediği hallerde söz ve nutuk sahiplerinin adı zikredilmeyebilir. Bu söz ve nutukları birinci fıkrada zikredilenden başka bir maksatla çoğaltmak veya diğer bir suretle yaymak eser sahibine aittir".

Ancak, mahkeme kararlarını biraraya getiren külliyatlar veya seçme ve toplama eserler bireysel bir insan faaliyetine dayanmakta olduğundan, eğer bu ürünlerde de benzersizlik ve özgünlük varsa koruma altına alınmalıdır[196].

İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda yayın sözleşmesinin konusunun sadece korunan eserler olduğuna hükmetmiştir[197]. Diğer bir ifadeyle, yayın sözleşmesi sadece korunan eserleri kapsamına alır.

İsviçre öğretisi[198] İBK m. 381/II'yi dikkate alarak korunmayan eserlerin de yayın sözleşmesine konu olabileceğini savunur, ne var ki bunu gerçek olmayan (unechten veya uneigentlichen) yayın sözleşmesi olarak nitelendirir. İBK m. 381/II'ye (BK m. 373/II) göre, yayınlatan sözleşmenin kurulması sırasında yayın hakkını devretmeye yetkili olduğunu ve eğer eser korunan bir eserse, sözkonusu eserde telif hakkının bulunduğunu tekeffül eder. İsviçre öğretisi de, anılan hükmün zıt anlamından korunmayan eserler hakkında da yayın sözleşmesi olabileceğini savunurken bu hükme dayanmaktadırlar. İBK 381/II'nin bu yorumuna Alman Yayın Kanununun §39 ve §40[199] neden olmuştur. Çünkü bu paragraflarda üzerinde telif hakkı bulunmayan eserler de açıkça zikredilmiştir. Gerçek olmayan yayın sözleşmesi terminolojisinin yaratıcısı Kohler'dir. Fakat Kohler'in bu terminolojisi bugünkü Alman öğretisi tarafından kabul edilmemekte ve korunmayan eserleri konu alan yayın sözleşmeleri de gerçek ve teknik anlamıyla yayın sözleşmesi olarak geçerli sayılmaktadır. Federal Mahkeme[200], koruma altında olmayan bir eseri "gerçek olmayan" yayın sözleşmesi olarak nitelendirmiş ve yayın sözleşmesine ilişkin kuralları kıyasen bu ilişkinin bünyesine uydurarak uygulamıştır[201].

Buna karşılık Türk doktrininde, bir grup yazar tarafından BK m. 373/II'nin zıt

---

[196] TEKİNALP, 9.

[197] BGE 101 II 104.

[198] HILTY, Basler, 2071; REHBİNDER, Schweiz, 170; TROLLER, II, 804; GUHL, 542. Aksi görüş PEDRAZZINI, 564.

[199] Her ne kadar, yayın sözleşmesi çoğunlukla korunan eserleri konu alsa da, nadir de olsa korunmayan eserler hakkında da yayın sözleşmesi kurulabilmektedir. ULMER, 431; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 71.
AYK § 39/I uyarınca, yayın sözleşmesinin konusu, korunmayan bir eser olduğu takdirde, yazar yayın hakkının varlığını tekeffül yükümü altında değildir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, yazarın kötüniyetli olarak, eserin daha önce başka birine yayına verildiği veya eserin yayınlandığını susarak bildirmemesi halinde, BGB'nin satıcının hukuki ayıplara karşı tekeffül yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir.
AYK §40 ise, korunmayan eserlerde yayınlayanın yetkilerini düzenlemiştir.

[200] BGE 101 II 104

[201] Buna karşılık TROLLER, İsviçre Hukukunun İBK ve URG çerçevesindeki düzenlemesinin gerek kavramsal olarak, gerekse sonuçları itibariyle sadece koruma altındaki eserlere yöneltildiğini ileri sürerek, bu düzenlemelerin ratio legis'inin korunmayan eserlerin bu kapsam içine alınmasına kesinlikle uymayacağını ifade etmiştir. Yazara göre bu açıklanan sebeplerden dolayı, İsviçre'de gerçek olmayan yayın sözleşmesi kavramını reddetmek ve korunmayan eserleri konu alan sözleşme ilişkilerini somut olayın özelliklerine göre değerlendirip, uygulanacak hükümleri tespit etmek daha yerinde olacaktır. Bkz. TROLLER, Kommentar, 9.

anlamından hareket ederek korunmayan eserler hakkında da yayın sözleşmesi yapılabileceğini kabul etmenin doğru olmayacağı ileri sürülerek, İsviçre'deki baskın görüş eleştirilmiştir. Bu bağlamda bu tür sözleşmelere doğrudan doğruya yayın sözleşmesi hükümleri uygulanmaz. Bu tür sözleşmeler hukuki nitelikleri itibariyle vekalet veya eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilir ve bu sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanır[202]. Böyle bir sözleşmeyi gerçek yayın sözleşmesinden ayıran en önemli özellik yayın sözleşmesinin şekle bağlanmış olmasıdır (FSEK m. 52). Oysa, gerçek olmayan yayın sözleşmesi, üzerinde tasarruf edilen bir mali hak bulunmadığı için, şekilsiz bir akittir[203]. Buna karşılık, Türk Hukukunda da bir grup yazar, tıpkı İsviçre doktrininde olduğu gibi gerçek olmayan yayın sözleşmesi kavramını benimsemektedirler[204], ki kanaatimizce de bu görüşü BK m. 373/II'nin zıt anlamı desteklediği gibi, konusu FSEK kapsamında korunmayan bir esere ilişkin olsa da, bu sözleşmeye yayın sözleşmesi hükümlerinin uygulanması sözleşme konusunun niteliği gereğidir.

F. GELECEKTE MEYDANA GETİRİLECEK ESERLER VE BU ESERLERİN YAYIN SÖZLEŞMESİNE KONU OLUP OLMAYACAĞI SORUNU

İsviçre Hukuku'nda her ne kadar, yasada açıkça öngörülmemiş olsa da, gelecekte meydana getirilecek eserler hakkında da yayın sözleşmesinin kurulabileceği kabul edilmektedir[205]. Alman Hukuku'nda ise, UrhG §40, gelecekteki eserlere ilişkin sözleşmeler hakkında özel bir hüküm içermektedir. Anılan hüküm uyarınca, gelecekte meydana getirilecek eserlerin ayrıntıları belirlenmemişse veya sadece türü belli ise, eser sahibinin yaptığı sözleşme ile eserden yararlanma hakkını tanıyabileceği, ancak böyle bir sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiği kabul edilmiştir[206]. Bu bağlamda Alman Hukuku'nda her ne kadar telif hakkı ve ondan koparılan ve onun türevi bir hak olan yayın hakkı, ön şart olarak tamamlanmış bir eseri gerektirse de, geleceğe ilişkin eserler hakkında da yayın sözleşmesi kurulabilir. Bu

---

[202] GİRİTLİOĞLU, 31; AYİTER, 234; TEKİNALP, 237-238. Aksi görüş, FRANKO, 23; BİLGE, 269; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 379; YAVUZ, 531. TUNÇOMAĞ ise, bu tür sözleşmelere yayın sözleşmesi hükümlerinin kısmen uygulanacağı görüşünü savunmaktadır. TUNÇOMAĞ, 544.

[203] AYİTER, 234.

[204] Bkz. FRANKO, 23; BİLGE, 269; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 379; YAVUZ, 531; ZEVKLİLER, 351.

[205] Hatta bu sözleşmenin de herhangi bir şekle tabi olmadığı kabul edilmektedir. TROLLER, Kommentar, 9-10; TROLLER, II, 789; PEDRAZZINI, 562, 572; HILTY, Basler, 2071.

[206] UrhG §40, sözleşme taraflarına, akdin kuruluşundan itibaren 5 yıl içinde sözleşmeyi feshedilme imkanı tanımıştır. Yine, fesih hakkından önceden feragat edilemeyeceği ve sözleşmeden veya yasadan kaynaklanan diğer fesih haklarının da saklı kaldığı §40/II'de düzenlenmiştir. Bu bağlamda, anılan hüküm, örneğin yazarın bundan sonra yazacağı ilk çocuk kitabı, veya bundan sonra yazacağı ilk kitap veya bundan sonraki tüm roman türündeki kitapları konu alan yayın sözleşmeleri hakkında uygulama alanı bulacaktır. Bkz. HABERSTUMPF Helmut, Handbuch der Urheberrechts, Neuwied 2000, 221; DELP Ludwig, Der Verlagsvertrag, Neuwied-Darmstadt 2001, 23.

anlamda, eserin yeterli ölçüde "belirli" veya en azından "belirlenebilir" olması yeterlidir. Zira aksi takdirde bir borç ilişkisi kurulamayacaktır[207].

Ancak, İsviçre Hukuku'nda, geleceğe ilişkin eserler hakkındaki sözleşmelerde en azından Borçlar Hukuku perspektifinden bakıldığında borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerinin aynı anda gerçekleşmediği ileri sürülmüştür. Zira eser sahibi eserin oluşmasından önce, kavramsal olarak zorunlu olan eserin devredilmesi yükümü altına girmektedir. Gelecekte meydana getirilecek eserler üzerindeki telif hakkı üzerinde tasarrufta bulunabilmek için öncelikle eserin yaratıcısı olan eser sahibinin tüm telif hakkını aslen kazanması gerekir. Daha sonra, sözleşmenin amacına uygun olan kapsamda bu hakkın yayınlayana devredilmesi gerekir. Bu bağlamda en azından Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku perspektifi açısından devredilen hakkın böyle bir özelliği vardır. Gelecekte meydana getirilecek veya henüz tamamlanmamış eserlere ilişkin sözleşmeler opsiyon sözleşmelerinin çeşitleri şeklinde de karşımıza çıkabilir[208].

Opsiyon sözleşmeleri, genellikle mesleki kitaplar hakkında kurulmaktadır[209]. Opsiyon sözleşmelerine, uygulamada daha çok Alman Hukuku'nda rastlanmaktadır. Opsiyon sözleşmeleri veya temel sözleşmelere konan opsiyon klozları ile yayınlayan, başarılı veya gelecek vaadeden eser sahiplerini, ileride meydana getirecekleri yazılı eserler veya müzik eserleri ile ilgili olarak sözleşmesel olarak bağlama yolunu tercih etmektedir[210]. Ancak hemen belirtilmelidir ki, opsiyon sözleşmelerinde, fikri yaratıcılıkta geçerli olan objektif bir ölçünün olmaması, meydana getirilen eserlerde, kalite veya niteliğin denetlenmesi ve kontrol edilmesi noktasında her zaman sorunlar yaratmaktadır[211].

Opsiyon sözleşmesi, önceden belirlenen bir yetkiye dayanarak sözleşme taraflarından birinin irade açıklamasıyla, daha önceden kapsamı belirlenmiş borç ilişkisini karşı taraf için yürürlüğe konulmasını ifade eder. Bu bağlamda, opsiyon hakkı da, bir sözleşmeden kaynaklanan yetki olarak, sözleşmenin taraflarından birine, tek taraflı irade açıklamasıyla evvelce kapsamı belirlenmiş bir borç ilişkisini kurma hakkını verir. Dolayısıyla, bu hakkı

---

[207] ULMER, 430; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 73.

[208] Bkz. HILTY, Basler, 2071; REHBİNDER Manfred/GROSSENBACHER Roland, Schweizerisches Urhebervertragsrecht, Bern 1979, 24; TROLLER, II, 903; ULMER, 397; SCHACK, 438-439; REHBİNDER, Urheberrecht, 315; SCHRICKER, 130; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 115; TROLLER, Kommentar, 9.

[209] Nadiren bilimsel eserler hakkında da bu tür klozlara rastlamak mümkündür. Ancak, edebiyat eserlerinde bu tür sözleşmelere veya opsiyon klozlarına nerdeyse hiç rastlanmamaktadır. REHBİNDER / GROSSENBACHER, 24.

[210] HILTY, Immaterial, 542; SCHACK, 438-439; SCHRICKER, 130; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 115.

[211] Bu yüzden fikri bir eserin kural olarak bir eser sözleşmesine konu olması mümkün gözükmemektedir. Ancak, teslim edilen eserin nitelik eksikliği, kötü kalitede olması sadece son derece uç olaylarda yayın sözleşmesini ihlal edebilecektir. Bu duruma da, özellikle, teslim edilen eserin, sözleşme konusuna göre aliud ifa sayılacağı hallerde rastlanmaktadır. Bkz. REHBİNDER/GROSSENBACHER, 24.

doğuran sözleşmeye opsiyon sözleşmesi denilmektedir. Bu çerçevede yenilik doğurucu bir hak olan opsiyon hakkı doğrudan tek taraflı irade açıklamasıyla kullanılır. Ancak, opsiyon sözleşmesinde, kararlaştırılan sözleşmenin kurulması, opsiyon hakkı sahibinin serbest arzusuna bağlıdır. Opsiyon hakkı sahibi, opsiyon hakkını kullanıp kullanmamak konusunda bir imkana sahiptir[212].

Opsiyon sözleşmesi İsviçre hukuku'nda iki ayrı şekilde anlaşılmıştır. İlk olarak, opsiyon sözleşmesi şartlı tam bir sözleşme olarak kabul edilmiştir. Bu yaklaşıma göre, örneğin opsiyonlu satım sözleşmesi opsiyon hakkı sahibinin yenilik doğurucu açıklaması şartıyla satım olarak kabul edilmiştir. Diğer bir yaklaşıma göre ise, opsiyon sözleşmesi kendine özgü bir sözleşme olarak, sözleşme taraflarından birine kurucu yenilik doğurucu hak tanımaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, çeşitli tereddütlerden sonra haklı olarak, hak sahibinin yenilik doğurucu açıklaması şartına bağlı satım görüşünü kararlarında kabul etmiştir. Aslında her iki teori arasında sözleşmenin kurulduğu an açısından fark bulunmaktadır. Şart teorisine göre, şartın gerçekleşmesiyle önceden kurulmuş olan örneğin satım sözleşmesi şartsız hale gelir. Buna karşılık kurucu teoriye göre, sözleşme yenilik doğurucu irade açıklamasıyla kurulur. Bu bağlamda kanaatimizce de şart teorisi, belirsizlik döneminde sadece sorumluluk altına gireni değil, satım sözleşmesiyle şartlı olarak hak sahibi yapılanı da sorumluluk altına soktuğu için tercih edilmelidir[213].

Kurulması amaçlanan sözleşmenin kapsamının baştan opsiyon akdiyle birlikte belirli olup olmamasına göre, opsiyon akdi ikiye ayrılabilir: Temel sözleşmenin kapsamının belirlendiği opsiyon sözleşmesi ve temel sözleşmenin kapsamının belirsiz olduğu opsiyon sözleşmesi. İlkinde, opsiyon sözleşmesiyle birlikte kurulacak olan sözleşmenin kapsamı belirlenmiş olup, kurulması ve hükümlerini doğurması opsiyon hakkı sahibinin opsiyon hakkını kullanmasına ilişkin kararına bağlı kılınmıştır. İkincisinde ise, kurulması arzulanan sözleşmenin kapsamı, opsiyon sözleşmesinin kurulduğu anda belirli olmayabilir. Kurulması düşünülen sözleşmenin konusunu teşkil eden ürün, henüz deneme veya buluş safhasında olabilir. Örneğin, ünlü yazar Y'nin ilk yayınlanacak olan kitabının tamamlanmadan yayın

---

[212] ANTALYA O. Gökhan, "Opsiyon Akdi ve Opsiyon Hakkı", Facultatis Decima Anniversaria, 10. Yıl Armağanı, İstanbul 1993, 194-196, 206; ANTALYA O. Gökhan, Türk İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul 1993, 77 vd.

[213] ANTALYA, 78. Bu çerçevede, mutlak iradi şartın geçerli olup olmadığı sorunları gündeme gelmektedir. Ancak, belirtilmelidir ki, mutlak iradi şartlı hukuki işlemde ilk irade açıklaması korucu karaktere sahiptir. İkinci irade açıklaması ise hukuki sonucun gerçekleşmesini sağlar. Tecrübe veya muayene erteleyici şartıyla satımda, mutlak iradi şartın geçerliliğini bizzat kanun koyucu düzenlemiştir. Şarta ilişkin BK düzenlemesi mutlak iradi şartın geçersizliğinden bahsetmemektedir. Mutlak iradi şartın geçerli olup olmadığı konusunda yapılan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA, 46 vd.

hakkını satın alma taaahhüdü[214].

Yayın hukuku uygulamasında kurulan opsiyon sözleşmeleri, aslında teknik olarak gelecekteki eserler hakkında yapılan sözleşmelerden farklı sözleşmelerdir. Opsiyon sözleşmeleri ile yayınlayan, yazarın genellikle belirli bir zaman dilimi içerisinde ve belirli bir alanda meydana getireceği ve bir yayın sözleşmesinin kurulması amacıyla kendisine sunduğu eseri yayına konu yapıp yapmama konusundaki kararında serbesttir. Yayınlayan, yazar tarafından kendisine sunulan eser hakkındaki görüşünü kararlaştırılan veya uygun bir süre içinde bildirmelidir. Kural olarak, hiçbir açıklamanın yapılmamış olması red anlamına gelmektedir. İki tür opsiyon sözleşmesi vardır. Dar anlamdaki opsiyon sözleşmesinde, opsiyon sözleşmesi öyle bir şekilde meydana gelmiştir ki, yayınlayanın sadece opsiyon hakkını ileri sürerek yaptığı tek taraflı irade açıklaması ile yayın sözleşmesi oluşabilmektedir. Bunun için gerekli olan, opsiyon sözleşmesinde yayın sözleşmesinin zorunlu unsurlarının da saptanmış olmasıdır. Bu durum, genellikle tarafların daha önceden yapmış oldukları başka bir yayın sözleşmesinde kararlaştırmış oldukları şartların bu yayın sözleşmesi için de geçerli olacağını kararlaştırmaları şeklinde gerçekleşir. Ancak, taraflar arasında yapılan sözleşmeye göre yayınlayanın opsiyon hakkı, söz konusu yayınlayandan daha iyi şartlar sunan başka bir yayınlayanın olmaması şartına bağlanabilir. Bu özellik zımni olarak da kararlaştırılmış olabilir[215]. Yayınlayanın opsiyon hakkını kullanabilmesi için, yazarın eseri kamuya sunma konusundaki rızasını açıkladıktan sonra, manüskriyi değerlendirmesi amacıyla kendisine teslim etmelidir[216].

Yayın hukuku uygulamasında yaygın olan geniş anlamda opsiyon sözleşmesidir ki burada, taraflarca şartları sonradan belirlenecek olan bir yayın sözleşmesinin kurulması gereklidir. Bu tür opsiyon sözleşmesinde de, yazar opsiyon hakkı tanınan eseri yayınlayana önceden sunmak zorundadır. Ancak, yazar yayınlayan tarafından kendisine sunulan şartları kabul edip etmemekte kural olarak özgürdür. Yazar için, şartlar uygun olsa bile sözleşme yapma zorunluluğu yoktur[217]. Ancak yazar, eseri çoğaltması ve yayması amacıyla başka bir

---

[214] ANTALYA, Opsiyon, 205.

[215] SCHRICKER, 130; HILTY, Immaterial, 543; BGHZ, 22, 347. Aksi görüş, HUBMANN Heinrich/REHBİNDER Manfred, Urheber und Verlagsrecht, München 1996, 245. Anılan yazarlara göre, aksi kararlaştırılmadığı takdirde, yayınlatanın serbest olması bir temel ilke olarak açıktır. Ayrıca HABERSTUMPF/HINTERMEIER, yayınlayanın opsiyon hakkını kullanmasının şartları olarak, eserin oluşması ve yazarın eseri kamuya sunma konusundaki rızasını açıklamış olmasını aramaktadır. Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 116.

[216] SCHRICKER, 130. Zira, yayınlayanın opsiyon hakkını kullanmasının şartları olarak, eserin oluşması ve yazarın eseri kamuya sunma konusundaki rızasınının açıklanmış olması da aranmaktadır. Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 116; SCHRICKER, 130 vd..

[217] Yayın sözleşmesinin kurulmasına öncülük eden opsiyon sözleşmesi de yayın sözleşmesi gibi taraflar arasındaki güven ilişkisine dayanan, sürekli bir borç ilişkisidir. Dolayısıyla, haklı sebeple fesih opsiyon

yayınlayana ancak, bu yeni yayınlayan, önceki hak sahibi yayınlayana göre daha uygun şartlar sunmuşsa bırakabilir[218].

Bu bağlamda, yayın sözleşmesinin konusu sözleşme kurulduğu sırada zaten mevcut olan eserler olabileceği gibi, henüz eser sahibi tarafından tamamlanmamış, hatta hiç başlanmamış eserler de olabilir. Diğer bir deyişle, bir yazar henüz tamamlamadığı veya ilerde yazacağı bir romanın yayınlanması amacıyla X yayıneviyle bir sözleşme yapabilir. Bu sözleşmeyle yazar, söz konusu eser üzerindeki yayma ve çoğaltma hakkını X yayınevine devredeceğini taahhüt etmektedir[219]. Bu sözleşme, borçlandırıcı bir sözleşme olması itibariyle FSEK m. 50/I uyarınca geçerlidir[220]. Ancak, burada ne bir ön sözleşme vardır, ne de sözleşme yapma vaadi vardır[221]. Zira, yayın sözleşmesi alacağın temliki gibi tasarrufi bir sözleşmedir.

Yayın sözleşmesinin konusu "henüz tamamlanmamış veya ileride meydana getirilecek bir eser" olduğu takdirde, eser sahibinin söz konusu eseri, bundan sonra meydana getireceği ilk eser olarak derhal tamamlama veya esere bir an önce başlama veya bitirme yükümlülüğü bulunmaz. Sözleşme konusu, "gelecekteki ilk eser olarak" adlandırılmışsa, bundan yazarın sözleşme akdedildikten sonra meydana getireceği ve umuma arz etmek için uygun göreceği eserler anlaşılmalıdır[222].

Buna karşılık FSEK m. 48/III, henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanmamış eserler üzerindeki tasarruf işlemlerinin batıl olduğunu belirtmektedir. Buradaki tasarruf işlemleri, yine FSEK m. 48/I-II'de belirtilen "mali hakların devri" ve "lisans (ruhsat)" verilmesidir. Bu tür tasarruf işlemlerinin batıl sayılacağına ilişkin FSEK m. 48/III hükmü, kanunda yer almasaydı dahi böyle bir sonuca genel hükümler aracılığı ile ulaşılabilirdi. Çünkü, gerek mali hakların devrinde, gerekse mali hakların lisans verilmesinde, eser henüz meydana gelmediği için -kaldı ki eser sıfatına sahip olup olmayacağı bile belli değildir- bu ürün üzerinde tasarruf da edilemez. Zira, eser aynı zamanda henüz eser sahibi olacak kişinin malvarlığında yer almadığından, eser sahibi de henüz tasarruf yetkisine sahip değildir.

İleride meydana gelecek eserler üzerindeki (taahhüt) borçlandırıcı bir işlem olarak

---

sözleşmeleri içinde geçerli olmaktadır. SCHRICKER,132.

[218] SCHRICKER, 130-131; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 116 vd; GORSCAK, 64. Eğer, yayınlatana bir yayın sözleşmesi yapma yükümlülüğü yüklenmek isteniyorsa, bu bir borçlandırıcı sözleşme şeklinde yapılmalıdır. Bu sözleşme ile opsiyon sözleşmesi arasındaki fark, borçlandırıcı sözleşmenin konusunun belirli, somut bir eser olmasıdır. HILTY, Immaterial, 544; SCHRICKER, 133.

[219] Bu tür sözleşmelere şahısların bir eser yaratmak üzere istihdam edilmeleri halinde sıkça rastlanır, uygulamada en sık karşılaşılan örneğini bir gazeteye günlük makaleler yazmak üzere verilen taahhütler oluşturmaktadır. AYİTER, 215; EREL, 253.

[220] Henüz tamamlanmamış, meydana gelecek eserler üzerindeki mali hakların sözleşmelere konu olması, gerek eser sahibi, gerek eseri piyasaya sürüp ondan yararlanacaklar için eser sahibini çalışmalarında desteklemek isteyen kimseler bakımından bir ihtiyaçtır. AYİTER, 215.

[221] EREL, 254.

[222] TROLLER, Kommentar, 9; BGHZ 27.

geçerli sayılmasına karşılık, yayınlayanın eser üzerindeki yayın hakkını ne zaman kazanacağı tartışmalıdır. Bir grup yazar[223] tarafından, eser tamamlandığı anda yayınlayanın da yayın hakkını doğrudan doğruya kazanmış olacağı ileri sürülürken, eser sahibinin mükellefiyetinin eser yaratıldığı ve mali haklar doğduğu anda hakkı veya ruhsatı devretmek ve eğer bu mümkün olmuyorsa tazminat ödemek olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır[224], ki kanaatimizce de ikinci görüş, FSEK'in henüz meydana gelmemiş eserler hakkında benimsediği, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayrılığına da uygun bir görüştür..

Eser sahibinin, ileride meydana getireceği bütün eserlere veya aynı türden eserlere ilişkin taahhütlerini konu alan bir borçlanma işlemi niteliğindeki sözleşme, FSEK m 50/II uyarınca geçerli sayılmıştır. Örneğin bir yazar, yazacağı bütün hikaye ve roman türünden yazıları ya da bütün şiirleri üzerindeki mali haklarını bir yayınlayana devretmeyi taahhüt edebilir ya da bir bestekar ileride besteleyeceği bütün eserlerin yayın haklarını şimdiden bir yayınevine devretmeyi taahhüt etmiş olabilir. Böyle bir taahhüt, bazen yaratma gücünün ve özgürlüğün aşırı ölçüde sınırlanması sebebiyle eser sahibi için ağır sınırlamalara neden olduğundan, bu anlamda kişilik hakkının ihlali, kişilik hakkına aykırılık sorunuyla karşı karşıya kalınmaktadır. Bu durum, sözleşmenin kişilik haklarına aykırılıktan dolayı kesin hükümsüz olma ihtimalini gündeme getirmektedir[225]. Nitekim, İsviçre Hukuku'nda bizdeki gibi (FSEK m. 50/II) özel bir kanun hükmü olmadığı için, yayın sözleşmesinin konusu gelecekteki bir eser olmakla birlikte bu eserin ne olduğu belirlenmemiş, aksine yazarın gelecekteki bütün eserleri sözleşme konusu yapılmışsa bu sözleşmenin geçerliliği konusunda son derece çekingen davranmak gerektiği ileri sürülerek, bu sözleşmelerin İMK m. 27/2 çerçevesi içinde değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur[226]. Ancak, Türk Hukuku'nda

---

[223] Bkz. GİRİTLİOĞLU, 43; AYİTER, 215; TEKİNALP, 239.

[224] Bkz. EREL, 253; ARSLANLI, 178.

[225] Ayrıntılı bilgi için bkz. HELVACI Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, 21-24.
Bir yazarın gelecekteki bütün eserlerinin sözleşme konusu yapıldığı, yayın sözleşmesinin geçerliliği konusunda Alman Federal Mahkemesi ve Alman İmparatorluk Mahkemesinin vermiş olduğu kararlar ilgi çekicidir. Zira, Alman Federal Mahkemesi, Alman İmparatorluk Mahkemesinden farklı bir tavır içindedir. İmparatorluk Mahkemesi, bu tür sözleşmeleri her koşulda ahlaka aykırı sayıp geçersiz kılarken, Alman Federal Mahkemesi, yeterli bir ivaz kararlaştırılmadığı takdirde bu sözleşmeleri ahlaka aykırı bularak geçersiz saymıştır. Bir başka deyişle, eser sahibinin gelecekteki bütün eserlerini konu alan yayın sözleşmeleri, yayınlayanın yeterli kabul edilebilecek bir ivaz ödemesi halinde ahlaka uygun sayılabilecektir. Krş. RGZ, Bd 79, 156; BGHZ 34.

[226] Bkz. TROLLER, Kommentar, 10; REHBİNDER/GROSSENBACHER, 21; TROLLER, II, 903; RINTELEN Max, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht nach österreichischem, deutschem und schweizerischem Recht, Wien 1958, 276; BUCHER, 217. Zira, sözleşmedeki şartlar yazarın yaratma gücünü aşırı ölçüde sınırlandırmışsa, kişilik haklarının ihlal edilebileceği, dolayısıyla sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğü sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak, eğer gelecekte meydana getirilecek eserlerle ilgili şart, sözleşmenin ana konusunu oluşturmayıp, sadece sözleşmedeki şartlardan, maddelerden biri ise, örneğin tamamlanmış bir eser hakkında yapılan yayın sözleşmesinin bir hükmünü oluşturuyorsa, İsviçre Hukuku'na göre de sözleşmenin geçersizliği yerine, sadece o şart açısından kısmi butlan söz konusu olacak, böylece sözleşme ayakta tutulabilecektir,

FSEK'in açık hükmü gereği bu tür sözleşmeler geçerli sayılmış, ancak anılan sakıncaları önlemek için FSEK m. 50/II hem eser sahibine hem de sözleşmenin karşı tarafına[227], yapacakları ihbarla sözleşmeyi bir yıl sonra hüküm ifade etmek[228] üzere kanuni fesih yetkisi tanımıştır. Bu kanuni fesih hakkı, ancak bir yıl sonrası için sonuç doğuran ve önceye etkili olmayan bir fesihtir[229]. Fesih yetkisi emredici nitelikte olup, sözleşme ile bertaraf edilemeyeceği gibi, herhangi bir şarta da tabi kılınamaz. Taraflar, bu yetkinin kullanılmasını zorlaştırmak amacıyla, kendi aralarında daha önceden tazminat veya cezai şart öngörmüş olsalar da, bu talepler geçersiz olacağından, sözkonusu talepler de ileri sürülemeyecektir[230].

Eğer, taahhüt işleminin konusu sadece belirli bir veya birkaç esere ilişkinse, kanuni fesih hakkı burada uygulama alanı bulamayacaktır. Zira, burada sözleşmenin her iki tarafı için de öngörülen sakıncalar söz konusu olmayacaktır[231] .

IV. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Yayın sözleşmesi BK'daki özel düzenleme gereğince özel bir sözleşme tipi olarak ele alınmıştır. Yayın sözleşmesi, telif hakkı sözleşmeleri (Urheberrechtssverträge) üst başlığı içinde yer alan BK'da düzenlenen tek sözleşmedir. Bu durum, kaynak İBK'da da yayın sözleşmesinin bu şekilde düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Telif hakkı sözleşmeleri kavramı, mali hakların devrini konu alan sözleşmelerle, bu hakların sadece kullanılmasını konu alan (ruhsat/lisans) sözleşmelerini kapsayan bir üst başlıktır.

Yayın sözleşmesi konusu itibariyle, her ne kadar Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'na ilişkin olsa da, sonuçta bir Borçlar Hukuku sözleşmesidir[232] ve sözleşmelere özgü birtakım özellikler taşımaktadır.

---

meğer ki o şart olmadan sözleşmenin yapılmayacağı ileri sürülsün.

[227] Bu tür bağlanmalar eser sahibinin yaratıcı kişiliği üzerinde olumsuz etkiler yapabileceği gibi, karşı tarafı da belirsiz risklerle karşı karşıya bırakabilir. TEKİNALP, 222. Ancak, EREL, eser sahibine şartsız fesih hakkı tanımak hususunda pek yerinde olan bu gerekçenin, aynı yetkinin sözleşmenin karşı tarafına tanınmasında geçerli olmayacağını ileri sürmektedir. Zira, yazara göre sözleşmenin feshinden eser sahibini göreceği zarar, çoğu kez karşı tarafınkinden daha ağır olacaktır. EREL, ilerideki bir kanun değişikliğinde bu yetkiyi eser sahibine hasretmenin daha uygun olacağı kanısındadır. EREL, 254.

[228] Taraflar, süreyi kısaltabilir ya da uzatabilirler. Fesih, bir yıl (ya da tarafların sözleşmede öngördüğü süre) sonra feshin yapıldığı günü karşılayan günde hüküm ifade eder. TEKİNALP, 222.

[229] GİRİTLİOĞLU, 44.

[230] Bkz. ARSLANLI, 178; AYİTER, 215; TEKİNALP, 222; EREL; 253.

[231] AYİTER, 215; TEKİNALP, 222.

[232] Bkz. ULMER, 435; SCHRICKER, 16; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 59; SCHACK, 447.

A. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ

1. Rızai Nitelikte Bir Sözleşme Olması

Yayın sözleşmesi rızai nitelikte bir sözleşmedir. Zira, BK ve İBK uyarınca da yayın sözleşmesinin kurulması için bu konuda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmaları yeterlidir. Diğer bir deyişle sözleşme, taraf iradelerinin sözleşmenin kurulması konusunda uyuşmasıyla kurulur. Bunun dışında, sözleşmenin kurulması için Türk Hukuku'nda ve İsviçre Hukuku'nda, Alman Hukuku'ndan farklı olarak eser metninin teslimi şart değildir. Eser metninin teslimi, sözleşmenin kurulmasından sonra sadece yayınlatanın borçlarından biridir, yoksa sözleşmenin kurulması için aranan bir şart değildir[233]. Dolayısıyla yayın sözleşmesi, bu anlamda real sözleşmeden farklıdır. Ancak, bazen taraflar, eserin çoğaltılması ve yayımı hakkında bir uzlaşmaya varmadan da, eser metni yayınlayana teslim edilmiş olabilir. Zira, bazen yayınlayan eser metnini inceledikten sonra sözleşme yapıp yapmama konusunda kararını verecektir.

AYK §9/I uyarınca, yayın hakkı, eserin yayınlayana teslim edilmesiyle oluşur ve sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle birlikte sona erer[234].

Bu hükümle, yasa koyucu ilk etapta, yayınlayanın yayın hakkını kazandığı anı saptamaktadır. Yayın hakkının en erken, eserin teslimiyle birlikte tamamlanmasının arkasında yatan hukuk politikasının sebebi, yayınlayanın en erken eseri eline aldığında, eserin çoğaltılması masraflarına başlayabileceği ve yayın hakkının kendisine tanıdığı pozitif ve negatif yetkileri kullanabileceğidir. Aynı sebep dolayısıyla, teslim ile, ancak eserin manüskri şeklindeki somut bir nüshası veya dijital bir kayıt (disket) veya eserin başka bir örneği anlaşılmalıdır, yayınlayanın eşya hukuku anlamında dolaylı zilyet kılınması yeterli değildir[235].

AYK §9 emredici bir hüküm değildir. Dolayısıyla, yayın hakkının en erken eserin yayınlayana teslimiyle birlikte meydana gelmesindeki yasa kuralı, tarafların aksini kararlaştırmaları ile ortadan kaldırılabilir[236]. Ancak, yayın hakkının oluşmasının -yayınlayanın

---

[233] Bkz. PEDRAZZINI Mario M., Le Contrat d'Entreprise, Le Contrat d'Edition, Le Contrat de Licence, Fribourg 1985, 74; PEDRAZZINI, 572; BUCHER, 219; TUNÇOMAĞ, 589; YAVUZ, 535; TEKİNALP, 236; GİRİTLİOĞLU, 36,40, 41; FRANKO, 1-2. Krş. BGE 101 II 1975, 102 vd.

[234] Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHRICKER, 326-341; ULMER, 441-444; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 169-176.
İsviçre Hukuku'nda da, eski kaynaklarda tıpkı Alman Hukuku'nda olduğu gibi hakkın, eser metninin teslim edilmesiyle yayınlayana geçtiği kabul edilmiştir. Ancak, İBK'nın yayın sözleşmesine ilişkin hükümlerine ve sistemine uymayan bu görüş terkedilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AYİTER, 232; GİRİTLİOĞLU, 40; FRANKO, 2.

[235] ULMER, 442; SCHRICKER, 328; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 172.

[236] Bu bağlamda, taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile yayın hakkının, en erken eserin tesliminden sonraki

daha iyi korunmasındaki çıkarlar dikkate alınırsa- eserin tesliminden önceki bir tarihe, örneğin İsviçre ve Türk Hukuku'nda olduğu gibi sözleşmenin kurulması veya eserin tamamlanması anına taşınması, yayınlayanın menfaatlerine daha uygun olacaktır[237].

2. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Yayın sözleşmesi, -doktrindeki baskın görüş uyarınca teyid edildiği gibi[238]- tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik)[239] bir akittir. Zira, BK m. 372, İBK m. 380 uyarınca sözleşmenin her iki tarafı da karşılıklı olarak edimlerin değişimini üstlenmişlerdir Yayınlatanın borcu, yayın hakkını yayınlayana devretmek, yayınlayanın borcu ise eseri yaymak ve çoğaltmaktır. Bu edimler arasında edim ve karşı edim ilişkisi vardır. Zira, taraflar karşı edim elde etmek için borç altına girmektedirler[240].

Ancak GİRİTLİOĞLU, yayın sözleşmesinin, yayınlatanın eseri yayın için bırakma borcuna karşılık, yayınlayanın da yayma borcuna girmesiyle kurulacağını belirtmekte, yayınlatanın yazarlık ücreti almaksızın eseri yayın için bırakma borcuna girmesi durumunda, yayınlatanın bırakma edimiyle yayınlayanın yayma edimi arasında "edimler değişimi" ilişkisi değil, adi ortaklık sözleşmesinde olduğu gibi "edimler birleşimi ilişkisinin" var olduğunu ileri sürmektedir. Yazar, "sözleşenlerden her birinin kendi edimini öbürünün edimiyle değiştirmemekte, birinin edimi öbürünün karşı edimi olmamakta, sözleşenler birbirlerinin edimlerini kazanma amacıyla değil, eserin yayını ortak amacıyla borçlanmaktadırlar" ifadesini kullanmaktadır.

GİRİTLİOĞLU'nun bu yoldan hareket ederek, yayın sözleşmesini karşılıklı akit (sinallagmatik) saymaması, yukarıda da belirtildiği üzere doktrinde kabul görmemiştir. Zira, yayın sözleşmesinde tarafların birbirinin karşılığını teşkil eden borçları yayınlatan için "yayın hakkının devri" ve buna karşılık yayınlayan için ise "yayma ve çoğaltma" borcudur.

---

bir zaman dilimi içinde, örneğin eserin ders kitabı olarak okutulması konusunda Bakanlık tarafından yapılan inceleme sonucunda olumlu raporun alınmasından sonraki bir tarihte ileri sürülebileceğini, etkili olacağını kararlaştırmış olabilirler. SCHRICKER, 329.

[237] SCHRICKER, 329; ULMER, 443; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 173-174.

[238] TROLLER, Kommentar, 14; PEDRAZZINI, Le Contrat d'Edition, 59; ULMER, 435; SCHRICKER, 114; SCHACK, 448; REHBİNDER Urheberrecht, 313; BUCHER, 216; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 64-65; REHBİNDER, Schweiz, 170; AYİTER, 233; YAVUZ, 536; FRANKO, 6-7; TUNÇOMAĞ, 589-590; BİLGE, 272; HIRSCH, II, 1246; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 376; ZEVKLİLER, 349; TEKİNALP, 238; BGH GRUR 60, 642.

[239] Bazen bu terim yerine, "iki taraflı", "karşılıklı akit" terimleri de kullanılmaktadır. Bkz. M. Kemal /ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2005, 41-42.

[240] TROLLER, Kommentar, 14; YAVUZ, 536; TUNÇOMAĞ, 590; ULMER, 435; SCHRICKER, 114; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 64; SCHACK, 448; AYİTER, 233; YAVUZ, 536; FRANKO, 6-7; TUNÇOMAĞ, 589-590; BİLGE, 272; HIRSCH, II, 246; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 376; ZEVKLİLER, 343; TEKİNALP, 238.

Dolayısıyla, yayınlatanın "eseri yayın için bırakma borcu", yayınlayanın "yayma ve çoğaltma borcunun" karşılığını oluşturmamaktadır. Aksine, yayınlatanın, "eseri yayın için bırakma borcu", yayın sözleşmesinin kurulmasından sonra doğan bir borç olup, yayınlayanın "yayma ve çoğaltma" borcunu yerine getirebilmesi için gerekli olan bir koşuldur[241]. Bu bağlamda yazarlık ücretinin ödenmediği bir yayın sözleşmesinde eserin yayın için bırakılması durumunda da tarafların edim-karşı edim ilişkisi çerçevesi içindeki karşılıklı borçları yine aynıdır. Yazarlık (telif) ücretinin ödenmesi veya ödenmemesi halinde eserin yayın için bırakılması borcu -karşılık teşkil eden bir borç olmadığı için- sözleşmenin bu niteliğini ve tarafların karşılık ilişkisindeki borçlarını değiştirmeyecektir. Telif ücretinin ödenmesi veya ödenmemesi ise tarafların karşılık teşkil eden borçlarından bağımsızdır.

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak yayın sözleşmesi, borçlar hukukunda bilinen sözleşme tiplerinin hiçbirine dahil değildir. Zira, incelediğimiz sözleşme, ne eser, ne hasılat kirası ne de adi ortaklık sözleşmesidir. Her ne kadar, tarafların yayın sözleşmesini kuran yükümlülükleri, tek bir yüküm olarak, diğer sözleşme tiplerinden çıkarılan yükümlülüklerle benzerlik gösterse de, bu sözleşmelerden farklı olarak yayın sözleşmesi tipi açısından esaslı unsurun, karşı edimin bir "ücret" olmamasında kendini göstermektedir[242]. Yayın sözleşmesi bu sözleşme türleri içinde kendine özgü bir sözleşmedir[243]. Yayın sözleşmesinde belirleyici olan, yayın hakkını yayınlayana devretme yükümlülüğü ile yayınlayanın eseri yayma ve çoğaltma yükümlülüğü arasındaki karşılıklılık ilişkisidir[244].

Ancak, yayın sözleşmesi çok özel bir menfaat durumuna dayandığından, borçlar hukukunun klasik sözleşme tiplerine kıyasen farklılıklar göstermektedir. Her ne kadar tam iki tarafa borç yükleyen, sinallagmatik bir sözleşme olarak nitelendirilse ve tarafların borçları arasında karşılıklı edimler değişimi sözkonusu olsa da, sözleşme taraflarının mutlak bir çıkar çatışması içinde olduğu söylenemez[245]. Örneğin eser sahibi, kendi edimini yerine getirmekle yalnızca yayınlayana değil, kendine de bir fayda sağlayacaktır. Zira, edimini yerine getirmek

---

[241] Bkz. AYİTER, 233; TEKİNALP, 238; SCHRICKER, 114; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 64; SCHACK, 448; AYİTER, 233; YAVUZ, 536; FRANKO, 6-7; TUNÇOMAĞ, 589-590; BİLGE, 272; HIRSCH, II, 246; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 376; ZEVKLİLER, 343.

[242] ULMER, 435; REHBİNDER, Urheberrecht, 314; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 59; SCHACK, 447. Yazarın eseri meydana getirme yükümlülüğü gibi, yayınlayanın çoğaltma ve yayma yükümlülükleri eser sözleşmesinde müteahhidin borçlarına benzemekte, yazarın yayın sözleşmesi süresi boyunca eseri yayınlayanın kendi hesabına kullanımına bırakması da hasılat kirasında kiraya verenin yükümlülüklerine benzemektedir. ULMER, 435. Ayrıca bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 62. Ancak, her iki sözleşme açısından objektif esaslı nokta olan, eser sözleşmesinde "ücret", hasılat kirasında "kira bedeli", yayın sözleşmesi açısından esaslı unsur değildir.

[243] RGZ 74, 361; SCHRICKER, 16; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 59; SCHACK, 447; ULMER, 435; REHBİNDER, Urheberrecht, 314.

[244] ULMER, 435.

[245] Yayınlayanın mükellefiyetleri, ilk bakışta vekalet akdinden doğan borçlara benzemekte, yayınlatanın durumu satıcıyı, yahut eser henüz tamamlanmamışsa istisna akdinden doğan durumu andırmaktadır. AYİTER, 231.

amacıyla bir eseri bitirmesi kendisine manevi bir haz da verecektir. Yine, yayınlayan eseri çoğaltıp yaydığı takdirde kendi edimini yerine getirmiş olacaktır. Ancak, aynı zamanda bundan bir kazanç da sağlayacaktır. Hatta, yayınlayan kazanç sağlama dışında manevi bir takım faydalar da elde edebilir. Örneğin, tanınmış bir yazarın eserinin basılması aynı zamanda kendisine de prestij kazandıracaktır.[246]. O halde, yayın sözleşmesinde satım[247], kira ve eser sözleşmesinde[248] olduğu gibi sözleşme taraflarının çıkarları birbirinin aksi yönde değildir. Bütün bunlar, yayın sözleşmesinin taraflarının ortaklaşa ve koordineli bir biçimde hareket etmesi gerektiğini vurgular ve bir "çıkar ortaklığını" gösterir. Ancak bu durum, ortada bir adi ortaklık ilişkisinin olduğunu savunmayı haklı göstermez. Her ne kadar adi ortaklık sözleşmesinde iki veya daha çok kişi ortak bir amaca erişmek için emek ve mallarını birleştirse da, durum yayın sözleşmesinden farklıdır. Özellikle, yazarın ve yayınlayanın amaçları, eserin yayılmasındaki menfaatte birleşmekte, karşılaşmaktadır. Bu açıdan yayın sözleşmesi adi ortaklık sözleşmesini hatırlatmaktadır. Ancak, adi ortaklık sözleşmesindeki temel olan ortak amaç yayın sözleşmesinde yoktur: Ancak, adi ortaklık sözleşmesindeki temel olan ortak amaç yayın sözleşmesinde yoktur: ekonomik rizikoyu yayınlayan taşımaktadır. Yazar, ne kazanca ne de zarara katılmaktadır. Eğer, yazar özgürce yayınlayanın kazancına katılırsa, o zaman yayın sözleşmesinde adi ortaklığa ait unsurlar karışmış olacaktır[249]. Bu bağlamda, yayınlatanın ve yayınlayanın ortaklaşa faaliyet göstermesi her iki taraf için de ortak bazı faydalar sağlayacaktır. Ancak, tarafların ortak çıkarları yanında birbirine karşıt düşen çıkarlarının olduğu da bir gerçektir. Hatta ilişkinin devamı sırasında aralarındaki çıkar çatışması artabilir[250].

---

[246] TROLLER, Kommentar, 14; AYİTER, 231.

[247] Satım sözleşmesindeki satım bedeli ile, yayınlayanın yayınlatana ödediği telif ücreti, yani bedel, satım sözleşmesi ile yayın sözleşmesi arasında bir benzerlik oluşturmaktadır. Satım sözleşmesinden farklı olarak, yayın sözleşmesindeki bedel sözleşmenin esaslı unsuru olmadığı için, eserin çoğaltılması ve yayılması karşılığında, belirli bir bedelin kararlaştırılmadığı bir sözleşme de yine yayın sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Yine, satım sözleşmesinden farklı olarak, yayın sözleşmesi ile yayın hakkı temelli olarak yayınlayana geçmemektedir. Taraflar yayın sözleşmesi ile devrin süresini ve kapsamını kararlaştırabilirler. Özetle, telif hakkından ayrılan yayın hakkının yayınlayana bir bedel karşılığında olsa bile devredilmesi, onu satım sözleşmesi olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Bkz. ULMER, 433; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 61.

[248] Yayın sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasındaki benzerlik, yayınlatanın sözleşmenin kurulduğu sırada henüz tamamlanmamış eseri oluşturma yükümü altına girmesinde ortaya çıkmaktadır. Ancak, eser sözleşmesi ile yayın sözleşmesi arasındaki fark, eser sözleşmesinde eser oluşturma yükümlülüğünün bir ücret karşılığında yapılmasının zorunlu unsur olmasına karşılık, yayın sözleşmesinde bedelin esaslı unsur olmamasıdır. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 62; ULMER, 435.

[249] TROLLER, Kommentar, 14; BUCHER, 216; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 61-63; PEDRAZZINI, Le Contrat d'Edition, 61; ULMER, 435; HILTY, Basler, 2068; REHBİNDER, Urheberrecht, 314; AYİTER, 231.

[250] Bu özellikler yayın sözleşmesinin diğer iki taraflı sözleşmeler yanında adi ortaklık sözleşmesinin hükümlerinin de yol gösterici olarak kıyas yoluyla uygulanmasını mümkün kılar. Ancak, bu kıyaslar son derece dikkatli yapılmalıdır. TROLLER, Kommentar, 14; AYİTER, 231. Özellikle yazarın, kazancın yanında zarara da katılması halinde tam bir sınır çizmek mümkün değildir. Ancak, rizikonun sözleşmenin her iki

Bu bağlamda, yayın sözleşmesinin bünyesinden kaynaklanan özellikler dolayısıyla karşılıklı akitler için sözkonusu olan bazı kurumlar burada uygulama alanı bulamayacaktır ki, bunun en tipik örneğini de "ödemezlik defi" teşkil etmektedir[251]. Ödemezlik definin uygulanabilmesinin şartlarından biri de karşılıklı akitlerde taraflarının borçlarından birinin karşı tarafın borcunun yerine getirilmesi için gerekli olan bir ön şartı olmamasıdır. İşte yayın sözleşmesinde de, yayınlayanın "çoğaltma ve "yayma borcu"nu yerine getirebilmesi için yayınlatanın eserin bir nüshasını yayınlayana bırakması gerekir. Bu bağlamda yayınlayanın eseri bırakma borcu, yayınlatanın borcunu yerine getirebilmesi ile ilintilidir. Dolayısıyla, yayınlayan eseri teslim borcunu yerine getirmediği sürece, yayınlatana karşı "yayma ve çoğaltma" borcunu ifa etmesini ileri süremeyecektir.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde, yayın sözleşmesi her ne kadar tam iki tarafa borç yükleyen karşılıklı bir sözleşme olsa da, sözleşmenin özgün bünyesinden kaynaklanan sorunlar, BK'da yer alan özel hükümlerle birlikte FSEK'te buna ilişkin düzenlemeler de dikkate alınarak değerlendirilmelidir[252]. Zira, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin bazı genel kurallar burada en azından doğrudan uygulama alanı bulamayacaktır. Çünkü, yayın sözleşmesi yukarıda da belirtildiği gibi kendine özgü kurallarla düzenlenmiş olan ayrı bir sözleşme tipidir. Bu konular tezin ilgili bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenecektir.

3. Çift Karakterli Bir Sözleşme Olması ve Buna Bağlanan Özel Sonuçlar

Yayın sözleşmesi, İsviçre-Türk Hukuku'na göre hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemlerini kendi çatısı altında birleştirdiğinden dolayı, çift karakterli bir sözleşmedir. Bu bağlamda, yayın sözleşmesinin tasarrufi niteliği gereği, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, "yayın hakkı" yayınlatanın malvarlığından çıkıp yayınlayanın malvarlığına geçmektedir. Bu duruma bağlanan bazı özel sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Eğer, yayınlatan yayın sözleşmesini kurduktan sonra yayınlayana eseri teslim etmeden, başka bir yayınlayanla yine bir yayın sözleşmesi kurarak eseri ona teslim etse dahi, yayın hakkı -eser kendisine teslim edilmiş olsa da- ikinci yayınlayana geçmez[253]. Çünkü, ilk kurulan yayın sözleşmesiyle yayın hakkı,

---

tarafınca taşınması halinde bir adi ortaklık sözleşmesinden bahsedilebilecektir.

[251] GİRİTLİOĞLU, 37.

[252] Bkz. GİRİTLİOĞLU, 37-38.

[253] Bkz. PEDRAZZINI, Le Contrat d'Edition, 74; PEDRAZZINI, 572; TROLLER, II, 900 vd; BUCHER, 218; TUNÇOMAĞ, 589; AYİTER, 232; YAVUZ, 535-536; TEKİNALP, 238; GİRİTLİOĞLU, 40; SEROZAN Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1976; 145; FRANKO, 5-6. Aslında, yayın hakkının sözleşmenin kurulmasıyla birlikte yayınlayana geçmesi, yayınlayanı koruma amacı güden bir hükümdür. Zira, yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, yayın hakkı sahibi yayınlayan, eserin yazar da dahil olmak üzere üçüncü bir kişi tarafından çoğaltılmasını ve yayılmasını önleyebilecektir.

sözleşmenin tasarrufi niteliği gereği karşı tarafa yani yayınlayana geçmiş, dolayısıyla yayın hakkı yayınlatanın malvarlığından çıkmıştır. Yayınlatan, artık malvarlığında yer almayan bu hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir.

İşte yayınlayanın yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte kendisine devredilen çoğaltma ve yayma hakları toplu olarak "yayın hakkı" olarak nitelendirilmektedir[254]. Diğer bir ifadeyle yayın hakkı, aslında eser sahibinin mali hakları arasında sıralanan "çoğaltma ve yayma" hakkından oluşmaktadır.

Yayın hakkı, telif hakkından koparılan, onun bir parçası, türevi olan ve eseri çoğaltabilmek ve yayabilmek için yayınlayanın sahip olduğu -tıpkı telif hakkı gibi- mutlak bir haktır[255]. Yayınlayana çok eskiden beri mutlak hak niteliğinde olan yayın hakkının tanınmasının arkasında yatan bir gerekçe vardır. Yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, kendi hesabına eseri çoğaltma ve yayma yükümü altına girerek, tüm ticari rizikoyu taşıyan yayınlayanın, eserin başarısındaki ekonomik rizikoyu üstlenemeyen yazar veya bir üçüncü kişi tarafından eserin piyasaya sürülmesi tehlikesine karşı korunma ihtiyacı doğmaktadır[256].

Yayın hakkının niteliği uzun bir süre boyunca tartışmalıydı ve yayın hakkı kavramı belirsizdi. Ancak, bugün kabul edildiği üzere, yayın hakkı telif hakkından koparılmış, ayrılmış bir haktır. Yayın hakkı, yazarın veya yayınlatanın çoğaltma ve yayma hakları üzerinde yapmış olduğu tasarrufa dayanmakta, bu tasarruftan kaynaklanmaktadır[257]. Telif hakkından kopan bir hak olarak yayın hakkı da, yavru hak olarak ana telif hakkının tabi olduğu kısıtlamalara tabidir. Ancak, yayın hakkı bir kere oluştuktan sonra, telif hakkı karşısında bağımsızdır. Diğer bir ifadeyle, eser sahibinin sonraki tasarrufları yayın hakkının varlığını etkilemeyecektir[258].

Telif hakkının değerlendirilebilmesi, kendisinden koparılan bu hakkın, yani yayın hakkının oluşmasını gerekli kılmakta, bu hakkın oluşmasına zorunlu olarak yol açmaktadır. Bu hakkın devredilmesi de yayın sözleşmesi aracılığı ile mümkün olmaktadır[259].

---

[254] AYK §8'de yayın hakkı nitelendirmesi açıkça belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHRICKER, 272 vd. Ayrıca bkz. GUHL, 541; TROLLER, Kommentar, 32; HILTY, Immaterial, 538; PEDRAZZINI, 575; TROLLER, II, 900; REHBİNDER, Urheberrecht, 322; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 60; ULMER, 441-442.

[255] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 60; GUHL, 541; ULMER, 441-442; HILTY, Immaterial, 538; SCHRICKER, 272; TROLLER, Kommentar, 32; PEDRAZZINI, 575; PEDRAZZINI, Le Contrat d'Edition, 71; REHBİNDER, Urheberrecht, 326; STRAUS Joseph, "Der Verlagsvertrag bei Wissenschaftlichen Werken", Festgabe für Gerhard SCHRICKER zum 60. Geburtstag, 1995, 312; KNAAK Roland, "Der Verlagsvertrag im Bereich der Belletristik", Festgabe für Gerhard SCHRICKER zum 60. Geburtstag, 1995, 267; MÖHRİNG Ahlberg/ NICCOLINI Kate, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, Berlin, Frankfurt, Main 2000, 83; ZEVKLİLER, 351; YAVUZ, 531.

[256] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 60.

[257] Bunun için gereken tek şart, yayınlatanın tasarruf yetkisine sahip olmasıdır. Bkz. ULMER, 442.

[258] ULMER, 441-443; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 170-171; SCHRICKER, 16.

[259] Yeni telif hakkı kanunları, artık eser sahibini değil, yayın hakkını kendilerine merkez olarak almaktadırlar. SCHRICKER, 25.

Alman Hukuku'nda, yukarıda da belirtildiği üzere, AYK §9/I uyarınca, yayın hakkı, eserin yayınlayana teslim edilmesiyle oluşur ve sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle birlikte sona erer. Ancak, yayın hakkının hukuki etkilerini doğurması için gereken bir dizi koşul daha gereklidir, ki bunların bir kısmı borçlandırıcı işlem niteliği taşırken bir kısmı da yayın hakkının tanınmasında somut tasarruf işlemi niteliğini taşımaktadır[260].

Alman Hukuku'nda, yayın hakkının oluşabilmesi için gereken şartlar iki madde altında toplanabilir:

1. Yayın hakkının oluşabilmesi için, yayın hakkının sağlanması konusundaki borçlandırıcı yükümün açık veya zımni olarak yer aldığı, hukuki açıdan geçerli bir yayın sözleşmesi olmalıdır[261].

2. Yayın hakkının oluşabilmesi, yazarın telif hakkı üzerindeki yararlanma hakkı (çoğaltma ve yayma) üzerinde somut olarak tasarrufta bulunmasıyla gerçekleşebilir. Bu bağlamda, yayın hakkının oluşabilmesindeki ek koşul, yazarın "tasarruf yetkisine" sahip olmasıdır. Örneğin çalınmış bir manüskrinin teslimi halinde, yayın hakkı en erken tasarruf yetkisine sahip olan kişinin sonradan vereceği onayla meydana gelir. Üçüncü kişinin iyiniyeti de korunmaz[262].

Yedek hukuk kuralı olan AYK §9 uyarınca, yayın hakkının oluşması iki aşamalı unsurla gerçekleşmektedir. Birincisi, hukuki işlemle uyuşma, buna ek olarak da Realakt olarak, manüskrinin veya bir eser nüshasının teslimidir[263]. Yayın hakkının oluşması için, ek olarak aranan şart, üzerinde uzlaşılan eserin yayınlayana teslimidir. Kural olarak, yayın sözleşmesi sadece yazarın yayın hakkının varlığına ilişkin borçlandırıcı bir yüküm içermemekte, aynı zamanda tarafların uzlaşmasına dayanan yayın hakkının oluşmasına ilişkin mutlak etkili hükümler de içermektedir. Bu bağlamda, yayın sözleşmesi tasarruf işleminin bir bölümünü de kapsamaktadır, ancak tabi ki tasarruf işleminin tamamlanması için eserin yayınlayana teslim edilmesi gerekmektedir[264]. Dolayısıyla, yayın sözleşmesindeki uzlaşma ile birlikte eserin teslimi tasarruf işleminin konusunu oluşturmaktadır.

---

[260] Her ne kadar, Alman Hukuku'nda borçlandırıcı işlem niteliğindeki yayın sözleşmesi, yayın hakkının tanınması konusundaki tasarruf işlemi ile çakışabilirse de, her iki işlem birbirinden ayrılmalıdır. SCHRICKER, 326; HABERSTUMPF/HİNTERMEIER, 169; REHBİNDER, Urheberrecht, 322-323.

[261] Yayın sözleşmesi yoklukla malülse veya sağlama yükümü eksikse, yayın hakkı da oluşmamıştır. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 172; SCHRICKER, 326; ULMER, 442.

[262] ULMER, 442; SCHRICKER, 326; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 173; REHBİNDER, Urheberrecht, 323.

[263] SCHRICKER,326-327; ULMER, 442; REHBİNDER, Urheberrecht, 323; HABERSTUMPF/HİNTERMEIER, 172; SCHACK, 448 vd.

[264] SCHRICKER, 327. ULMER, bu konuda şöyle bir formül kullanmaktadır: "Tasarruf işleminin bir kısmı bir taraftan, sözleşmede yer alan taraf iradeleridir, diğer taraftan eser nüshasının teslimindeki tek taraflı işlemdir". ULMER, 443.

AYK §9 uyarınca, yayın hakkı sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle birlikte ortadan kalkmaktadır. Bu hükümle, yasa borçlandırıcı yayın sözleşmesi ilişkisi ile mutlak hak karakteri niteliğindeki yayın hakkı arasında dar bir hukuki bağlantı kurarak, ikisinin de kural olarak aynı anda sona ermesini öngörmüştür[265].

4. Sürekli Edimli Sözleşme Tipleri Arasında Yer Alması ve Güven İlişkisine Dayanması

Yayın sözleşmesi, yayınlayan ve yayınlatan arasındaki kişisel güvene dayanan sürekli bir borç ilişkisidir. Zira, tarafların edimleri ani ifalı edimler değildir. Uzun bir zaman sürecine dayanır[266]. Yayınlayan, yayınlatanın kendisine yayın hakkını devrettiği süre boyunca, eserin çoğaltılmasından sonra, eseri yayma, piyasaya sürme, eserin sürümünü arttırmak için uygun ve alışılmış reklamları yapma borcu altındadır. Eğer, telif ücreti eserin sürümüne bağlanmışsa, yayınlayan yıllık olarak eserin sürümü hakkındaki hesap dokümanlarını yayınlatana sunma ve bu hesaplamaya dayanarak belirlenen telif ücretini ödeme borcu altındadır ki, bu unsurlar ilişkinin bir sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilmesi ve kabul edilmesi için yeterlidir[267]. Yayınlatan da sürekli bir davranış yükümü altındadır. Zira, asli edimin veya edimlerden bir kısmının yapmama borcu niteliğinde olduğu durumlarda da, sözleşme sürekli edimli sözleşme niteliği taşır[268]. Bu bağlamda, yayınlatan da bu süre zarfında, yayınlayanın zararına olacak, örneğin eserin sürümünü azaltacak yayınlayanın çoğaltma ve yayma yetkisine zarar verecek

---

[265] Alman Hukuku uyarınca, sözleşme ilişkisini ve buna bağlı olarak mutlak hak olan yayın hakkını sona erdiren sebepler, sürenin bitmesi, basının tükenmesi, koruma süresinin dolması, her iki taraf için de haklı sebeple fesih, yazarın veya yayınlayanın AYK uyarınca dönme hakkı, eserin teslimden sonra yok olması, yayınlayanın yayın hakkının bir başka yayınlayana devredilmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHRICKER, 330 -333.

[266] MEDICUS Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, München 2003, 89; KRÜGER Wolfgang, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §241-432, München 2003, §314-N. 6; TROLLER, Kommentar, 14; SCHRICKER, 118; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 65. REHBİNDER, Urheberrecht, 326; ULMER, 435; HILTY M. Reto, Lizenzvertragsrecht, Bern 2000, 583. Sürekli sözleşme kavramı, BK'da tanımlanmamış olup, doktrin tarafından tanımlanmıştır. Bir akdi ilişkide asli borçlardan en az biri sürekli, aralıklı veya dönemli edimleri gerektiriyorsa "sürekli akit" sözkonusu olur. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku, 44; MEDİCUS, 88; EREN Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2003, 100; SELİÇİ Özer, Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, 1977, 8 vd.; TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, 10-11; OETKER Hartmut, Das Dauerschuldverhaltnis und seine Beendigung, Tübingen 1994, 99, 181 vd.
BGB §314, "sürekli borç ilişkilerinden haklı sebeple fesih" kurumunu düzenlediği halde, kanun koyucu söz konusu hükümde, gelecekteki gelişmeleri engellememek için, bilinçli olarak "sürekli borç ilişkisi" kavramını tanımlamaktan kaçınmıştır. Ancak, sürekli borç ilişkisinde belirleyici olan nokta, sözleşmenin tipik asli borcun kapsamının, öncelikle "zaman"ın yardımıyla belirlenmesi, bu borcun, "süre" dikkate alınarak nitelendirilmesidir. Bkz. KRÜGER, Münchener Kommentar, §314- N. 5; §3-186; OETKER, 105 vd.

[267] BGH GRUR 64, 329. Kural olarak, yayınlayan çok uzun bir süre boyunca eseri piyasaya sürmekle yükümlüdür. Özellikle sözleşmenin yeni basıları da kapsamına alması halinde sözleşme genellikle eserin koruma süresinin bitmesine kadar devam etmektedir. SCHRICKER, 118.

[268] SELİÇİ, 10.

veya engel olacak, davranışlardan kaçınacaktır[269].

Yayın sözleşmesi aynı zamanda taraflar arasındaki özel bir güven ilişkisine dayanır. Başka bir ifadeyle, yayın sözleşmesinin etkileri büyük ölçüde taraflar arasındaki güven ilişkisinden çıkarılmaktadır. Bu güven ilişkisi, sadece tarafların içiçe geçmiş menfaatlerine dayanmaz. Yayınlatan, yayınlayana fikri ürün olan eserini teslim ederek bu eserin yayınlayan tarafından kamuoyunun bilgisine sunulmasını ve keza eseri kendi hususiyetleri içinde korumasını istemiştir. Yayınlayan ise eserin nitelikli bir şekilde ortaya çıkmasını ve mali getirisinin yüksek olmasını sağlamak ve bunun için çalışmak durumundadır. Taraflar, hem sözleşmenin kurulmasından önce, hem de sözleşme ilişkisinin devamı sırasında aralarındaki güven ilişkisine uygun davranmak ve aralarında anlaştıkları hususlara aykırı davranışlarda bulunmamak durumundadırlar[270].

Yazar ve yayınlayan arasında kurulan veya kurulması gereken bu güven ilişkisi kısmen, meydana getirilen fikri ürünün edebi ve sanatsal başarının sonucu olmasına, kısmen de telif hakkının, malvarlığı haklarını kapsamına almasına rağmen, yazarın kişilik haklarıyla da sıkı bir bağlantı içinde olması olgusuna dayanmaktadır[271].

Yayın sözleşmesinin taraflar arasındaki güven ilişkisine dayanması, aynı zamanda sözleşmenin şahsa bağlı "intuitu personea" özelliği ile de ilintilidir[272]. Zira, yayınlayanın kendisine devredilen yayın hakkı konusu eserin bizzat eser sahibi tarafından meydana getirilmesindeki menfaati şüphesizdir. Eser sahibinin kimliği, geçmişi, o ana kadar meydana getirmiş olduğu diğer eserler, bu eserlerin konuları ve özellikleri, kamuoyu tarafından tanınması vb. özellikleri yeni eserin piyasadaki sürümü üzerinde doğrudan etkili olacaktır. Tanınmış bir yazara ait olan bir kitabın basılmasında yayınevinin itibarı da artacaktır. Diğer bir ifadeyle, eserin çoğaltılarak piyasaya sunulması, yayınlayanın ticari itibarını ve konumunu da önemi ölçüde etkileyecektir[273]. Eser sahibi açısından aranan "intuitu personae" özelliği aynı zamanda -aynı oranda olmamakla birlikte- yayınlayan için de aranmaktadır. Eserin baskı kalitesi, kapak tasarımı, piyasaya sunulması, kamuoyuna tanıtılması, dağıtımdan önce yapılan tanıtımlar bir bütün olarak eserin piyasadaki sürümünü etkileyecektir. Eserin hangi basımevi tarafından basıldığı doğrudan doğruya olmamakla beraber dolaylı olarak eserin sürümünde belirleyici bir unsurdur.

---

[269] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 65. Yayınlatanın bu yükümlülüğü "kaçınma yükümlülüğü" olarak nitelendirilmektedir. SCHRICKER, 118.
[270] TROLLER, Kommentar, 14; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 66; GUHL, 541.
[271] Bkz. GUHL, 543.
[272] Bkz. FRANKO, 9.
[273] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 66. Bütün bu unsurlar, yayınlayan tarafın yayın sözleşmesinin kurulmasına ilişkin iradesinde belirleyici unsurlardır.

Yayın sözleşmesi ile yayınlayan çoğu kez büyük bir ticari risk altına girmektedir. Zira, kesin olarak saptanıp hesaplanamayan eserin sürümü, birçok olayda çok çeşitli sebeplere, örneğin zamanın tutulan değerlerine bağlıdır. Bu çerçevede, yayın ilişkisi açısından çok çeşitli ve hassas dengeler rol oynamaktadır. İşte bu hassas denge ve karşılıklı menfaatler de en üst safhada karşılıklı saygı ve anlayış gerektirmektedir. İşte bu yüzden, yayın ilişkisi yayınlayanla yayınlatan arasındaki kişisel güvene dayanan sürekli borç ilişkisidir. Bu güven ilişkisi, en erken yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte değil, aksine sözleşme görüşmelerine başlanmasıyla birlikte devreye girerek, etkilerini doğurmaktadır. Dolayısıyla, yayın sözleşmesi kurulmadan önce, sözleşme müzakereleri aşamasında dahi, bu kişisel güven ilişkisi etkisini göstermekte ve açıklama ve bildirme yükümlülüğü gibi culpa in contrehendo sorumluluğunun da temelini oluşturmaktadır[274]. Yayın sözleşmesinin yorumlanması ve borçlanılan edimlerin içeriğinin belirlemesinde, bu özel güven ilişkisine dikkat edilmelidir[275].

Yayın sözleşmesinin özel bir güven ilişkisine dayalı sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilmesine özel bir takım sonuçlar da bağlanmıştır. Bu bağlamda, sözleşme taraflarının her birine, yasada veya sözleşmede belirtilen sona erme sebeplerinin yanısıra sözleşmeyi olağanüstü fesihle sona erdirme yetkisi tanınmıştır. Yayın sözleşmesinin güven ilişkisine dayanan kişisel niteliği, önemini, özellikle taraflar arasında çıkan kişisel anlaşmazlıklar veya kavgaların tarafların ortak çalışmasını önemli ölçüde zedelediği veya imkansız kıldığı hallerde, örneğin bir tarafın diğerini aşağılaması gibi hallerde, sözleşmenin diğer tarafına sözleşme ilişkisini olağanüstü fesih ile sona erdirebilme yetkisi vermesinde göstermektedir[276].

5. Sonuçları Az Çok Talih ve Tesadüfe Bağlı Sözleşmeler (Tehlikeli) Grubu İçinde Yer Almaması

Yayın sözleşmesinin kurulması sırasında, bir eserin sürümünün ne kadar olacağını, hatta eserin sürümünün olup olmayacağı saptamak mümkün olamayacağı için, yayın sözleşmesini tehlikeli (muhataralı) sözleşmeler grubu içinde değerlendirenler vardır[277].

Ancak, tesadüfe bırakılmış bir parçayı içine alan her sözleşme grubu tehlikeli sözleşme

[274] HUBMANN, 233; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 66; SCHRICKER, 118; REHBİNDER, Urheberrecht, 326; ULMER, 435.

[275] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 66; SCHRICKER, 118; REHBİNDER, Urheberrecht, 326. Örneğin, yazarın işindeki kişisel şartlar veya iş yoğunluğu, eserin teslim edilmesi için kararlaştırılan sürenin geçirilmesine yol açabilir. Diğer taraftan, yazar da yayınlayanın baskı sırasında karşılaşabileceği zorlukları dikkate almalıdır. REHBİNDER, Urheberrect, 326-327.

[276] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 66; SCHRICKER, 118; REHBİNDER, Urheberrecht, 326.

[277] Özellikle Fransız Hukuku'nda "tehlikeli sözleşme" tanımı doğrultusunda sözkonusu görüşü destekleyen görüşler ve aksi görüşler için bkz. GİRİTLİOĞLU, 41-42.

değildir. Sadece taraflardan birinin kazanç ihtimalinin öteki taraf için kayıp ihtimalini teşkil ettiği sözleşmeler bu grup içinde değerlendirilmelidir ki, yayın sözleşmesinde bu özellik yoktur. Zira, yayın sözleşmesinde yayınlatanın kazancı yayınlayan için bir kayıp olmadığı gibi, yayınlayanın kazancı da yayınlatan açısından bir kayıp değildir[278]. Zira, yukarıda da belirtildiği üzere, yayın sözleşmesinde sözleşme taraflarının çıkarları her zaman bir tezatlık içinde değildir. Bazen tarafların menfaatleri üst üste de gelebilir. Bu halde, yayın sözleşmesi adi ortaklık sözleşmesine yaklaşmaktadır, ancak tabi ki her koşulda yayın sözleşmesi adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilemez.

Bu çerçevede, yayın sözleşmesini, özellikle yayınlayanın eseri çoğaltma ve yayma borcu dolayısıyla, bir iş görme borcu doğuran bir sözleşme olarak nitelendirmek daha isabetli olacaktır[279].

B. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN "ESER SAHİBİNİN HAKLARINI AMACIN GEREKTİRDİĞİ ÖLÇÜDE GEÇİRME[280]" TEORİSİ İLE İLİŞKİSİ

Mali hakların devrine ilişkin hukuki işlemler bazen yorum gerektirebilir. Sorun bu konuda genişletici mi, yoksa daraltıcı yorumun mu benimseneceğinin tespit edilmesidir. Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'ndaki tasarruflarda hakkın kapsamı, tasarrufta veya kanunda aksine hüküm yoksa, dar şekilde belirlenmektedir. Diğer bir ifadeyle devir işleminin kapsamını tespit bakımından gerek FSEK, gerek BK'daki ilintili hükümler doğrultusunda daraltıcı yoruma gitmek gerekmektedir[281].

Alman ve İsviçre hukuk öğretisinde "amacın gerektirdiği ölçüde geçirme" (Zweckübertragungstheorie) teorisi şeklinde nitelendirilen teori ile uyum içinde olan BK m. 373/I uyarınca, yayın sözleşmesiyle eser sahibinin hakları, sözleşmenin ifasının gerektirdiği ölçüde ve süreyle yayınlayana geçer[282]. Bu hükümle, yayınlatanın, haklarını yayınlayana yayınlayanın en azından yayın sözleşmesinden doğan asli borçlarını ifa etmesini sağlayacak ölçüde ve sürede geçirebileceği ifade edilmektedir. Yayınlatanın haklarının bu ölçü ve süre

---

[278] TUNÇOMAĞ, 590; YAVUZ, 536; GİRİTLİOĞLU, 42; FRANKO, 10-11.
[279] YAVUZ, 536.
[280] TEKİNALP, 239. Bu teoriyi AYİTER, amaçlı devir sözleşmeleri şeklinde nitelendirmiştir. Bkz. AYİTER, 217.
[281] ARSLANLI, 183; AYİTER, 217; EREL, 277; FRANKO, 77. Ayrıca bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 88. Bütün işlemlerde işlem konularının ayrı gösterilmesi kefalette olduğu gibi geçerlilik şartı olduğundan, işlemler genişletici yoruma tabi tutulamazlar. AYİTER, 217.
[282] BK'nın bu düzenlemesini karşılayan TBKT m. 489'da, yayımlatma hakkının geçişi ve yayımlatanın yayımcıya karşı sorumluluğu düzenlenmiştir. TBKT m. 489/I'e göre, "Yayım sözleşmesiyle eser sahibinin hakları, sözleşmenin ifasının gerektirdiği ölçüde ve süreyle yayımcıya geçer".

çerçevesinde yayınlayana geçirilmesi gerekli ve aynı zamanda yeterlidir.

Amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisi Alman Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku ve yayın hukukunda son yirmi yoldan beri hakim olmuştur[283]. Bugün de 1965 tarihli UrhG §31/5'te yerini almıştır[284]. Amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisi, yasal pozitif metinde yerini almadan önce, aslında temelde bir "yorum kuralı" olarak nitelendirilmiştir. Eser sahibinin korunmasını amaçlayan en önemli yöntem, amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisidir. Söz konusu teori, yayın sözleşmesinin uygulanması ve hükümlerinin yorumlanması açısından, özellikle yayınlatanın hangi hakları, hangi kapsamda yayınlayana devrettiği konusunda bir uyuşmazlık olduğu takdirde anlam kazanmaktadır. Anılan teoriye göre, eser sahibi, eser üzerindeki haklarını sadece sözleşme amacının gerçekleştirilmesi için gerekli olduğu kapsamda, yayınlayana devretmektedir. Diğer bir ifade ile, şüphe halinde, eser sahibinin, sözleşme amacına ulaşılabilmesi için gerekli olan haklardan başka bir hakkı devretmediği çıkarımı yapılmaktadır[285]. Bu bağlamda, şüphe halinde, telif hakkı üzerinde yapılan tasarruflar açısından, telif hakkının her zaman, eser sahibinde kaldığı yorumu kabul edilmekte, böylece eser sahibinin mümkün olduğu kadar kapsamlı bir şekilde eserinden elde edebileceği ekonomik semerelerinden faydalanması, bu semerelere katılması amaçlanmaktadır[286]. ULMER, bu konuda "telif hakkının mümkün olduğu kadar eser sahibinde kalması eğilimi" şeklindeki ifadeleri, formül olarak kullanmaktadır[287].

Genel olarak amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisinin arkasında yatan temel hukuk politikası, her şeyden önce GOLDBAUM tarafından eser sahibinin sosyal olarak korunması olarak vurgulanmıştır. Amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisi, sonuç olarak, yukarıda da belirtildiği gibi, eser sahibinin eserin kullanılmasıyla oluşan ekonomik semerelerinden mümkün olduğu kadar geniş bir şekilde yararlanması, buna katılması imkanının pratik açıdan gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır[288]. Amacın gerektirdiği ölçüde geçirme ilkesinin gelişmesindeki sebep, tarafların telif hakkı sözleşmelerinin içeriğini belirleme serbestileridir. Ancak, telif hakkı sözleşmelerinde çoğunlukla, kural olarak ekonomik ve sosyal olarak zayıf olan eser sahibinin korunması ihtiyacı doğmaktadır. Bu

---

[283] Doktrinde ilk defa GOLDBAUM tarafından temellendirilmiş ve daha sonra İmparatorluk Mahkemesi ve Yüksek Federal Mahkeme tarafından da kabul edilerek, geliştirilmiş, doktrin tarafından da benimsenmiştir. Bkz. SCHRICKER, 278; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 90; SCHACK, 437-438.

[284] Ancak, söz konusu teori, UrhG'nin diğer hükümlerine de damgasını vurmuş ve uygulama alanı sadece bir hükümle sınırlı kalmamıştır. Aslında anılan teori BGB'de yer alan genel yorum kurallarını içermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHACK, 437.

[285] BGE 101 II 106; ULMER, 364; SCHRICKER, 278; SCHACK, 437; HUBMANN, 57; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 89; TROLLER, II, 782; REHBİNDER, Schweiz, 128; JANN, 16.

[286] Bkz. SCHACK, 438; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 89; SCHRICKER, 278.

[287] ULMER, 365.

[288] BGH GRUR 1974, 786, 787; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 90; HUBMANN, 57.

amaca da, ancak sözleşmede çok geniş kapsamlı olarak düzenlenen hükümlerin sözleşmenin amacı ile sınırlandırılması yorumu ile ulaşılabilmektedir. Bu bağlamda, amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisi her şeyden önce eser sahibini, sahip olduğu hakları toptan veya büyük bir kısmını götürü olarak devretmesinin sonucunda ortaya çıkan ekonomik olumsuzluklara karşı korumak için uygulanmaktadır[289].

Amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisi bazen de, eser üzerindeki hakların toplu olarak tanınması veya devrinin sözleşme amacını örtecek şekilde indirilmesi olarak formüle edilmiştir[290]. Bu anlamda, anılan teori, eser sahibinin menfaatini koruyan, genel yorum kuralıdır. Ancak, anılan teori sadece bir yorum kuralı değildir, aynı zamanda konuya ışık tutan bir yönerge fonksiyonu da görmektedir[291].

Amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisi'nin bir yansıması olan UrhG §31/5'e göre, yararlanma haklarının tanınması sırasında, kendisine hakların bağlı olduğu yararlanma türleri, tek tek belirtilmemişse, yararlanma haklarının kapsamı, bu hakların tanınmasıyla güdülen amaca göre belirlenecektir. Sözkonusu hükümde geçen temel kavramlardan biri "amaç" kavramıdır, ki bu kavram kilit unsur rolündedir. Hüküm, tarafların güttükleri sözleşme amacına bağlanmıştır. Taraflar, bu sözleşme amacını sözleşmede belirtebilir ve böylece sözleşmenin amacını da sözleşme içeriğine dahil edebilirler. Eğer, sözleşme amacı tüm kapsamıyla taraflarca açıklanmışsa, o zaman amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisi sadece bir yorum kuralı olarak varlığını sürdürecektir. Ancak, eğer yararlanma türlerinin, ekonomik beklentilerle ve hukuka uygun bir şekilde sözleşmede tek tek belirtilmiş olup olmadığı konusunda şüphe olması halinde, belirleyici olan nokta tarafların ortak, somut ve gerçek amaçlarının sözleşmeden mümkün olduğu kadar net bir şekilde çıkarılıp çıkarılmayacağıdır. Sözleşme içeriğinin yeterli olmadığı hallerde, sözleşme dışındaki unsurlara da başvurulması gerekebilir. Ancak, önemli olan her iki tarafça güdülen veya her iki tarafça kabul edilen amacın ortaya çıkarılmasıdır. Diğer bir ifadeyle tek taraflı amaç bu kapsamda dikkate alınmayacaktır[292]. Anılan hüküm, Kıta Avrupası hukukunda alışılmış olmayan kazuistik sözleşme yorumuna giden bir yol çizmektedir[293].

Alman Hukuku'nda olduğu gibi telif hakkı üzerindeki yararlanma haklarının veya devredilen hakların sınırlandırılması, amacın gerektirdiği ölçüde geçirme kuralının yayın hukuku alanına taşınan noktalarıdır. Buna paralel olarak da, her yararlanma türünün veya

[289] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 90; HUBMANN, 57.
[290] BGH GRUR 1996, 121, 122.
[291] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 90.
[292] Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHRICKER, 282-283; SCHACK, 438.
[293] SCHRICKER, 297.

devredilen hakkın yer, zaman, içerik ve kapsam açısından telif hakkından koparılarak, ayrılarak sınırlandırılması gerekliliği gözönünde bulundurulmalıdır[294].

BK ve FSEK sistemi de bu teoriye paralel hükümler içermektedir. Zira, FSEK m. 52 uyarınca, "mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır". FSEK m. 55 de, yorum kaideleri ve "şümul" kenar başlığı ile "aksi kararlaştırılmış olmadıkça mali bir hakkın devri veya bir ruhsatın verilmesi eserin tercüme veya sair işlemelerine şamil değildir" hükmüyle daraltıcı yoruma temel oluşturan ve onu destekleyen pozitif hukuk kuralını içermektedir.

Bu bağlamda, taraflar sözleşmede açıkça ayrı ayrı hangi hakların karşı tarafa devredileceğini belirleyerek tespit etmemişlerse, bütün mali haklar eser sahibinde ve devir kapsamının dışında kalır[295]. Diğer bir ifadeyle anılan teori şüphe halinde, eser sahibinin açıkça yazılı olandan başka haklarını devretmediği ya da lisans hakkı tanımadığı anlamına gelir[296].

Bu veriler çerçevesinde "eser üzerindeki bütün mali haklarımı devrettim" şeklinde bir ibareyi içeren tasarruf işlemi yazılı olsa da hükümsüzdür. Böyle bir ibareyle bütün hakların devri kastedilmiş olsa dahi, gene de bu hakların her birinin ayrı ayrı sayılması gerekir[297].

Tarafların mali hakların devrinde her bir hak türünü ayrı ayrı belirlemek zorunda kalmalarının ve bu çerçevede bu teorinin temelinde yatan düşünce, mali hakları üzerinde tasarruf eden eser sahibini uyarma fonksiyonu, bu sözleşmeyle gireceği riskler konusunda onu tekrar düşünmeye sevk fonksiyonudur[298]. Diğer bir fonksiyon ise, yayın sözleşmesinin ekonomik açıdan zayıf tarafını oluşturan yayınlatanı korumaktır[299].

Bu teori ve BK m. 373/1 uyarınca, yayınlayana -taraflar aralarında aksini kararlaştırmamışlarsa- yayın sözleşmesinin amacının gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan

---

[294] SCHRICKER, 290.

[295] HIRSCH, II, 216; ARSLANLI, 170; BELGESAY, 61; FRANKO, 77. Yargıtay 11. HD 15.7.2005 tarih ve E. 2004/10681, K. 2005/7713 sayılı kararında, yayıncıya devredilen hakların sözleşmede açıkça belirtilmemiş olması nedeniyle geçersiz olduğuna ve yazarın istediği zaman kitabın mali haklarını başka bir yayınevine devredebileceğine hükmetmiştir. Sözkonusu kararda, ".....davacı ile yazar arasında düzenlenen 31.10.1990 tarihli sözleşmede devredilen mali hakların açık biçimde gösterilmeyip genel ifadelere yer verildiği, dolayısıyla FSEK'in 52. maddesi hükmü karşısında geçersiz olan bu sözleşmenin, açıkça zikredilmeyen ve esasen eser sahibinde kalan hak ve menfaatlerin devrine yönelik olarak değerlendirilmeyeceği, ancak davacının yaptığı tüm basılara, butlana rağmen uzun süre sessiz kalarak muvafakat verilmesi karşısında davacı eylemlerinin de son bası anına kadar hukuka uygun bulunduğu sonucunu doğurduğu, bir an için sözleşmenin "yayın akti" niteliğinde kabulü halinde de BK'nın 372-375 inci maddelerinin bu akte ilanihaye geçerlilik sağlamayı engelleyeceği, eser sahibi veya mirasçılarının esasen kendi üzerinde bulunan hak ve menfaatler vesilesiyle sahip oldukları engelleme yetkisini diledikleri zaman kullanabilecekleri....." hükme bağlanarak, dava reddedilmiştir. (Kazancı Bilişim).

[296] TEKİNALP, 239. Bu bağlamda şüphe halinde işlemlerin amaç ve konusu dışında kalan bir hakkın devredilmediği kabul olunmaktadır. AYİTER, 217; EREL, 277.

[297] AYİTER, 217; EREL, 277.

[298] FSEK m. 52'deki yazılı şekil şartı da eser sahibini düşünmeye sevk fonksiyonunun bir yansımasıdır. Fransız Hukuku'nda da bu sistem kabul edilmiştir. Bkz. FRANKO, 77.

[299] FRANKO, 77.

eser sahibinin mali hakları arasında yer alan çoğaltma ve yayma hakları ile birlikte bu hakların doğal olarak kamuya sunularak, piyasaya sürülmesini sağlayacak olan, eser sahibinin manevi haklarından "eseri kamuya sunma hakkı" geçmektedir. Bu teori ve anılan hüküm çerçevesinde yukarıda da ifade edildiği üzere, bu hakların dışında kalan haklar eser sahibinde kalmaktadır[300]. Diğer bir ifadeyle eser sahibinin diğer hakları yorum veya örnekseme yoluyla eser sahibinden yayınlayana intikal etmez. Mesela, bir romanın yayın hakkını alan bir yayınlayan, yayın sözleşmesi ile çeviri, filme çekme ve temsil hakkını da aldığını iddia edemez[301] .

Bu teorinin BK'daki yansımalarını BK m. 375 ve m. 379'da görmekteyiz. Zira, BK m. 375/I uyarınca, taraflar yayın sözleşmesi ile bası sayısını belirlememişlerse, yayınlayanın sadece bir tek basım hakkı vardır. Yine, BK m. 379 çerçevesinde de, taraflar aksini öngörmedikleri takdirde, eserin çeviri hakkı yayınlatandadır. Çeviri hakkı da aslında eser sahibinin mali haklarından bir olan işleme hakkıdır ve böyle bir hüküm BK'da yer almasaydı bile, FSEK m. 55 de, yorum kaideleri ve "şümul" kenar başlığı ile "aksi kararlaştırılmış olmadıkça mali bir hakkın devri veya bir ruhsatın verilmesi eserin tercüme veya sair işlemelerine şamil değildir" hükmü ve m. 52'deki "mali hakların tek tek gösterilmesi" zorunluluğu karşısında taraflar açıkça işleme hakkını devir kapsamında belirlememişlerse doğal olarak bir mali hak olan işleme hakkı da yayınlatanda kalacaktı. Yine, FSEK m. 59/I de bu teorinin uzantılarından biridir. Zira, FSEK m. 59/I uyarınca, "Eser sahibi veya mirasçıları mali bir hakkı muayyen bir gaye zımnında yahut muayyen bir süre için devretmişlerse gayenin ortadan kalkması veya sürenin geçmesiyle ilgili hak, sahibine avdet eder". Diğer bir ifadeyle, yayın sözleşmesinin amacı gerçekleşince veya süre sona erince devredilen haklar eser sahibine geri döner.

C. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİNİN ŞEKLE BAĞLI OLMASI

BK ve kaynak İBK'da yayın sözleşmesinin şekline ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Bu bağlamda, yayın sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Ancak, FSEK m. 52 "mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır" hükmü gereğince, yayın sözleşmesi yazılı

[300] HIRSCH, II, 216; ARSLANLI, 170; BELGESAY, 61; FRANKO, 77; TEKİNALP, 239; ULMER, 364; SCHRICKER, 278; SCHACK, 437; HUBMANN, 57; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 89.
[301] TEKİNALP, 239.

geçerlilik şartına tabi tutulmuştur[302].

TBKT m. 493 de "yayım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır" hükmünü öngörerek, FSEK ve BK arasındaki bu uyumsuzluğu gidermeyi amaçlamaktadır.

İsviçre Hukuku'na göre ise, yayın sözleşmesi bu sözleşmenin kurulması konusundaki taraf iradelerinin dışa açıklanmasıyla birlikte kurulur. İBK, bu konuda herhangi bir şekil şartını öngörmediği için, sözleşme yazılı veya sözlü olarak kurulabileceği gibi delalet edici, kanaat verici davranışlarla da (örneğin, herhangi bir talep olmadan eser nüshasının, manüskrinin bir dergiye veya gazeteye gönderilmesi ve bu gazetenin veya derginin de bu makaleyi basması halinde) sözleşmenin kurulduğu söylenebilecektir[303].

Fransız Hukuku'nda da mali haktan yararlanma hakkını devreden sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir (Code de la Propriété Intellectuelle Loi 131-2)[304].

Alman Yayın Kanunu §9 uyarınca, yayın sözleşmesi eserin yayınlayana teslimiyle birlikte kurulmaktadır. Ancak, Alman Hukuku'nda da her koşulda sözleşmenin kurulması için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Alman Hukuku'ndaki bu hüküm de emredici nitelikte değildir. Uygulamada da çoğunlukla, yayın sözleşmesi yazılı şekilde kurulmaktadır[305].

Ancak, FSEK uyarınca yazılı şekle tabi olması gereken yayın sözleşmesi için de şekle aykırılığı ileri sürmek bir hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, bunu ileri sürmek aynı zamanda TMK m.2 uyarınca dürüstlük kuralına da aykırı olacağından şekle aykırılıktan dolayı sözleşmenin geçersiz olduğu iddiası dikkate alınmayacaktır[306].

---

[302] Yargıtay 11. HD'nin 4.12.1975 tarihli E. 75/4967, K. 75/7001 sayılı kararı için bkz. YKD, 225-226, 1977. Öte yandan FSEK 52 maddesine göre, mali haklara ilişkin sözleşme ve tasarrufların yazılı olması gerektiği, bu koşulun sıhhat şartı niteliğinde bulunduğu, Dairemizin 4.12.1975 gün, 1975/4967 - 7001 sayılı kararında vurgulandığı gibi, sıhhat vasfının "Zımni Rıza" veya "Zımni İzin" ile ortadan kaldırılamayacağı benimsenmekle ve uygulama bu doğrultuda devam etmektedir. 11. HD'nin 29.1.1999 tarih ve E. 1998/10031, K. 1999/250 sayılı bu kararı için bkz. YKD, C. 25, S. 5, 644 vd. 1999. Ayrıca bkz. HIRSCH, 1948, 230; TEKİNALP, 217; AYDINCIK Şirin, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006, 94 vd.

[303] TROLLER, Kommentar 30; PEDRAZZINI, Le Contrat d'Edition, 74; BİLGE, 271. Aynı yönde ULMER, 429; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 77.

[304] Bkz. GÜL Müge, Eser Üzerindeki Mali Hakların Devri Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, 59, dn. 224.

[305] REHBİNDER, Urheberrecht, 315; SCHACK, 453; TROLLER, Kommentar, 30; ULMER, 429; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 77. Ancak, Alman UrhG §40, emredici bir hükümle, sadece gelecekte meydana getirilecek eserlerle ilgili sözleşmeler için yazılı şekil şartını öngörmüştür.

[306] Bkz. ANTALYA O. Gökhan, "Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları", Yargıtay Dergisi, S. 3, 1992, 378 vd.

TMK'nın 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanı sağlamaktır. Hukukun her alanında uygulanma niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması yasağı, şekle aykırılığı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil etmekte olup bu buyurucu kuralın hakim tarafından resen gözetilmesi gerektiği ve bu hususun kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edilmektedir. Yargıtay 11. HD'nin 29.1.1999 tarih ve E.

D. YAYIN HAKKININ BK m. 373/I ÇERÇEVESİNDE DEVRİ

1. Genel Olarak

BK m. 373'nin incelenmesi üzerine, bu hükmün sadece, yayınlatanın devir yükümlülüğünü düzenleyen bir hüküm olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Aynı zamanda yasa koyucu, sözkonusu hükme dayanarak, sözleşmenin yapılması ile birlikte yayın hakkının devrinin de gerçekleştiğini öngörmektedir[307]. Bu bağlamda, devrin kapsamı, süresi ve etkileri yayın sözleşmesi açısından olduğu kadar, devredilen yayın hakkı açısından da önemlidir.

2. Yayın Hakkının Devrinin Kapsamı

BK m. 373/İBK m. 381 eser sahibinin haklarından, kısaca bahsetmektedir. Anılan hükümde, eser nüshalarının çoğaltılması ve yayılması ile ilgili olan her yetki, toplu bir şekilde belirtilmiştir. Bu yetkiler, sözleşme ile de öngörülmektedir[308]. Eser, çeşitli şekillerde, eser nüshaları olarak cisimleştirilerek maddi bir varlık kazanacağından, yayınlayan sadece sözleşmede belirtilen veya sözleşmenin amacından çıkarılan, çoğaltma şeklinin yapılması konusunda gerekli olan yetkiyi kazanmaktadır[309]. Örneğin müzik eserlerinde yayınlayan ya yazılı olan notalar ya da plaklar veya ses taşıyıcıları üzerine kaydedilen müzik eseri üzerindeki çoğaltma ve yayma hakkını kazanır[310]. Ancak yayınlatan sözleşme ile devredilen yetkinin, sadece sınırlı bir kullanım konusu yapılması konusunda, (örneğin eser nüshalarının sadece renkli baskısının yapılması veya sadece siyah beyaz baskısının yapılması gibi) yayınlayanı borçlandırıcı bir yüküm altına sokabilir. Eğer yayınlatan, eser üzerinde sahip olduğu herhangi bir yetkiyi tüm kapsamıyla tanımak, devretmek istemiyorsa, o zaman bunun yerine sınırlı bir kullanım imkanı sağlayan inhisari lisans verme yolunu da seçebilir[311].

Çoğaltma ve yaymayla ilgili olmayan ek yetkiler, örneğin tercüme, diğer bir ifadeyle

---

1998/10031, K. 1999/250 sayılı kararı için bkz. YKD, C. 25, S.5, 1999, 644-647.

[307] Maddenin Fransızca metninde bu yorum çok daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. HILTY, Immaterial, 537.

[308] TROLLER, Kommentar, 32.

[309] BGE 101 II 106.

[310] Ancak, eser sahibi her cisimleştirilen ve maddi bir varlık kazanan eserin sadece cisimleştirilmiş bir şekli (örneğin görsel olarak baskısı yapılmış, veya işitsel olarak ses taşıyıcılarına kaydedilmiş veya somutlaşmış üç boyutlu eserlerin), üzerindeki sadece tek bir yetki hakkında tasarruf edebileceğinden, cisimleştirme şeklinin kendi içinde bölünmesi (örneğin, resimli eserlerin renkli veya siyah beyaz olarak çoğaltılması) mümkün değildir TROLLER, 32.

[311] Ancak lisans sözleşmesinde, lisans veren sadece lisans konusu üzerindeki inhisari hakkını ileri sürmeme yükümlülüğü altındadır. TROLLER, Kommentar, 32.

işleme hakkı, temsil yetkisi veya radyo ile yayın yetkisi bu kapsam içinde değerlendirilemezler[312].

Yayınlayanın, asli edim borçları olan çoğaltma ve yayma borçları, kendisinin yayın sözleşmesi uyarınca yükümlülük altına girmesinden kaynaklanmakta ve taraflar arasında borçlandırıcı bir etkiye sahip olmaktadır. Ancak, yayınlayanın çoğaltma ve yayma yükümüyle birlikte üstlendiği ekonomik riziko (eser nüshalarının üretilmesi, dağıtılması ve her zaman olmasa da telif ücreti ödeme borcu) dikkate alındığında, yayınlayanın hukuki durumunun, sadece yayınlatana karşı ileri sürülebilen borçlandırıcı etkilerin düzeyini de aşan bir şekilde kuvvetlendirilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, hukuk politikası yayınlayanın taşıdığı bu büyük ölçekli yatırım rizikosunu yayın konusu eser üzerindeki telif hakkının bir kısmının yayınlayana devredilmesiyle elimine etme, yok etme yolunu seçmiştir. Böylece, yayınlayan kendisine devredilen telif hakkı ile hukuki durumunu güçlendirecek bir mutlak hak[313] kazanmakta ve eser üzerinde kazanmış olduğu bu inhisari hakimiyet ile eserin, yayınlatan da dahil olmak üzere üçüncü kişiler tarafından yayınlanmasına engel olmaktadır[314].

Ancak yayınlayanı, belirtilen ekonomik rizikoya karşı "koruma amacına" ulaşmak için, telif hakkının tüm kapsamıyla yayınlayana devredilmesi gerekli değildir. Üstelik devir, telif hakkının sadece malvarlığına ilişkin kısmı ile sınırlandırılmıştır[315]. Başka bir deyişle,

---

[312] TROLLER, Kommentar, 32.

[313] Bkz. BUCHER, 218; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 60; PEDRAZZINI, Le Contrat d'Edition, 71; GUHL, 541; ULMER, 441-442; HILTY, Immaterial, 538; SCHRICKER, 272; TROLLER, Kommentar, 32; REHBİNDER, Urheberrecht, 326; STRAUS, 312; KNAAK, 267; MÖHRİNG/ NİCCOLİNİ, 83.
Alman Hukuku'nda telif hakkının devri mümkün olmadığı için, tanınan bu yararlanma hakkına da "mutlak yararlanma hakkı" nitelendirmesi yapılmaktadır. Bkz. SCHRICKER, 272.

[314] PEDRAZZINI, Le Contrat d'Edition, 71; BUCHER, 218; HILTY, Immaterial, 538; GUHL, 541; ULMER, 441-442; TROLLER, Kommentar, 32; REHBİNDER, Urheberrecht, 326; STRAUS, 312; KNAAK, 267; MÖHRİNG/ NİCCOLİNİ, 83; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 60; SCHRICKER, 272. Oysa lisans hakkı sahibi üçüncü kişilere karşı etkili olacak böyle bir hakka sahip değildir. O, ancak bu hakkı kullanmaya yetkili olan kişiye (yayınlatana) başvurabilir. HILTY, Immaterial, 538.

[315] Eser sahibinin hakları manevi ve mali haklar olarak iki bölüme ayrılır. Bu haklar, hem eserin bütününü hem de parçalarını kapsar. Eser sahipliği haklarının tek bir grup olarak mütalaa edilmesi veya manevi ve mali haklar şeklinde ikiye ayrılması teorik bir temele dayanır. FSEK, çift cephe teorisini kabul etmiştir. Bu bağlamda, eser sahibinin manevi hakları(yetkileri) şunlardır: Eseri umuma arz yetkisi (FSEK m. 14), adın belirtilmesi yetkisi, yani eser sahibi olarak tanıtılma hakkı (FSEK m. 15/I), eserde değişiklik yapılmasını menetmek yetkisi (FSEK m. 16 ve m. 17/I), eser sahibinin zilyet ve malike karşı hakları, yani sahibinin eserin aslına (orjinaline) varma hakkı (FSEK m. 17/II). Eser sahibinin manevi hakları sınırlı sayıdadır, mirasa konu olamazlar ve devredilemezler. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, 150 vd.; EREL, 100 vd.
Manevi haklar, FSEK'in kullandığı bir kavram olup, kökeni Fransız Hukuku'ndaki "droit moral" terimidir. Alman ve İsviçre hukukları ise, ""Urheberpersönlichkeitsrecht", yani eser sahibinin kişilik hakları kavramını kullanmaktadırlar. Ancak, bu başlık altında incelenen hakların manevi haklar olduğu kabul edilmektedir. Bkz. TEKİNALP, 151; HILTY, Immaterial, 521, 539; PEDRAZZINI, 569; REHBİNDER, Schweiz, 129 vd.; MAUR, Swiss Intellectual Property Law, 12-13.; ULMER, 113 vd.; SCHRICKER, 27-28; REHBİNDER, Urheberrecht, N. 235; JANN, 13.
Eser sahibinin mali hakları ise, işleme hakkı (FSEK m. 21), çoğaltma hakkı (FSEK m. 22), yayma hakkı (FSEK m. 23), kiralama ve kamuya ödünç verme hakkı, temsil hakkı (FSEK m. 24), işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla iletim hakkı (FSEK m. 25), pay alma (izleme) hakkı, radyo-televizyon gibi araçlarla yayınlanan ve/veya iletilen fikir ve sanat eserlerine ilişkin ödemelere dair hak (FSEK m. 43/I). Mali

yayınlayanı koruma düşüncesi, telif hakkının devredilebilir nitelikteki malvarlığı kısmının sınırlanmadan, tüm kapsamıyla yayınlayana geçirilmesini gerektirmemektedir ki, BK m. 373/I ve İBK m. 381/I ile bu sorun yukarıda da belirtildiği üzere yasal bir çözüme kavuşmuştur: "Amacın Gerektirdiği Ölçüde Geçirme Teorisi".

BK m. 373/I aslında temelde, yayın sözleşmesi açısından hukuki devrin kapsamının belirlenmesi ilkesini sözleşmenin amacına dayanarak, pozitif bir hükümle düzenlemiştir[316]. BK m. 373/I, bu konuda bir karine öngörmektedir[317]. Bu bağlamda devrin kapsamı, yayınlayanın yayın sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını yerine getirebilmek için gerekli olan haklarla sınırlıdır. Aksi kararlaştırılmamışsa, yayınlayan sadece asli ve yan edim yükümlülüklerinin ifası için gerekli olan hakları kazanmaktadır ki, bu haklar da normal şartlar altında çoğaltma ve yayma haklarıdır[318]. Dolayısıyla, yukarıda da belirtildiği üzere, yayın sözleşmesi açısından mali hakların tümünün devri gerekli değildir. Sözleşmenin amacı doğrultusunda devredilmesi gereken hakların çerçevesi ve sınırları çizilirken, aslında Alman Hukuku'nda "sübjektif yayın hakkı"na atıf yapılmakta ve sübjektif yayın hakkı olarak nitelendirilen yayın hakkının tanınmasının, İsviçre Hukuku açısından da yeterli olduğu kabul edilmektedir[319]. Sübjektif ve objektif yayın hakkı Alman Hukuku'nda ortaya atılan ve geliştirilen ayrımlardır. Sübjektif yayın hakkı, yayınlayanın, yayın sözleşmesi ve kendisine devredilen yayın hakkına dayanarak kazandığı eser üzerindeki mutlak hakların tümü (sözleşmenin amacı çerçevesinde çoğaltma ve yayma yetkileri), yayınlayanın eser üzerindeki hakimiyetidir. Diğer bir ifadeyle, sübjektif yayın hakkı, telif hakkından koparılan yararlanma

---

haklar da, sınırlı sayıdadır. Ancak, mali haklar birbirlerine bağlı olmadıkları, yani bağımsız oldukları gibi, manevi haklardan farklı olarak, mirasa ve hukuki işlemlere konu olabilirler. Aytıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, 150, 169 vd.; EREL, 115 vd.

Bazı ülkeler, telif hakkının devri yerine, telif hakkı üzerinde sadece yararlanma hakları tanırlar. Böylece, telif hakkı, tanınan bu yararlanma hakları ile yükümlü hale gelmektedir. Bu çözüm şekli, Almanya gibi telif hakkının ayrılamayacağını kabul eden Monist teorinin bir uzantısıdır. Bu teori, eserin yaratılmasıyla birlikte oluşan eserle ilgili yetkilerin bütün olarak eser sahibinde toplanmasıyla ortaya çıkan tek birlik özelliğinden çıkmaktadır. Zira, bu yetkilerin her biri, her ne kadar bazen biri bazen diğeri ağır bassa da, manevi ve maddi unsurlar, bileşenler olarak, ayrılamaz bir şekilde birbirlerine bağlıdırlar. Bu doğrultuda, telif hakkının malvarlığı hakları ve manevi yetkiler olarak ikiye ayrılması mümkün değildir. Monist teori 09.09.1965 tarihli Alman Eser Sahipleri Hakları ve Komşu Koruyucu Haklar Hakkında Kanunda da (UrhG), yerini almıştır. Almanya'da savunulan bu teorinin kabul edilmesinin sonucu olarak da, telif hakkı bir bütün olarak devredilemez, sadece üçüncü kişilere mutlak etkili yararlanma hakları tanınabilir. Buna karşılık dualist teori uyarınca, telif hakkı yukarıda da belirtildiği üzere, "droit moral" olarak da nitelendirilen kişilik hakları benzeri manevi haklar ve malvarlığı haklarından oluşmaktadır. Dolayısıyla söz konusu malvarlığı hakları, yayın sözleşmesinde olduğu gibi telif hakkından ayrılarak veya koparılarak, devredilebilir. Dualist teoriye İsviçre'de 1992 yılında yapılan revizyondan sonra da, Fransa gibi bir çok ülkede de olduğu gibi, sadık kalınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. PEDRAZZINI, 569; REHBİNDER, Schweiz, 129 vd.; MAUR, Swiss Intellectual Property Law, 12-13.; HILTY, Immaterial, 521 vd.; JANN, 13. Monist teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ULMER, 113 vd.; SCHRICKER, 27-28.

[316] PEDRAZZINI, 574.

[317] HILTY, Immaterial, 539.

[318] PEDRAZZINI, 575; HILTY, Basler, 2076.

[319] HILTY, Basler, 2076; HILTY, Immaterial, 540.

hakkıdır. Bu hakkın içeriği, yayınlayana tanınan çoğaltma ve yayma haklarından oluşmaktadır. Objektif anlamda yayın hakkı ise, AYK'da eser sahibi veya hukuki halefleri (yayınlatan) ile yayınlayan arasındaki ilişkileri düzenleyen normlardan oluşmaktadır[320]. Sübjektif yayın hakkı, yukarıda da bahsedildiği gibi hak sahibine kullanım imkanı sağlarken, üçüncü kişilerin, yayınlatan da dahil olmak üzere yayın konusu eserden yararlanma eylemlerini -çoğaltma ve yayma- yasaklama ve buna bağlı olarak ortaya çıkan telif hakkı ihlallerini de bağımsız olarak önleme yetkisi vermektedir[321].

Ancak, bu ayrımlar İsviçre Hukuku için büyük bir anlam taşımamaktadır. Zira, İsviçre ve Türk Hukukunda, telif hakkının bir bölümünün devri söz konusu olmaktadır[322].

Amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisi uygulamada ancak, taraflar arasında telif hakkının kapsamıyla ilgili bir konuda anlaşmanın eksik olması halinde gündeme gelecektir[323]. ki, o da FSEK çerçevesinde mümkün değildir. Zira, FSEK m. 52, tüm mali hakların tek tek belirtilmesini öngörmektedir.

Yayın hukuku uygulamasında, yayınlayan çoğunlukla hakların toplu olarak devrini talep ettiğinden, BK m. 373/I'in çok pratik bir önemi yoktur. Aslında eser sahibinin, mali haklarını bir bütün olarak yayınlayana devretmesi ne genel olarak kişilik haklarına, ne de telif hakkına aykırılık teşkil eder. Zira, aslında bir anlamda devrin karşı edimi yayınlayanın yayın faaliyetidir ki, buna çoğunlukla yayınlatana ödenen telif ücreti de eklenmektedir[324]. Yine uygulamada, telif hakkı sadece kapsam açısından değil süre açısından da belirli bir sınırlandırmaya tabi olmadan devredilmektedir. Bu süre genellikle eserin koruma süresi kadardır[325].

3. Yayın Hakkının Devrinin Süresi

Devir, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte gerçekleşmekte ve etkilerini doğurmaktadır. Ancak devir anından sonra yayınlayan, devredilen haklar üzerinde tasarrufta bulunabilme yetkisini de kazanmaktadır. Bu, BK m. 373/I'den dolaylı olarak çıkarılmaktadır. Aynı

---

[320] Aytıntılı bilgi için bkz. SCHRICKER, 109, 110, 275 vd.; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 169-175; ULMER, 441-447.TROLLER, II, 900; PEDRAZZINI, 575; HILTY, Immaterial, 540.

[321] HILTY, Immaterial, 540; SCHRICKER, 275 vd.; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 169-175; ULMER, 441-447.

[322] PEDRAZZINI, 576.

[323] HILTY, Immaterial, 540.

[324] HILTY, Immaterial, 540.

[325] HILTY, Immaterial, 546; ULMER, 470; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 204; REHBİNDER, Urheberrecht, 333; SCHRICKER, 539; HUBMANN, 245; ALLFELD Philip, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst, Kommentar, München 1928, 141; KNAAK, 282.

zamanda, yayınlatan da sözleşmenin kurulması anında ilgili haklar üzerinde tasarrufta bulunmak zorundadır. Ancak, yayınlatanın eseri yayınlayana teslim etme borcunun yayın hakkının devredilmesiyle hiçbir ilgisi yoktur. Buna paralel olarak da eserin teslim edilmesine, telif hakkı açısından hiç bir hukuki sonuç bağlanmamıştır[326].

Sözleşmeyle yayınlayana çoğaltma ve yayma yetkilerinin izin verildiği süre boyunca, bu yetkiler yayınlayanda kalmaya devam edecektir. Dolayısıyla, sözleşmenin sona ermesine kadar yayınlayan bu yetkilerin sahibi olacaktır[327].

Her ne kadar BK m. 373/I ve BK m. 381/I'de açıkça söz edilmese de, maddenin ruhundan, sözleşmenin sona ermesiyle birlikte bu yetkilerin de tekrar yayınlatana geri döndüğü sonucu çıkmaktadır. Tıpkı devir, nasıl taraflar arasında yapılan açık bir devir işlemiyle değil de yasa yoluyla gerçekleşip devreye giriyorsa, geri dönme de aynı şekilde, bir devir işleminin yapılması sonucu değil, yasa gücü ile meydana gelmektedir[328].

Yayınlayan, sözleşme süresi boyunca, yayınlatanın mutlak haklarını kısıtlayan inhisari kullanma yetkileri kazanmaktadır. Sözleşme süresi sona erdiğinde, bu haklar ve yetkiler de ortadan kalkmaktadır[329].

Bu bağlamda, BK ve İBK, tıpkı devrin kapsamı gibi, hak devrinin süresini, zaman açısından da sınırlamıştır. Zira, yayınlayana devredilen haklar en geç sözleşmenin sona ermesine kadar gereklidir. Özellikle, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece sadece bir basıya yetkili olduğu için bu ilk basının tükenmesiyle birlikte yayın hakkı da sona erecektir[330].

Özetle yayınlayan, sözleşmenin yerine getirilmesi için kendisine devredilen bu haklara artık gerek duymadığı anda, söz konusu haklar yasa gereği tekrar yayınlatana geri dönmektedir[331].

---

[326] HILTY, Immaterial, 544; HILTY, Basler, 2077; PEDRAZZINI, 575.

[327] TROLLER, Kommentar, 32.

[328] Yararlanma haklarının kurucu olarak tanınması hali, hukuk dogmatiği tarafından kompleks bir yapıya sahip olan bu durumdan ayrılmaktadırlar. TROLLER, Kommentar, 32-33. Aynı görüş için bkz. PEDRAZZINI-, 575; HILTY, Basler, 2077; HILTY, 545.

[329] TROLLER, Kommentar, 33. Ayrıca bkz. PEDRAZZINI, 575; HILTY, Basler, 2077; HILTY, Immaterial, 545; TEKİNALP, 246 vd.; TROLLER, II, 908-909; ULMER, 470; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 202-203; REHBİNDER, Urheberrecht, 333; SCHACK, 460; SCHRICKER, 543; REHBİNDER, Schweiz, 173.

[330] HILTY, Basler, 2077; PEDRAZZINI, 575; HILTY, Immaterial, 545; REHBİNDER, Urheberrecht, 333; SCHACK, 460; TROLLER, II, 909, RINTELEN, 412; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 202 vd.; ULMER, 470; SCHRICKER, 543.

[331] PEDRAZZINI, 575. Ayrıca bkz. TEKİNALP, 246; TROLLER, II, 909, TROLLER, Kommentar, 45; HILTY, Basler, 2102; PEDRAZZINI, 595; HILTY, Immaterial, 570; RINTELEN, 412; SCHRICKER, 418. Yayınlayan sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etse dahi, sözleşme devam ettiği sürece yayın hakkının, şüphe halinde yayınlatana geri dönmediği kabul edilmelidir. Bu şartlar altında yayınlatan ancak sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle birlikte, hakların etkili olarak kullanabilecektir. HILTY, Basler, 2077; HILTY, 545.

4. Yayın Hakkının Devrinin Etkisi

Devirle birlikte eser nüshalarının hazırlanması ve tamamlanması için gerekli olan çoğaltma hakkı ile birlikte bu nüshaların dağıtımı için gerekli olan yayma yetkisi de yayınlayana geçmektedir. Yayınlayan, bu kapsamda eser sahibinin veya haleflerinin yerine geçmektedir. BK m. 373/I ve İBK m. 381/I, bu anlamda her türlü şüpheyi ortadan kaldırmaktadır. Zira yayınlayan, sadece üçüncü kişilerin değil, aynı zamanda eser sahibinin ve haleflerinin de eseri kullanmasını ve eserden yararlanmasını (çoğaltma ve yayma yetkilerini) yasaklayabilmektedir. Yayınlatan, sözleşmenin devamı süresince, üçüncü kişilere karşı eser üzerindeki mutlak hak çerçevesinde sahip olduğu yetkileri ileri süremeyecektir. Zira, yayınlatan da artık devirden dolayı yetkili hak sahibi değildir[332]. Yayınlayan aynı zamanda eserin kullanılmasıyla korsan baskı veya çalınmış kopyaların satılması gibi telif hakkı ihlali teşkil edecek faaliyetleri de takip etmeye yetkilidir[333].

Buna karşılık yayınlayan, sözleşmeye ve bununla bağlantılı olan yasal yetki devrine dayanarak, eser üzerinde bir inhisari hakimiyet kazanmaktadır. Ancak yayınlayan, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı takdirde, bu yetkiler üzerinde aynı zamanda tasarruf etme hakkını kazanamaz. Dolayısıyla yayınlayan kazanmış olduğu bu yetkileri başka birine devredemeyecektir[334].

Devrin kapsamının belirlenmesi açısından, yayınlayanın yararlanma ve yasaklama yetkileri de birbirinden ayrılmalıdır. Yasaklama yetkileri, yararlanma yetkilerine göre daha geniştir. Yayınlayan, eseri ancak sözleşmede öngörüldüğü şekilde kullanabilir. Zira, BK m. 373/ İBK m. 381, sadece sözleşmede öngörülen çerçevede veya kapsamda, bu hakların ve yetkilerin devrine izin vermektedir.

Dolayısıyla, yasaklama yetkisi, sözleşmeyle tanınan yararlanma yetkilerinin türüne bağlıdır. Yasaklamanın içeriği, eserin sadece değiştirilmemiş halini değil, aynı zamanda değiştirilmiş halini de kapsar[335]. Başka bir deyişle, her ne kadar yayınlayan eseri ancak sözleşmede öngörüldüğü şekilde kullanma yetkisine sahip olsa da, yayınlayan belirli şartlar

---

[332] TROLLER, Kommentar, 33; HILTY, Basler, 2076; PEDRAZZINI, 576.

[333] PEDRAZZINI, 576; HILTY, Basler, 2076; HILTY, Immaterial, 540.

[334] TROLLER, Kommentar, 33; PEDRAZZINI, 576; HILTY, Basler, 2073. Yayınlayan bu konuda sadece sözleşmesel bir yükümlülük altında değildir, ayrıca FSEK uyarınca da bu devir kural olarak mümkün de değildir. Ancak, yayınlayanın bu faaliyeti bizzat yerine getirmek zorunda olup olmaması sorunu bu konuya dahil değildir. Ayrıca bkz. TROLLER, Kommentar, 33; HILTY, Basler, 2073.

[335] TROLLER'e göre, örneğin bir romanın bir gençlik kitabı haline getirilmesi veya bir müzik eserinin sözlerinin yazılarak kullanılmasında olduğu gibi, eserin toplu bir eser içinde yayınlanması veya eser parçalarının kamuya sunulması gibi eserin farklı bir tarzda kullanılması da, yayınlayanın yasaklama yetkileri kapsamındadır.TROLLER, Kommentar, 33.

altında, eserin değiştirilmiş şeklinin kullanılmasını dahi engelleme yetkisine sahiptir[336]. Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, yayınlayanın yasaklama yetkisi, sözleşmede tanınan yararlanma yetkisinin türüne bağlanmıştır[337]. Bu çerçevede yayınlayan, sadece kendisine tanınan bu yararlanma yetkisi ile ilişkili kullanımları engelleyebilir.

Yayınlayanın, yayın sözleşmesi dolayısıyla sahip olduğu bu yetkiler, aynı zamanda "yayın hakkının olumlu ve olumsuz tarafları" şeklinde de nitelendirilmektedir. Zira, her mutlak hak gibi yayın hakkının da olumlu ve olumsuz tarafları vardır[338]. Yayın hakkının birincil, olumlu çekirdeği veya özü, yayın sözleşmesi ile yayınlayana bırakılmış olan yayın konusu eserin çoğaltılması ve yayılması için gerekli olan yetkileri, yani çoğaltma ve yayma yetkilerini kapsar. İşte, yayınlayana tanınan bu olumlu yetkilerin korunması için aynı zamanda, kendisine, ileri sürüldüğü takdirde herkese karşı etkili olabilecek olan olumsuz bir "yasaklama" yetkisi de tanınmıştır. Bu yasaklama yetkisine yayınlayan da sahip olduğundan, yayınlayan bu hakkını doğrudan kullanabilecektir. Ayrıca, yayınlatanın katılımına veya onayına ihtiyacı yoktur. Bu durum, yayın hakkının mutlak etkili bir yapıya sahip olmasının bir sonucudur[339].

Yayın hakkının olumlu ve olumsuz tarafları, koruma konusu eserin türünden, eserin korunacağı yöntemlere kadar olan konularda yan yana yer alırlar. Doktrinde, yayın hakkının içeriği ve kapsamı açısından kısa, fakat özet bir formül öngörülmektedir: "Yayınlayanın, yayın hakkına dayanarak, üçüncü kişilere veya yayınlatana karşı yasaklayabilecekleri, kendisinin yapmaya yetkili olduklarından, daha fazladır"[340].

§ 2. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN ESERİN DEĞİŞİK AÇILARDAN KULLANILMASINI KONU ALAN DİĞER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. GENEL OLARAK

Yayın sözleşmesi, eserin yayınlayan tarafından kullanılmasını konu alır. Yayınlayana eser nüshalarının teslim edilmesi bu kullanım için bir hazırlık faaliyetinden ibarettir.

---

[336] PEDRAZZINI, 576.

[337] Örneğin işleme hakkı, her ne kadar telif hakkına bağlı olarak oluşsa da, yayınlayan yasaklama yetkisine dayanarak bir eserin işlenmesini engelleyemez. TROLLER, Kommentar, 33-34.

[338] ULMER, 444; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 176; SCHRICKER, 300.

[339] SCHRICKER, 300-301; ULMER, 444; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 176.

[340] Bkz. SCHRICKER, 301; TROLLER, Kommentar, 34; HILTY, Basler, 2077; ULMER, 444; PEDRAZZINI, 576.

Yayınlayanın eseri çoğaltması ve yayması eser hakkında sözkonusu olabilecek kullanım olanaklarından sadece ikisidir[341].

Yayın sözleşmesinin konusu eserin çoğaltılması ve yayılmasıdır. O halde yayın sözleşmesi eserin çok sayıda nüshada cisimleştirilmesi ve piyasaya sokulmasını konu alır. Eserin piyasaya dahil olması, eserin sunumu, satımı ve hatta müzik eserlerini konu alan yayın sözleşmelerinde kiralanması gibi değişik olanaklarla gerçekleşebilir[342].

Eserin istenilen sıklıkta ve defalarca algılanabilmesini mümkün kılmak amacıyla bir maddi nesne ile bütünleştirilmesi ve böylelikle sürekli olarak cisimleştirilerek varlık kazanması, yayın yoluyla kullanmayı diğer kullanım biçimlerinden ayırır (Temsil, görüntülü yayın, sahneleme vb.). Eser nüshalarının meydana gelmesiyle birlikte cisimleşmiş eser ile fikri hakların bağlantılı olması ve bir eşya niteliğindeki cisimleşmiş eser üzerinde mevcut mülkiyet hakkı dikkate alındığında çok değişik menfaat ihlalleri ortaya çıkmaktadır. Bu tür menfaat uyuşmazlıkları eserin sürekli olarak cisimleşmediği temsil, görüntülü yayın gibi yollarla algılandığı olasılıklarda ortaya çıkmaz[343].

II. LİSANS SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

FSEK m. 48/II, eser üzerindeki mali hakların, devredenin malvarlığından tamamen çıkmadan, devralana sadece o hakkın kullanılması yetkisinin tanınması olasılığını ve olanağını da düzenlemiştir. FSEK m. 48/II, "mali hakları sadece kullanma selahiyetinin diğer bir kimseye bırakılmasını" "ruhsat" olarak nitelendirmiştir. Anılan maddede kullanılan ruhsat terimi ile "lisans" ifade edilmek istenmiştir. FSEK m. 56 uyarınca, ruhsat basit olabileceği gibi tam ruhsat, yani inhisari lisans şeklinde de olabilir[344].

Yayınlayan yayın sözleşmesi ile eseri çoğaltmak ve yaymak yoluyla kullanmak konusunda mutlak bir olanak elde eder. Bu olanak sözleşmenin yerine getirilmesi için zorunludur. Bu bağlamda, sözleşme ile güdülen amacın gerçekleştirilebilmesi için yayınlayan, sözleşme ilişkisinin devamı sırasında, sözleşmede kararlaştırılan ve aslında eser sahibine ait olan yetkileri (eserin orjinal dilinde çoğaltılıp, yayılması, bununla bağlantılı olarak tercüme ve tercüme edilmiş eseri çoğaltma ve yayma gibi yetkileri) sözleşmede belirlenen ülkelerde

[341] Diğer kullanım olanakları: Eserin bir konferans ya da sempozyum yoluyla kamuya sunulması, temsil, görüntülü yayın yapmak, işlemedir. TROLLER, Kommentar, 15.
[342] TROLLER, Kommentar, 15.
[343] TROLLER, Kommentar, 15.
[344] FSEK m. 56/I uyarınca, "Ruhsat, mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine mani değilse (basit ruhsat), yalnız bir kimseye mahsus olduğu takdirde (tam ruhsat)tır". "Kanun veya sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça her ruhsat basit sayılır" (FSEK m. 56/II). Basit ruhsatlar hakkında hasılat kirasına, tam ruhsatlar hakkında intifa hakkına dair hükümler uygulanır (FSEK m. 56/III).

kullanma olanağını elde eder. Böylece, anılan yetkiler bakımından söz konusu ülkelerde adeta eser sahibinin yerine geçmiş, onun rolünü oynamaktadır. Buna karşılık, lisans sözleşmesi, ister inhisari ister basit lisansı konu alsın, yayın sözleşmesinden şu şekilde ayrılır: Lisans alan, sadece lisans sözleşmesinde belirlenen çerçevede eserden yararlanabilir ve lisans verenin bu yararlanmaya katlanmasını ondan talep edebilir. İnhisari lisans sözleşmesinde lisans veren, lisans alana tanıdığı yararlanma olanağını başkasına tanımamak, hatta kendisi dahi eserden lisans alanın hakkını ihlal edecek şekilde yararlanmamak durumundadır[345]. Ancak, lisans alanın üçüncü kişiler karşısında etkili olacak şekilde inhisari bir yetki elde edip etmediği tartışmalıdır[346].

Lisans sözleşmeleri temelde yayın sözleşmesinden ayrılsa da, çoğunlukla yayın sözleşmesi ile karıştırılır. Bu durum, genellikle lisans sözleşmesi ve yayın sözleşmesi tanımlarının lafzından kaynaklanmaktadır. Zira, lisans sözleşmesi ile lisans veren de tıpkı yayınlatan gibi sözleşmenin karşı tarafına bir eseri kullanması için bırakmaktadır[347]. Bu anlamda, yayın sözleşmesi ile lisans sözleşmesinin amaçları da birbirine benzemektedir[348]. Ancak, yayın sözleşmesi ile fikri hakkın bir bölümü fikri haktan ayrılarak yayınlayana devredilmekte ve buna ilave olarak yayınlayana çoğaltma ve yayma yükümlülüğü getirilmektedir. Oysa, lisans veren lisans sözleşmesiyle, sadece lisans alanın eseri sözleşmeye uygun şekilde kullanmasına izin verme konusunda bir yükümlülük altına girmektedir[349].

Lisans sözleşmesi ile lisans alan, lisans verende kalan mutlak hakkın sadece kullanılması konusunda borçlandırıcı talep hakkı kazanır. Buna karşılık yayınlayan, yayın

---

[345] TROLLER, Kommentar, 15; RINTELEN, 260; LÜDİN Frank, Das Erlöschen des Verlagsrecht nach schweizerischem Urheber und Obligationenrecht, Liestal 1950, 64.

[346] Bunun sebebi lisans sözleşmesinin niteliğinin tartışmalı olmasıdır. Tartışma, lisans sözleşmesinin bir tasarruf işlemi mi yoksa borçlanma işlemi mi olduğu konusunda çıkmıştır. Zira, Türk Hukukunda ARSLANLI, EREL ve TEKİNALP lisans sözleşmesini, alacağın temlikinde olduğu gibi tasarruf işlemi olarak kabul etmektedirler. ARSLANLI, 175; EREL, 263; TEKİNALP, 219. Buna karşılık AYİTER, bugün İsviçre Hukuku'nda da baskın olan görüş uyarınca, lisans sözleşmesinin sadece bir borç ilişkisi doğurduğunu ve bu sözleşmenin lisans alana eser üzerinde mutlak bir hak sağlamadığı görüşündedir. Dolayısıyla bu görüşü benimseyenler, lisans alanın hakkının nisbi bir hak olduğundan dolayı, bu hakka bir tecavüz halinde lisans alanın dava açma hakkının bulunmadığını belirtmektedirler. Bkz. AYİTER, 211 vd.; TROLER, II, 833; TROLLER, Kommentar, 15; HILTY, Basler, 2068; PEDRAZZINI, 559.
Gerek Alman, gerekse İsviçre Hukuku'nda basit lisansın nisbi bir hak verdiği, dolayısıyla borçlandırıcı bir etkiye sahip olduğu tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Tartışma, inhisari lisanslarda ortaya çıkmaktadır. Alman Hukuku'nda baskın görüş inhisari lisansları tasarruf işlemi olarak nitelendirmekte ve bu anlamda lisansın ayni veya ayni hak benzeri bir hak olduğu kabul edilmektedir. (Bkz. SCHRICKER, 510 vd.) Buna karşılık, İsviçre Hukuku'nda baskın görüş lisansın ister inhisari ister basit olsun her zaman borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Bu tartışmalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, 18 vd.; AYDINCIK, 84 vd.

[347] TROLLER, II, 803; PEDRAZZINI, 559; LANGE Peter Hans, Der Lizenzvertrag im Verlagswesen, Bern 1979, 58-61.

[348] HILTY, Lizenzvertragsrecht, 583.

[349] TROLLER, II, 833.

sözleşmesi ile eser üzerinde oluşmuş olan telif hakkının en azından bir bölümü olan yayın hakkını kazanmaktadır ki, işte bu özelliği ile yayınlayan adeta yayınlatanın yerine geçmektedir[350].

Bu bağlamda, mali hakkın, daha doğru bir ifadeyle yayın hakkının devrini konu alan yayın sözleşmesi ile hakkın sadece kullanılmasının bırakılmasını konu alan lisans sözleşmelerindeki en önemli farklılık, yayın sözleşmesi ile yayın hakkının yayınlatanın malvarlığından çıkarak yayınlayanın malvarlığına geçmesi, buna karşılık lisans sözleşmesi ile mali hakkın özünün hala lisans verenin malvarlığında kalması, lisans alanın sadece kullanma yetkisini kazanmasıdır[351]. Eserin geçici, kısa süreli amaçlarla kullanılmak istenmesi halinde, mali hakkın devri gibi bir tasarruf işlemi yerine, kullanma yetkisi tanımak eser sahibinin çıkarlarına daha uygun bir çözümdür[352]. Örneğin işleme hakkının eserin her türlü işlenmesini kapsar şekilde devri yerine, çeviri yetkisi A'ya, filme alma yetkisi B'ye verilebilir[353].

Yayın sözleşmesinin konusunu ilim ve edebiyat eserleri oluştururken, lisans sözleşmesi çeşitli eserlerin her türlü kullanımını konu alabilir. Bu anlamda, temsil izni verilmesi (temsil lisansı) veya filme çekme lisansları da lisans sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Yine yayınlayanın yükümlülükleriyle, lisans alanın yükümlülükleri de birbirinden farklıdır[354]. Zira, yayın sözleşmesinin tanımı yayınlayanın çoğaltma ve yayma yükümlülüğü şeklinde karakterize edilirken, lisans sözleşmesinin tanımı için lisans alanın böyle bir yükümlülüğü karakteristik edim değildir. Ancak, lisans sözleşmesinde de lisans alanın asli edim yükümlülüğü genellikle lisans bedelinin ödenmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır[355]. Lisans alan da, yayın sözleşmesinde olduğu gibi eserden yararlanma yükümlülüğü altında olabilir, ancak şüphe halinde lisans alanın bu yükümlülük altında olup olmadığı tartışmalıdır[356].

---

[350] HILTY, Basler, 2068.

[351] Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, 215, 219; AYİTER, 210-213; EREL, 260; ARKAN Sabih, Marka Hukuku, C. II, Ankara 1998, 198 vd.; ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004, 279.

[352] AYİTER, 212; EREL, 260 Çoğunlukla yayınlayan, yayınlatan tarafından kendisine devredilen yayın hakkını devretmeden sadece basit veya inhisari bir lisans hakkı tanıyarak, yayın faaliyetini yerine getirebilir. Eğer işlemin başından beri tanınan hakta mutlak hak olan yayın hakkı eksikse, çoğaltma ve yayma hakkının tanınması sadece borçlandırıcı bir etkiye sahiptir. HILTY, Basler, 2068.

[353] Yine, eser sahibi eserin Ankara'daki temsilleri için A, İstanbul'daki temsilleri için B ile anlaşmış olabilir., EREL, 261.

[354] Bkz. TROLLER, II, 833; PEDRAZZINI, 559; SCHRICKER, 506; OKTAY, 143 vd.; LANGE, 60; HABERSTUMPF, Handbuch der Urheberrechts, 221; AYİTER, 212; EREL, 260-261; AYDINCIK, 93.

[355] PEDRAZZINI, 559; BUCHER, 216. Ayrıca bkz. SCHRICKER, 506; TROLLER, II, 770 vd.; OKTAY, 143 vd.; LANGE, 60; HABERSTUMPF, Handbuch der Urheberrechts, 221; AYDINCIK, 93; YILMAZ Canan, Marka Lisans Sözleşmeleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001, 93; ARKAN, C.II, 199.

[356] TROLLER, şüphe halinde lisans alanın böyle bir yükümlülük altında olduğunun kabul edilemeyeceğini ileri sürerken, AYİTER, şüphe halinde kullanma yükümlülüğünün kabul edilmesi gerektiğini benimsemektedir.; Bkz. TROLLER, II, 833; AYİTER, 212. Kanaatimizce, sonuç lisansın basit veya inhisari bir lisans olup

Bu çerçevede, lisans sözleşmesi ile taraflar, lisans alanın çoğaltma ve yayma yükümlülüğünü de kararlaştırmışsalar, işte o zaman lisans sözleşmesi ile yayın sözleşmesi arasında kesin bir sınır çizme sorunu gündeme gelmektedir. Zira, bu yükümlülük yukarıda da belirtildiği üzere yayın sözleşmesinin hukuki niteliğini, diğer bir ifadeyle sözleşmenin tipolojisini belirleyen, zorunlu bir unsurdur. Dolayısıyla, yayın sözleşmesinin özelliği, tarafların bu konuda ayrıca anlaşmalarına gerek kalmamasında yatmaktadır. Bu yükümlülük, yayın sözleşmesinin doğası gereği, yayın sözleşmesine özgü bir unsurdur. Ancak, lisans sözleşmesinde, lisans alanın böyle bir yükümlülüğünün olması, ancak tarafların bunu açık veya örtülü olarak kararlaştırmalarına bağlıdır. Böyle bir yükümlülüğü konu alan lisans sözleşmesi de diğer telif hakkı sözleşmelerinden veya patent lisansı sözleşmelerinden ayrılmamaktadır. Zira, bu son belirtilenler, tarafların "kullanma yükümlülüğü"nü kendi aralarında kararlaştırmalarından dolayı, kendilerine özgü hukuki niteliklerini kaybetmemektedirler[357]. Bu bağlamda, yayın hakkının lisans konusu yapıldığı lisans sözleşmesi de kendine özgü bir telif hakkı sözleşmesidir ve taraflar "kullanma yükümlülüğünü" kararlaştırmış olsalar bile, lisans sözleşmesi kendine özgü niteliğini kaybetmeyecektir[358].

Yayın sözleşmesi ve lisans sözleşmesi arasında, sözleşme tarafları arasındaki menfaat durumlarının farklılık gösterdiğine de dikkat edilmelidir. Lisans sözleşmesinin her iki tarafı da, her koşulda eserin kullanımı konusunda öncelikli olarak ticari menfaatlerini, yayınlayana göre daha çok, merkez almaktadırlar. Buna karşılık, yazar, sözleşme tarafı olarak eserin kullanımına büyük oranda manevi amaçlarla bağlıdır. Yazarın bu manevi ilişkisine, telif hakkı belirleyici olarak damgasını vurmuştur. Aynı zamanda bu, eser sahibinin manevi haklarının devredilemeyeceği kuramının gelişmesine de yol açmıştır. Yayın hukukunda, kullanma yükümlülüğü de gerekçesini bu noktada bulmaktadır[359].

Fikir ve sanat eserlerine ilişkin lisans sözleşmeleri (telif hakkına ilişkin lisanslar), uygulamada ve doktrinde sınai haklara ilişkin lisans sözleşmelerine, özellikle marka ve patent

---

olmamasına bağlıdır. Özellikle inhisari lisanslarda lisans verenle birlikte lisans alan dışındaki üçüncü kişilerin de lisans konusu eserden yararlanma haklarının olmadığı ve lisans verenin de eserinin kullanılmasındaki menfaatleri dikkate alındığında inhisari lisans sözleşmelerinde lisans alanın eseri kullanma yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmek lisans verenin çıkarlarına da uygundur. Aynı yönde bkz. ARKAN, C.II, 201.

[357] LANGE, 58, 60.

[358] LANGE, 60; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 273. Buna karşılık, SCHRICKER ve ULMER, inhisari bir yayın lisansı sözleşmesinde, lisans alanın sadece çoğaltma ve yayma yetkisine sahip olmadığı, aynı zamanda bu yükümlülükler altında olduğunun da sözleşme ile kararlaştırılmış olması halinde, bu durumu yayın sözleşmesi olarak ele almakta ve AYK hükümlerinin devreye gireceğini belirtmektedir. Bkz. SCHRICKER, 514; ULMER, 466.

[359] LANGE, 60.

lisansına göre daha az netlik kazanmıştır[360]. Özellikle yayın hukuku alanında kullanılan "yayın lisansı"(Verlagslizenz) terimi, fikir ve sanat eserleri alanında kullanılan lisans teriminden de ayrılmaktadır[361]. Yayın hukukunda kullanılan "yayın lisansı", fikir ve sanat eserleri alanında kullanılan lisans sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Yayın lisansı ile yayınlayan, yayınlatandan kazandığı yararlanma hakkında, diğer bir ifadeyle yayın hakkına dayanarak üçüncü kişi olan başka bir yayınlayana bu yararlanma haklarını tanıyabilir ve aralarında yaptıkları bu sözleşme uyarınca da ikinci yayınlayan kitabı basma yükümlülüğü altına girmektedir[362]. Yayınlayan, yayınlatan tarafından kendisine tüm kapsamıyla devredilmiş olan yayın hakkından, örneğin cep kitapçığı basımı yapılmasını ayırarak, bu hakkı yaptığı bir lisans sözleşmesi çerçevesinde başka bir yayınlayana tanımaktadır. Aslında yayın lisansı, daha çok patent ve marka lisanslarına uygulama alanına sahip olan "alt lisans"ın yayın hukuku alanındaki yansımasıdır[363].

Yayın sözleşmelerinde en sık rastlanılan durum yayınlayanın bir üçüncü kişiye, örneğin cep kitapçıklarının veya bazı özel baskıların yapılmasında olduğu gibi, lisans vermesidir[364].

III. YAYIN KOMİSYONCULUĞU SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Yayın sözleşmesinin temelinde, yayınlayanın eseri kendi hesabına çoğaltması ve yayması yatmaktadır. Zira, yayın sözleşmesinde eserin başarı rizikosunu yayınlayan taşımaktadır[365]. Bu bağlamda yayınlayan aynı zamanda, çoğaltılan nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkına da sahiptir. Yayınlayanla yayınlatan arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesi konusunda bir şüphe söz konusu olursa, şu nokta yayın sözleşmesini diğer hukuki ilişkilerden ayıracaktır ki, o da yayınlayanın çoğaltma ve yaymayı kendi hesabına

[360] TROLLER, II, 833.
[361] SCHRICKER, 505.
[362] SCHRICKER, 80; PEDRAZZINI, 559.
[363] SCHRICKER, 80, 508 vd.
[364] HILTY, Basler, 2068. Ayrıca bkz. HILTY, Lizenzvertragsrecht,273.
[365] Telif ücretinin sürüme göre hesaplandığı veya yayınlayanın ve yazarın kazancın belli bir oranına katıldıkları hallerin ve hatta yazarın baskı masraflarının bir kısmını -sabit bir miktar olmak kaydıyla- ödemesinin bile yayın sözleşmesinin kavramsal özelliğini zedelemediği kabul edilmektedir. Bkz. ULMER, 433; PEDRAZZINI, 557; SCHACK, 448; SCHRICKER, 138; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 75; REHBİNDER, Urheberrecht, 320; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, 83; FROMM/NORDEMANN, 268. Ancak, yayınlatan olası bir kazancı kendi üzerine alacağını önceden açıklamış veya kazancın ortak olarak karşılanacağına ilişkin bir anlaşma yapılmışsa, bu durumda artık bir yayın sözleşmesinin varlığından bahsedilemez. PEDRAZZINI, 557. Başka bir deyişle, böyle durumlarda, özellikle yayınlatanın en azından çoğaltma ve yayma masraflarına önemli ölçüde katılması haline dikkate edilmelidir. Zira, sözleşmenin nitelendirilmesine veya yayınevinin eser üzerinde belirtilmesine rağmen, net satıştaki zarardan yayınlatanın sorumlu olduğu hallerde bir yayın sözleşmesinden değil, bir komisyon sözleşmesinden bahsedilecektir. HILTY, Basler, 2093.

yapması ve bu rizikoyu da kendisinin taşımasıdır. Bu bağlamda, yayın sözleşmesi yerine bir komisyon sözleşmesinin sözkonusu olup olmadığı noktasında belirleyici olan unsur, -taraflar arasında yapılan sözleşmenin hukuki nitelendirmesinden ve eserin hangi yayınevi altında basılmasından bağımsız olarak- ekonomik rizikonun taşıyıcısının kim olduğudur. Zira, eserin çoğaltılması ve yayılması masrafları yayınlayanın hesabına değil yazarın, daha doğru bir ifadeyle yayınlatanın hesabınaysa, bu durumda bir yayın sözleşmesi değil bir komisyon sözleşmesi söz konusudur[366].

Komisyon sözleşmesinde yayınlayan, eseri kendi adına, fakat yazar, yayınlatan hesabına çoğaltmakta ve yaymakta veya önceden çoğaltılmış olan nüshaları yaymaktadır. Ancak, ticari riziko, kar ve zararıyla birlikte tamamen yazarın üzerindedir. Ancak, bazen taraflar aralarında yaptıkları sözleşme uyarınca, yayınlayana, elde edilen kazancın altında bir miktarın karşılık, ücret olarak verileceğini de kararlaştırabilirler. Böyle bir sürüm şekli özellikle, yayınlayanın her ne kadar bağımsız bir işletme olmasına ve kazanç şansını da kaybetmek istememesine karşılık ya sürümün rizikosunu üzerine almak istememesinden ya da eserin baskı masrafları için gerekli olan finansal getiriye sahip olmamasından dolayı tercih edilmektedir. Diğer taraftan, yazar -eğer yayınlayan bunu kabul ederse- eserin sürümünün kesin bir getiri getireceği hallerde elde edilecek olan kazancı kendisine ayırarak ve saklı tutarak, yayınlayana sadece komisyon ücretini de verebilir[367]. Böyle bir yola daha çok yazarın eserinden belli bir kazanç elde etme beklentisi içinde olması ve bu kazancı yayın sözleşmesi yaparak yayınlayana kaptırmak yerine yayın komisyonculuğu sözleşmesi yoluyla kendisinin elde etmeyi tercih etmesi halinde başvurulur[368]. Komisyon sözleşmesinde, taraflar sözleşme ile aksini kararlaştırmamışlarsa, eserin dizaynının, baskısının belirlenmesine, satış fiyatının tespit edilmesine rizikoyu taşıyan kişi olarak yayınlatan karar verecektir[369].

Yayınlayan ise, bunun dışında kural olarak -tarafların özellikle yayınlayanın adını kullanmaları halinde ödenecek bir karşılığın verilmesinde olduğu gibi aksini kararlaştırmadıkları sürece- satıştan elde edilen kazançtan en çok kendi faaliyetinin karşılığını

---

[366] PEDRAZZINI, 558-559; HILTY, Basler, 2069; TROLLER, II, 806; SCHACK, 448; SCHRICKER, 138; 147-148; BUCHER, 217; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 75; REHBİNDER, Urheberrecht, 320; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, 83; REHBİNDER, Schweiz, 174; TROLLER, Kommentar, 17; STAUB Mirjam, Die Rechte des Herausgebers, des Mitarbeiters und des Verlegers Bei Periodischen Sammelwerken, Diss., Zürich 1999, 172.

[367] Bu halde de bir komisyon sözleşmesinden bahsedilir. Zira, hukuk hayatında, komisyon sözleşmesine sadece yayınlayanın rizikoyu üzerine almayı reddettiği hallerde değil, aynı zamanda eserin sürümünün kesin olduğu hallerde, yazarın elde edilecek kazancı saklı tutmak istemesi halinde de rastlanılır. ULMER, 433; SCHRICKER, 148.

[368] TROLLER, Kommentar, 17; ULMER, 433; SCHRICKER, 138.

[369] HILTY, Basler, 2069; SCHRICKER, 150 Yayınlatanın yayınlayan karşısındaki talimat verme yetkisine sahip olması, vekalet sözleşmesinde müvekkilin vekil karşısındaki durumuna benzemektedir. PEDRAZZINI, 558.

alabilir[370]. Yayınlayanın yapmış olduğu masrafların karşılığında alacağı bedelin yanısıra, yapmış olduğu faaliyetin karşılığında elde edeceği ücret, taraflarca kararlaştırılan götürü bir ücret şeklinde olabileceği gibi, -uygulamada çoğunlukla tercih edildiği üzere- sürümün belirli bir yüzdesine göre hesaplanacak olan bir ücret şeklinde de olabilir[371].

Yayın komisyonculuğu olarak adlandırılan sözleşmede eser, yayınlayan tarafından dağıtılır. Eserin çoğaltılması masraflarını yazar veya külli halefleri karşılamak zorundadır. Yazar veya yazarın külli halefleri ya tamamen ya da kısmen eserin dağıtılması masraflarını da üstlenirler. Olayların çoğunda bu masrafları tamamen üstlendikleri görülür. Eserin çoğaltılmasını yazarın bizzat gerçekleştirmesi veya yazar hesabına yayınlayanın gerçekleştirmesi bu sözleşme bakımından önemli değildir. Ancak, yayınlayan kural olarak, eserin kaderinin belirlenmesinde kendisinin de söz sahibi olmasını talep edebilecektir. Zira eser, dışarıda onun yayımları arasında görünecektir. Eğer yayınlayan eseri kendi hesabına olmak üzere dağıtırsa elde edilecek kazanç genellikle yazar ve yayınlayan arasında paylaşılır. Eğer yazar bütün masrafları kendi üzerine almışsa yayınlayan işi yürütmek için yaptığı bütün harcamalar dolayısıyla yazardan parasal bir karşılık talebinde bulunabilecektir. Ancak, fikri haklara ilişkin tüm yetkiler tüm kapsamıyla yazarda kalmaktadır[372].

Yayın komisyonculuğu daha çok, tanınmamış yazarlara hizmet eder. Zira bu yazarlar basım masraflarının rizikosunu üstlenmek isteyen bir yayınlayan bulamamaktadırlar. Çünkü, tanınmış yayınlayanlar eserin piyasadaki ününü arttıracağı gibi, eserin dağıtım ve gözetilmesi konusunda da gerekli olan mesleki bilgiye ve tecrübeye sahiptirler. Bu bağlamda, komisyon sözleşmesinde yazar, yayınlayanın ticari tecrübesinden ve işletmenin kurumsal yapısından da yararlanabilecektir[373]. Bu anlamda, benzer sebeplerden dolayı derneklerin, bilimsel kurumların, toplulukların veya enstitülerin ortak eserleri daha çok komisyon sözleşmesi çerçevesinde basılmaktadır[374].

Komisyon sözleşmesi açısından, yayın sözleşmesinden farklı olarak yayın hakkının

---

[370] HILTY, Basler, 2069.

[371] ULMER, 433; TROLLER, II, 897; REHBİNDER/GROSSENBACHER, 29; TROLLER, Kommentar, 17; HILTY, Basler, 2069; STAUB, 167.

[372] TROLLER, Kommentar, 17.

[373] TROLLER, Kommentar, 17. Ayrıca bkz. ULMER, 433; SCHACK, 448; SCHRICKER, 138; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 75; REHBİNDER, Urheberrecht, 320.
Bu açıdan komisyon sözleşmesi, aslında kendi kendine yayın adıyla anılan ve Alman Hukuku'nda "selbstverlag" olarak nitelendirilen sözleşmeye göre yazar için daha avantajlıdır. Bkz. SCHRICKER, 151-152; ULMER, 433.Ayrıca bkz. REHBİNDER, Urheberrecht, 314; STAUB, 172,174; TROLLER, II, 807; REHBİNDER, Schweiz, 137.

[374] ULMER, 433; SCHACK, 448; SCHRICKER, 138, 148; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 75; REHBİNDER, Urheberrecht, 320.

devrine gerek yoktur[375]. Dolayısıyla, komisyon sözleşmesinde yayın sözleşmesinden farklı olarak, yayın komisyoncusu taraflar aksini kararlaştırmadığı takdirde yayın hakkını kazanamaz. Bu bağlamda, eser üzerindeki haklara tecavüz edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı yayın komisyoncusu değil sadece yazar dava açabilir veya hukuki yollara başvurabilir[376].

Yayın komisyonculuğu sözleşmesine BK'nın komisyon sözleşmesine ilişkin hükümleri ile vekalete ilişkin hükümler uygulanır. Özellikle vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerden bir iş görmeye ilişkin olanlar uygulama alanı bulacaktır[377].

Eğer, eser sahibi eserini kendi adına ve hesabına çoğalttırarak, yayınlayanın adını kullanmadan yayarsa, yayınlayan eseri sadece bir ücret karşılığında çoğaltan ve yayan bir yüklenici durumundadır ve bu durumda "eser çoğalttırma sözleşmesi", vardır. Söz konusu ilişkiye BK'nın istisna sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır[378].

IV. ESER ÇIKARMA (EDİTÖRLÜK) SÖZLEŞMESİ[379] İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Periyodik toplu eserlerin, sayılı dergilerin, armağanların ve makalelerin toplu olarak yayınlandığı eserlerde, -ki bu eserler ekonomik hayatta önemli bir yere sahip olan değerlerdir ve gelirlerini, abonelerinden ve bireysel satışlardan olduğu kadar, reklamlardan da elde

---

[375] PEDRAZZINI, 558; HILTY, Basler, 2069; TROLLER, II, 807; SCHRICKER, 149; STAUB, 173; SCHRICKER, 149.

[376] Yine, eğer yazar sözleşmeye aykırı olarak eseri başka bir yayınlayana bırakmışsa, yayın komisyoncusu sözkonusu yayınlayana karşı fikri haklara dayanarak değil sadece rekabet hukuku hükümlerine dayanarak taleplerde bulunabilecek, başvurabilir. Aynı zamanda, yazara karşı da sözleşmeye aykırılıktan dolayı tazminat talep edebilecektir. SCHRICKER, 149.

[377] TROLLER, Kommentar, 17; PEDRAZZINI, 558; HILTY, Basler, 2069; BUCHER, 217; TUNÇOMAĞ, 506; AYİTER, 236; TROLLER, II, 807; REHBİNDER, Schweiz, 174; STAUB, 171.

[378] Bkz. TEKİNALP, 251; TUNÇOMAĞ, 1133; TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1982, 47, KARAHASAN Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. IV, İstanbul 1992, 901; YAVUZ, 529; YARSUVAT, 196; FRANKO, 13 vd.; PEDRAZZINI, Le Contrat d'Edition, 57 vd.; Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 13.9. 1995 tarihli ve Esas 955/3854 Karar 955/6103 sayılı kararı (Türk İçtihatlar Külliyatı, 1956, 203-204).
Alman Hukuku'nda bu sözleşme, "selbstverlag", olarak nitelendirilmektedir. Bu sözleşmede, yazar eseri çoğalttırmakta ancak, eseri yalnız kendi hesabına değil aynı zamanda kendi adına da dağıtmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yazar eseri kendi yayınevi adı ile dağıtmaktadır. Komisyon sözleşmesi ile kendi kendine yayın arasındaki fark, her ne kadar komisyon sözleşmesinde eser yazarın hesabına basılsa da, yayınlayanın adı ile, diğer bir ifadeyle yazarla aynı olmayan bir yayınlayan adı altında dağıtılmaktadır. Bu tür sözleşmeler daha çok, eser sahibinin eserini kamuya sunma ve bastırma zorunluluğu altında olmasına ve baskı masraflarının finansal rizikosunu tamamen üzerine almasına rağmen, eserini basacak bir yayınlayan bulamamasında söz konusu olabilmektedir. Bu konuda örnek olarak basılması zorunluluğu olan doktora tezleri, bibliyografik eserler, bilimsel veya sanatsal eserler, ülke veya ailevi bilgiler içeren yazılar gösterilmektedir. SCHRICKER, 151-152; ULMER, 433. Ayrıca bkz. REHBİNDER, Urheberrecht, 314; STAUB, 172,174; TROLLER, II, 807; REHBİNDER, Schweiz, 137.

[379] Alman ve İsviçre literatüründe "Herausgebervertrag" diye nitelendirilen bu sözleşme Türkçe'ye AYİTER tarafından "Eser Çıkarma Akdi" olarak çevrilmiştir. Bkz. AYİTER, 235.

etmektedirler[380]- yazarın ve yayınlayanın yanında çoğunlukla bir editör de bu katılımın içinde yer alır. Birden fazla yazara ait eserlerin ortak bir plan içinde ve uyumlu bir şekilde biraraya getirilmesinde editörün yapmış olduğu faaliyete, işe genel olarak ihtiyaç duyulur. Bu bağlamda, editör toplu bir eseri oluşturan çeşitli bağımsız eserleri seçer, gözden geçirip, değerlendirir, kontrol eder ve uygun bir plan ve bütünsellik içinde düzenler[381].

Daha çok yurtdışında uygulamasına rastlanılan, eser çıkarma veya editörlük sözleşmesinde eser çıkaran (editör), yayınlatan ile eser sahibi arasında bir yerdedir. Eser çıkaran kişi, öncelikle örneğin şerhler gibi birden çok yazara ait eserlerin bir toplu eserde veya bir periyodik eserde biraraya getirilmesi konusunda faaliyet gösterir[382].

Toplama eserlerle ilgili sözleşmeler türünün en sık rastlanılan şekli eser çıkarma sözleşmesidir. Eserin çıkarılmasını örgütleyen ve planlayan (çıkaran) ile eseri oluşturacak olanlar arasında bağıtlanan, eserin çoğaltılmasını ve yayınını çıkaranın üstlendiği, eserin çıkaran tarafından belirlenen plan uyarınca, onun saptadığı içerik ve şekilde çalışanlar tarafından vücuda getirilmesinin öngörüldüğü sözleşme eser çıkarma sözleşmesidir. Dergiler, gazeteler, ansiklopediler ve diğer toplama eserler, eser çıkarma sözleşmesi çerçevesinde yayınlanır[383].

Bu hukuki ilişki içinde, birden fazla kişi yer almaktadır. En önemli kişi, yaratıcı katkıları olmaksızın hiç bir eserin oluşturulamayacağı "yazar"dır. Diğer tarafta, derginin ekonomik organizasyonu, teknik üretimi ve piyasaya dağıtımından sorumlu olan, ticari işletme "yayınlayan" yer almaktadır. İşte, editör de, yukarıda da belirtildiği gibi, genellikle yazar ve yayınlayan arasında faaliyet göstermektedir. Bilimsel dergilerde ise, editörün görevini çoğunlukla, o konu hakkında tanınmış bir uzman üstlenmektedir, ki bu uzman kişinin adı, dergiye ayrı bir ağırlık kazandırmakta ve ün katmaktadır. Editör, yazarları bulmakta, makaleleri seçmekte, bunları kontrol edip gözden geçirmekte ve bir bütün olarak derginin yüzünü ve bilimsel politikasını şekillendirir[384].

---

[380] Periyodik eserlerin satışları ne kadar düşükse, reklam aracı olarak da o kadar daha az ilgi çekicidirler. SCHRICKER Gerhard, "Legal Relations Between Authors, Editors and Publishers of Periodicals Under German Law, ICC 1985, C. 4, 413.

[381] SCHRICKER, 677; PEDRAZZINI, 560; SCHRICKER, Periodicals, 413, 416 vd.; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 225; TROLLER, II, 809; REHBİNDER, Urheberrecht, 336; REHBİNDER, Schweiz, 174; STAUB, 175. Ayrıca krş. OLG Frankfurt UFITA 48, 1966, 298, OLG Hamburg GRUR 1967, 153.

[382] TROLLER, Kommentar, 16; PEDRAZZINI, 560; BUCHER, 217; SCHRICKER, Periodicals, 413. Ayrıca bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 225; TROLLER, II, 809; REHBİNDER, Urheberrecht, 337; REHBİNDER, Schweiz, 174; STAUB, 175.

[383] Bkz. TEKİNALP, 251; SCHRICKER, Periodicals, 421; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 225-226; TROLLER, II, 809; REHBİNDER, Urheberrecht, 337; REHBİNDER, Schweiz, 174; STAUB, 175.

[384] SCHRICKER, Periodicals, 413-414, 417-418. Ayrıca bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 225-226; TROLLER, II, 809; REHBİNDER, Urheberrecht, 337; REHBİNDER, Schweiz, 174; TEKİNAL, 249.

Aslında, editörün pozisyonu ve görevi olaydan olaya çeşitlilik göstermektedir. Bazı dergilerin, üniversiteler, akademik enstitüler veya bilimsel dernekler gibi kurumsal editörleri vardır. Bu kurumlar, editörün aktif görevini üstlenecek olan kişileri atamaktadırlar. Ancak, bu kişiler, arka planda kalmakta veya sadece enstitünün yanında editör olarak yer almaktadırlar. Bu bağlamda, fahri veya temsili editörler ile aktif editörler arasında bir ayrım yapılmalıdır. Zira, birçok gerçek kişi, editör olarak belirtilirken, aslında aktif roller bölünebilmektedir. Bazı editörlerin sadece isimleri yer almakta, diğer bir ifadeyle bu kişiler sadece isimlerini ödünç vermekte, oysa asıl işi aktif editörler yapmaktadırlar. Bu hukuki ilişki içinde yer alan dördüncü ve son grup ise, "editörler kurulu"dur. Bu kurulun üyeleri, genellikle gazetelerde önemli bir rol oynamaktadırlar. Zaten, bu kişilerin nerdeyse tamamı, gazetenin sürekli yazarları arasındadır. Bilimsel dergilerde, bu kurulların üyeleri genellikle ikinci derecedeki yardımcı görevleri yerine getirmektedirler. Örneğin, dergideki yazıları yayına hazır hale getirirler, iletişim ve bağlantıyı kurarlar, hataları kontrol ederler, katılımcıların son katılım tarihlerine dikkat ederler. Ancak, editörler kurulunun üyeleri daha fazla sorumluluk altına da girebilir, özellikle editörün görevini üstlenebilirler. Ancak, bu son halde, editörler kurulu yine editörün talimatlarıyla bağlı olacaktır. Editörler kurulunun üyeleri, çoğunlukla, ya yayınlayanın ya da dergiyi çıkaran enstitünün memurlarıdır[385].

Editörlük sözleşmesi, her ne kadar çeşitli şekillerde oluşabilirse de, uygulamada genellikle iki şekilde ortaya çıkar:

1. Editörlük sözleşmesi aynı zamanda bir yayın sözleşmesi şeklinde de gündeme gelebilir. Toplama eserler de FSEK m. 6, bent 7'ye göre işleme eser kategorisi içindedir. Anılan madde uyarınca, belli bir maksada göre ve hususi bir plan içerisinde, seçme ve toplama eserler işlenmedir. Toplama eserlerde "yazı kurulu", "editoryal komite","editör" veya benzeri bir adla anılan yetkili veya yetkililer, toplama esere girecek eserleri (mesela şiirleri) seçerken, değerlendirirken ve eseri planlarken FSEK m. 1/B a) hükmü anlamında "hususiyeti"ni işlemeye yansıtmışsa, toplama esere konulan her bağımsız eserin sahibinin hakları saklı kalmak şartıyla, editör veya editörler toplama eserin sahibidir. Mesela bir antolojinin, ansiklopedinin, hatta -bazı durumlarda- derginin sahibi toplama eseri oluşturan kişi olarak editör veya editörlerdir. Editör sadece bütün üzerinde işleyici olarak sahiplik kazanır ve bütüne ilişkin mali ve manevi hakların sahibi olur; bölümler veya parçalar (şiir, hikaye, makale vd.) üzerinde herhangi bir hakkı haiz bulunmaz[386].

[385] SCHRICKER, Periodicals, 413-414, 417-418.

[386] Her kısma (mesela, her şiir veya hikayeye) ilişkin haklar gibi sorumluluk da, o kısmın sahibine aittir, mesela herhangi bir intihalden ilgili şair veya hikayeci sorumlu tutulabilir. Editörün bu sorumluluğu, ancak somut

Bu bağlamda, yayın sözleşmesinin konusu editörün veya editörlerin üzerinde fikri hak sahibi oldukları "toplu eser" ise, böyle bir durumda her kısım üzerinde eser sahipleri ile yayınlayan arasında doğrudan bir hukuki ilişki yoktur. Zira, böyle bir durumda editör bizzat toplu eserin eser sahibi olarak, yayınlayanla toplu eserin konu olduğu bir yayın sözleşmesi kurmaktadır. Bu duruma daha çok dergi makaleleri veya yazılarında rastlanılır. Bu ihtimalde, editör toplu eserde yer alan bağımsız eserlerin toplanması, seçilmesi ve biraraya getirilmesiyle ilgili, yani en fazla editörlük göreviyle ilişkili olan masraflardan ve rizikodan sorumluyken, yayınevi yayınlayanın taşıması gereken masraflarla sorumludur[387]. Editörün, toplu eserin oluşturulmasına ilişkin masrafları kendi hesabına üzerine almış olması, aynı zamanda kendisine bağımsız eserlerin eser sahiplerini seçmede ve toplu eserin şekillendirilmesinde serbest bir alan bırakmaktadır[388].

2. Sayılı eserler veya dergiler açısından, yayınlayan asıl yayın sözleşmesini doğrudan bağımsız kısımların eser sahipleri ile kurar. Ancak, bu sözleşme genellikle yayınlayanın temsilcisi olan editör aracılığı ile kurulur. Zira, yayınlayan ve sayılı eserin editörü arasında bir çerçeve sözleşme olarak "editörlük" sözleşmesi de yer alır. Bu sözleşme ilişkisi çerçevesinde, uygulamada daha çok, editör katılımcı yazarları seçerek ya onları yayınlayanla bağlantıya geçirir ya da, yayınlayanın temsilcisi olarak, yayın sözleşmesini kurar. Yine, editör, sayılı eseri organize eder, söz konusu toplu eserin biçimsel uygunluğunu ve bütünselliğini sağlayarak, eserdeki yazıları örgütler[389]. Ancak, toplu eserin hazırlanmasına ilişkin masrafları yayınlayan kendi hesabına üzerine almaktadır, diğer bir ifadeyle bu noktada rizikoyu yayınlayan taşımaktadır. Editörlük sözleşmesinin bu türü için, belirleyici olan, yayınlayanın da çoğunlukla toplu eser içinde yer alan bağımsız eser sahiplerinin seçilmesinde katılma hakkının olduğudur[390].

Bu bağlamda, editörlük sözleşmesinin bu türünde editör (Herausgeber), eser sahibi değildir. O sadece, eserin meydana gelmesi işini örgütleyerek yayına hazır hale getiren kimsedir. Anılan sözleşme daha çok bilimsel periyodikleri, sistematik toplama eserleri bilimsel sorumluluk altında hazırlayan bir ekiple yayınevleri arasında yapılır[391].

---

olayın özellikleri haklı gösteriyorsa vardır. Bkz. TEKİNALP, 138-139. Alman Hukuku'nda, editörün, çıkardığı toplu eserde telif hakkı sahibi olması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. SCHRICKER, 416.

[387] HILTY, Basler Kommentar, 2068; PEDRAZZINI, 560; STAUB, 166 vd.; BUCHER, 217; REHBİNDER, Urheberrecht, 337; SCHACK, 467. Ancak, editörlük sözleşmesi, yayınlayanla eser çıkaran arasında kurulan bir komisyon şeklinde de karşımıza çıkabilir. Bu durumda, eserin çoğaltılması ve yayılması eser çıkaran hesabınadır. Bkz. REHBİNDER, Urheberrecht, 337; STAUB, 166; SCHACK, 467. Editörlük sözleşmesinin komisyon sözleşmesi olarak oluşması ve ayrıntıları hakkında bkz. STAUB, 171.

[388] PEDRAZZINI, 560.

[389] HILTY, Basler, 2068; BUCHER, 217; SCHRICKER, Periodicals, 422. Ayrıca bkz. PEDRAZZINI, 560.

[390] PEDRAZZINI, 560.

[391] Bkz. AYİTER, 236; REHBİNDER, Urheberrecht, 337.

Ancak, editörlük sözleşmesi, pozitif hükümlerle düzenlenen yayın sözleşmesinden farklı olarak, gerek sözleşmenin tipolojik sınıflandırılması, gerekse hukuki değerlendirme açısından çeşitli zorluklarla karşı karşıya kalmaktadır. Editörlük sözleşmesi, uzun süreli bir ilişkiyi ve bağlantıyı beraberinde getirdiğinden, genellikle yazılı olarak yapılmaktadır. Genellikle yayın hukukunda, sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde taraflar, hukuken kendi ilişkilerini serbestçe belirleyebilirler. Ancak, editörlük sözleşmesinde iki önemli unsur birbirinden ayrılmalıdır: Editörün hak ve yükümlülükleri ile telif hakkının düzenlenmesi sorunu.

Editörün yükümlülükleri ya "hizmet sözleşmesi" çerçevesinde belirlenebilir, ya da "istisna sözleşmesi" altında değerlendirilebilir. Editör, yayınlayanla bir hizmet ilişkisi içinde ise sadece yayınlayan tarafından verilen talimat ve emirleri yerine getirmekle yükümlüdür. Oysa, istisna sözleşmesi şeklinde bir editörlük sözleşmesi kurulmuşsa, editör sonuç taahhüdü altında olduğundan, özellikle periyodik eserin o sayısına ait manüskrinin uygun zamanda toplanması ve hazırlanmasıyla, diğer bir ifadeyle başarılı olarak yayına hazır hale getirilmesiyle, bu yükümlülükten kurtulacaktır[392]. Uygulamada, editörlük sözleşmesinin her iki türüne de rastlanmaktadır. Dolayısıyla, ikisi arasında bir tercih yapmak pek mümkün değildir. Aynı zamanda, her iki tür de birarada olabilir. Örneğin, temsili editör olarak görev yapan bir akademik enstitü, yayınlayanla hizmet sözleşmesi altında, bir sözleşmesel ilişki içinde olabilir ve akademik kadrodan bir kişi de "aktif editör" olarak atanarak, enstitü adına, bu toplu eserin meydana getirilmesinden sorumlu olmuş olabilir. Bu durumda, aktif editör olan kişi, enstitüye hizmet sözleşmesi ile bağlıdır ve bu kişi enstitünün bir çalışanıdır[393].

Editörün faaliyeti kural olarak ürünlerin belli bir düzen içerisinde biraraya getirilmesi ile sınırlıdır. Ancak sözleşmeyle kararlaştırıldığı takdirde, editörün yazılı metinlere müdahalesi sözkonusu olabilir[394].

Editörlük sözleşmesinde genellikle editörün görevleri belirlenir. Bu bağlamda, editör, toplu eserin bilimsel politikasını belirlemekle, katılımcıların makalelerini almakla, bu makaleleri denetlemekle ve hatta gerektiğinde düzeltmekle, düzeltmelerin yapılıp yapılmadığını kontrol etmekle, içindekiler kısmını hazırlamakla, rakip bir periyodik eserde editör olarak aktif şekilde görev yapmamakla yükümlüdür. Buna karşılık, yayınlayan da periyodik eseri çoğaltmak ve yaymakla, editörlük ücretini ödemekle, editöre, bedava nüsha

[392] HILTY, Basler, 2068; SCHRICKER, Periodicals, 422; REHBİNDER, Urheberrecht, 371; PEDRAZZINI, 560. Ayrıca bkz. BGH GRUR 1954, 130.
[393] SCHRICKER, Periodicals, 422.
[394] TROLLER, Kommentar, 16.

sağlamakla, giriş sayfasında kendisini editör olarak nitelendirmekle yükümlüdür[395].

Editörün hukuki statüsünün belirlenmesinde, editörün bağımsız bir ticari işletme mi olduğu yoksa bir ticari işletme ile sözleşmesel bir ilişki içinde mi olduğu önemlidir. Zira, editör bağımsız bir ticari işletme olabileceği gibi bir ticari işletmenin ayrılmaz bir parçası şeklinde bir öneme de sahip olabilir. Son ihtimalde, kural olarak bu ticari işletme yayınlayanındır[396].

Her ne kadar editör ile yayınlayan arasındaki hukuki ilişki ne BK ne FSEK'de ne de AYK'da düzenlenmemiş olsa da, bu noktada toplu eserin örneğin bir derginin kime ait olduğu (editöre mi yoksa yayınlayana mı) ilişkinin niteliğinin belirlenmesinde belirleyici olmaktadır. Eğer toplu eser, tıpkı armağanlarda ve toplu bilirkişi raporlarında olduğu gibi editöre aitse, bu takdirde yayınlayanla toplu eserin konu olduğu yayın sözleşmesini, editör kurmaktadır[397].

Ancak, genellikle, toplu eser, özellikle yayınlayanın planını düzenlediği, başlığını bulduğu ve her şeyden önce ekonomik rizikoyu taşıdığı hallerde, yayınlayanın işletmesine aittir. Böyle bir ihtimalde, toplu eser korunan bir fikri eserse, editör eser üzerindeki fikri hakka sahip olduğundan yayınlayan editörden bu eserin yararlanma haklarını kazanmak zorunda kalacaktır[398].

Eser çıkarma, yani editörlük sözleşmesinin sonucunda ortaya çıkan ürünleri piyasaya süren ve dağıtan işletmenin kime ait olduğu her somut olayda ayrıca incelenmelidir. Eğer editörlük sözleşmesi bu konuda herhangi bir düzenleme getirmemişse, ürünleri kamuya sunmayı planlayan kişinin işletmenin sahibi olduğu kabul edilir[399].

Editör ve yayınlayan arasındaki ilişkinin sona ermesiyle birlikte, bu işletmenin ticari faaliyetlerini devam ettirmesi konusunda kimin yetkili olduğu sorununun da belirlenmesi gerekir. Her ne kadar, bu sorun aslında metodolojik olarak, sözleşmenin bir bütün olarak yorumlanması sorunu olsa da, taraflar kurmuş oldukları sözleşmelerde bu soruna genellikle yer vermezler[400]. Bu çerçevede, sözkonusu sorun çeşitli durumlar ve olasılıklar dikkate alınarak çözümlenmelidir: Kimin her bir cilt, sayı ile birlikte anıldığı veya bu bağlamda eserle ilgi planlamalar yaptığı, editörün yayınlanan sayı ve dergilerle sıkı bir ilişki içinde olup

---

[395] SCHRICKER, Periodicals, 422.
[396] SCHRICKER, 678; TROLLER, II, 810; REHBİNDER, Urheberrecht, 337.
[397] SCHACK, 467; HILTY, Basler Kommentar, 2068; PEDRAZZINI, 560; STAUB, 166 vd.; REHBİNDER, Urheberrecht, 337.
[398] Bkz. SCHACK, 467; SCHRICKER, Periodicals, 424, 425. Alman Hukuku'nda, özellikle, editör yayınlayanla bir hizmet sözleşmesi içindeyse, yayınlayan bu hakları hizmet sözleşmesine dayanarak kazanacaktır. Bağımsız bir editör ise yayınlayanıyla iş görme sözleşmesi ile bağlıdır ve editör toplu eserdeki yararlanma hakkının tanınması konusunda yükümlü olduğu gibi yayınlayan da eserin çoğaltılması ve yayılmasıyla yükümlüdür. SCHACK, 467.
[399] TROLLER, Kommentar, 16; SCHRICKER, 425; REHBİNDER, Urheberrecht, 337.
[400] SCHRICKER, 424; TROLLER, II, 810; HILTY, Basler, 2069.

olmadığı veya bu eserlerin bir enstitünün veya derneğin periyodik bir eseri olup olmadığı dikkate alınması gereken kriterlerdir. Ancak, anılan son iki durumda eserin eski editörü, editör kalmaya devam edecektir. Yine, editör olarak ismi geçen kişilerin de prensip olarak yetkili olduğu kabul edilmektedir[401].

Ticari hayatta ekonomik değer taşıyan bir nesnenin onu yaratan kişiye ait olduğu ilkesi, özellikle patent ve telif hakkı hukuku açısından uygulama alanına sahiptir. Bu ilkeye göre, edebiyat eserlerinde, bu anlamda periyodik eserlerin sahibi, onu planlayan, oluşturan, bulan, başlığını seçen ve periyodik eserin tüm düzenlemelerinden sorumlu olan kişidir. Mali açıdan risk altında olmanın da hiç şüphesiz etkisi olacaktır, ancak bir periyodik eserin yayınlatan tarafından meydana getirildiği gerçeği tek başına belirleyici değildir. Zira, çoğunlukla finansal riski göğüslemek yayınlayanın işidir. Dolayısıyla, bu noktada karar verebilmek, olayın tümünün, içinde bulunduğu şartların değerlendirmesine bağlıdır. Örneğin yayınlayan belirli bir periyodik eser çıkarmaya karar verir, bunun için bir başlık seçer ve bu fikrini geliştirdikten sonra uygun bir editör bulursa, o zaman periyodik eserin sahibi yayınlayan olacaktır. Eğer, editörle yayınlayan arasında çıkan bir anlaşmazlık sonucu sözleşme sona ererse, yayınlayan periyodik eseri yeni bir editörle devam ettirmeye yetkilidir. Eski editör, rakip bir firmada çalışabilir, ancak kendine yeni bir başlık, dergi adı bulmak zorundadır. Ancak, iki akademisyenin belirli bir konuda, örneğin bir dergi çıkarmak için biraraya geldiklerindeki durum farklı olabilir. İki akademisyen, dergiye bir isim verir, derginin içeriği ve düzeni konusunda anlaşır ve daha sonra bu projeyi bir yayınlayana teklif ederlerse, bu durumda her iki akademisyen de derginin sahibidir. Yayınlayanla birlikte kurdukları editörlük sözleşmesi sona erse de, editörler bu dergiyi aynı isimle yayınlamaya devam edebilirler[402].

V. ESER SİPARİŞİ SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Eser siparişi sözleşmesinde, eser sipariş eden kişi, bir yazarla –genellikle bir karşılık, ivaz karşılığında- bir eserin meydana getirilmesi konusunda anlaşır. Bu kişi, yazar eseri meydana getirdiğinde, eser nüshası üzerinde mülkiyet hakkını kazandığı gibi ayrıca eseri kullanma yetkisini de elde eder. Eser sipariş eden kişi, eseri değişik şekillerde kullanma yetkisini elde etmekle birlikte, eseri herhangi bir biçimde kullanma yükümlülüğü altında

[401] TROLLER, II, 810; HILTY, Basler, 2069.

[402] SCHRICKER, Periodicals, 425. Toplu eserin kural olarak, ekonomik rizikoyu taşımasından dolayı yayınlayanın ticari işletmesine ait olduğu hakkında bkz. OLG Frankfurt ZUM 1986, 348; REHBİNDER, Urheberrecht, 337.

olmadığı kabul edilmektedir[403]. Ancak, Zürih İstinaf Mahkemesi[404] eser siparişi sözleşmelerinde ve bu sözleşmelerle gerçekleşen fikri hakların intikali olasılığında genellikle fikri hakları elde eden kişinin eserden yararlanma yükümü altında olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, eser sipariş edenin eserden yararlanma yükümlülüğü altında olup olmadığının her sözleşme ilişkisinin amacına bakılarak, dürüstlük kuralları uyarınca değerlendirilmesi ve yorumlanması sonucunda kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir ki, kanaatimizce de bu yorum menfaatler dengesine daha uygun bir yaklaşımdır[405].

Eser siparişi sözleşmesiyle, bilim ve edebiyat eseri meydana getirileceği gibi, bir müzik eseri veya bir heykel veya tablo da meydana getirilebilir. Örneğin A'nın ressam B'den kendisini kendi evindeki koltukta otururken resmetmesini veya heykeltıraş H'den, bahçesindeki havuzun ortasına ağzından su akan bir kuğu heykeli yapmasını istemesi, film yapımcısı F'nin M'den filmin (x) sahnesinde söylenecek, konusu askere giden sevgili olan, bir şarkı bestelemesi talebinde bulunması halinde eser siparişi sözleşmesi vardır[406].

Buna karşılık, eser sipariş eden kişi çoğaltma ve yayma yükümlülüğü altındaysa –her koşulda örtülü olarak bu yükümlülüğün var olduğu kabul ediliyorsa- doktrinde, eserin meydana getirilmesindeki güdü veya amaç hiç dikkate alınmadan, bir yayın sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi gerektiğini benimseyenler olduğu gibi[407], istisna sözleşmesi ve yayın sözleşmesinin birarada olduğunu kabul eden yazarlar da vardır[408]. Ancak, istisna sözleşmesi ve yayın sözleşmesinin birarada olduğu kabul edildiğinde, yayın sözleşmesiyle yayın hakkı, tıpkı alacağın temlikinde olduğu gibi yayınlayana geçiren bir tasarruf işlemi olduğu için, henüz tamamlanmamış eserler üzerinde mali hak bulunmadığından tasarruf imkanının olmaması, gözönünde bulundurulması gereken bir noktadır. Dolayısıyla, meydana getirilecek eser üzerinde yayın sözleşmesi aslında sadece bir borçlandırıcı işlemdir, yayın sözleşmesi kendine özgü hüküm ve neticeleri ile ancak eserin tamamlanması anında meydana gelir[409].

---

[403] HILTY, Basler, 2069; PEDRAZZINI, 558; TROLLER, Kommentar, 17; BUCHER, 217; REHBİNDER, Schweiz, 174; REHBİNDER, Urheberrecht, 314; TROLLER, II, 805; STAUB, 178.

[404] Schweizerische Juristen-Zeitung 70 (1974), 143 vd.

[405] Aynı yönde, PEDRAZZINI, 559; STAUB, 177; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, § 41-3.

[406] TEKİNALP, 250. Ayrıca bkz. AYİTER, 234-235.

[407] BGE 101, II 104; BGE 69 II 55; HILTY, Basler, 2069; PEDRAZZINI, 558; BUCHER, 217; GİRİTLİOĞLU, 32; TUNÇOMAĞ, 1135; TANDOĞAN, C. II, 34. Zira, yayınlayanın eseri çoğaltma ve yayma yükümlülüğü altında iken, müteahhidin böyle bir yükümlülüğü yoktur.

[408] Kanaatimizce de, yayınlayanın isteği üzerine hazırlanan eserlerde, yayınlayan tamamlanacak eser üzerinde mülkiyet hakkını kazandıktan sonra, eseri çoğaltma ve yayma borcu altına da giriyorsa eser sözleşmesi ve yayın sözleşmesi biraradadır. Aynı yönde, AYİTER, 235; TEKİNALP, 250. Buna karşılık, hazırlanacak bir eserin yayınlanması için yapılan yayın sözleşmesinde, bir bakıma çifte istisna akdi niteliğinin görülebileceği de kabul edilmektedir. Dolayısıyla, önce eser meydana getirilir, sonra da çoğaltılır. Ancak, bu çifte istisna akdinin müteahhitleri, biri eseri hazırlayan, öteki de çoğaltan olmak üzere iki farklı kişi olacaktır. Bkz. TANDOĞAN, C.II, 47.

[409] AYİTER, 235; TEKİNALP, 250.

Bu veriler çerçevesinde, eser siparişi sözleşmesi aslında istisna akdine yakındır; zira bir sonuç taahhüdü söz konusudur, ancak vekalet sözleşmesine yakın düşen unsurlar da içermektedir[410]. Ancak, eser siparişi sözleşmesinde, ortaya çıkan sanatsal sonucun cebri icrasının ve objektif olarak ölçümünün ve değerlendirmesinin mümkün olmaması, istisna sözleşmesinin karakteri ile çelişmektedir[411]. Dolayısıyla, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasının daha uygun bir çözüm olduğu kabul edilmektedir[412].

Eser siparişi sözleşmesi konusunda üzerinde durulması gereken bir nokta da BK m. 385'de öngörülen hükümdür. BK m. 385 "eserin yayınlayanın planına göre meydana gelmesini" düzenlemiştir. Anılan hükmün birinci fıkrası uyarınca, "bir veya birden fazla yazar, yayınlayanın belirlediği plana göre bir eser meydana getirmeyi üstlenirse, sadece sözleşmeyle kararlaştırılan ücrete hak kazanırlar. BK m. 385/II ise, "bu durumda telif hakkı yayınlayana ait olur" hükmüne yer vermiştir[413].

BK m. 385, yayın sözleşmesi karşısında özel bir durumun sınırlarını çizmektedir. Bu hukuki olgu aslında eser siparişi sözleşmesi ile benzerlikler içermektedir. Ancak, aralarında şöyle bir farklılık vardır. Eser siparişi sözleşmesinde, eser sahibi bir eser meydana getirir ve eseri sipariş eden kişi, aralarındaki anlaşma uyarınca eserden yararlanma yetkisini sözleşmesel

---

[410] HILTY, Basler, 2069; PEDRAZZINI, 558; TROLLER, Kommentar, 17; BUCHER, 216; ULMER, 327; RINTELEN, 261; REHBİNDER, Schweiz, 174; REHBİNDER, Urheberrecht, 314; TROLLER, II, 805; STAUB, 178.

[411] PEDRAZZINI, 558; BUCHER, 217. İstisna sözleşmesinin konusunu oluşturacak olan unsurların geniş tutulması sonucunda ortaya atılan "fikri istisna" görüşü uyarınca, insan emeği ürünü olmak kaydıyla, objektif olarak tespiti mümkün olan, belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi de, istisna sözleşmesinin kapsamı içinde yer almaktadır. Bkz. TUNÇOMAĞ, 953; BİLGE, 213; OLGAÇ, 885; YAVUZ, 447, 448. Ancak, istisna sözleşmesindeki, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasının, fikri çalışmanın sonucunda meydana getirilen "eser" kavramıyla çeliştiği gözden uzak tutulmamalıdır. Bkz. TANDOĞAN, C. II, 7. Fikri istisnanın ancak, belirli sınırlamalar altında kabul edileceğine ilişkin bkz. TANDOĞAN, C.II, 18-20; YAVUZ, 448.

[412] HILTY, Basler, 2069; PEDRAZZINI, 558; TROLLER, Kommentar, 17; BUCHER, 217; ULMER, 327; RINTELEN, 261; REHBİNDER, Schweiz, 174; REHBİNDER, Urheberrecht, 314; TROLLER, II, 805; STAUB, 178. Ancak, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler de, maddi olmayan sonuçlar meydana getirmeyi hedef tutan iş görme sözleşmelerinin niteliğine çok uygun değildir. Örneğin, bu hükümler uygulanırsa, BK m. 396 uyarınca, taraflara her an sözleşmeye son verme imkanını tanımak gerekir. TANDOĞAN, C.II, 7. İsviçre Federal Mahkemesi de, (BGE 98 II 311), fikri bir çalışmayı konu alan bir sözleşmenin mutlaka vekalet olarak nitelendirilmesinin gerekmediğini, vekalet hükümlerine tabi olmayan ve kendine özgü yapısı bulunan iş görme akitlerinin mevcut olabileceğini kabul etmek gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla, fikri bir çalışma sonucunun borçlanıldığı sözleşmenin kendine özgü yapısı olduğu kabul edilse bile, peşin hükümle vekalet hükümlerine tabi tutulması doğru değildir. Söz konusu sözleşmenin yapısına istisna veya vekalet sözleşmelerine ait hükümlerinden hangisinin daha uygun olduğu araştırılmalıdır. TANDOĞAN, C.II, 10. Kanaatimizce de, fikri bir sonucun üstlenildiği sözleşmeleri, kendine özgü yapısı olan iş görme sözleşmeleri olarak nitelendirmek, taraf menfaatlerine uygun olduğu gibi, sözleşmenin bünyesine uygun olmayan sonuçların ve olumsuzlukların oluşmasını da engelleyecektir. Bu bağlamda, kendine özgü yapısı olan bu sözleşmenin, bünyesinden kaynaklanan özel sorunlar dikkate alınarak vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerden kıyasen yararlanılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

[413] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 501/I uyarınca, bir veya birkaç kişi, yayımcının belirlediği plâna göre bir eser meydana getirmeyi üstlenirlerse, sadece sözleşmeyle kararlaştırılan ücrete hak kazanırlar. TBKT m. 501/II'ye göre, bu durumda, telif hakkı yayımcıya ait olur.

olarak kazanır. Oysa BK m. 385/2, meydana getirilen eser üzerindeki telif hakkını yasa gereği doğrudan doğruya, asıl olarak yayınlayana vermektedir. Böylece her ne kadar, yayınlayan aslında ancak ikinci el olarak eser üzerindeki telif hakkını kazanabilecek durumdayken, İsviçre ve Türk Hukukundaki genel ilke olan, eser sahibinin eseri meydana getiren kişi olma ilkesi, BK m. 385'de öngörülen telif hakkının yayınlayana ait olması hükmü ile kırılmıştır. Bu bağlamda, söz konusu hükmün, eser üzerindeki telif hakkının eser sahibinde olduğu ancak, eser sahibinin yararlanma yetkilerini devretmek zorunda olması şeklinde değiştirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir[414]. Bu durum, genellikle bir tüzel kişi olan yayınlayanın eser sahibi olamaması kuralına da uygun olacaktır. Böylece sadece gerçek kişinin eser sahibi olabileceği kuralı da zedelenmemiş olacaktır[415].

Ancak, İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, eseri meydana getiren kişinin yayınlayanın sadece yardımcısı olduğunu ve yabancı bir fikri sadece uyguladığını, böylece eserin ikinci el olarak meydana getirilmediğini vurgulamıştır[416]. Ancak, Federal Mahkemenin yardımcı şahıs olarak verdiği tanım –en fazla güzel sanat eserleri için kalfa olarak böyle bir nitelendirme yapılabilir- Fikir ve Sanat Eserleri Hukukuna uygun bir tanım değildir. Bu bağlamda yine Federal Mahkemenin başka bir kararında da vurgulandığı üzere, böyle bir durumda daha doğru bir nitelendirme ve yorum, birden fazla şahsın eser sahipliği olarak yapılabilir. Böylece ortaya çıkan eser üzerindeki telif hakkı birlikte eser sahiplerine ait olacaktır[417].

Aslında İsviçre Federal Mahkemesinin "yardımcı şahıs" nitelendirmesi, eser siparişi sözleşmesini özel olarak düzenleyen AYK §47'deki hükmün içeriğine uygundur. Zira, AYK § 47/I, "Eğer bir eser, eseri sipariş eden kişinin planına göre meydana getiriliyorsa ve eseri sipariş eden kişi bu planda eserin içeriğini olduğu gibi, türünü ve tarzını da ayrıntılı olarak belirlemişse, şüphe halinde eseri sipariş eden kişinin bu eseri çoğaltma ve yayma yükümlülüğü yoktur" hükmünü öngörmektedir.

AYK §47II ise; "Aynı kural, birden çok şahsın eser sahibi olabileceği şekilde bir ansiklopedi hazırlayan işletmenin faaliyetine katılması halinde veya bir başkasının eserinde veya toplu bir eserde yardımcı veya ek iş yapılması halinde de geçerlidir" hükmüne yer vermektedir.

---

[414] TROLLER, Kommentar, 74; HILTY, Basler, 2103; BGE 74 II 116; TROLLER, II, 806; REHİNDER, Schweiz, 138. Aksi görüş PEDRAZZINI,559. PEDRAZZINI, anılan hükmü eseri sipariş eden kişinin eser üzerindeki fikri hakkın doğumuna yol açan işlemi yaptığını ve eseri hazırlayan kimsenin sadece yardımcı fonksiyona sahip olduğunu benimsemektedir.

[415] HILTY, Basler, 2103.

[416] BGE 74 II 116; TROLLER, II, 806.

[417] BGE 101 II 105; HILTY, Basler, 2103.

AYK §47, her ne kadar eseri sipariş eden olarak ilk planda yayınlayan gündeme gelse de, BK m. 385'ten farklı olarak yayınlayandan değil eseri sipariş eden kişiden (Bestseller) söz etmektedir. Dolayısıyla, eser sipariş eden kişi yayınlayan olabileceği gibi, bir üçüncü kişi de olabilir. Bu bağlamda, eser sipariş eden kişi, bir editör veya bir reklam şirketi olabileceği gibi bir eserin yazarı da olabilir[418].

AYK §47 irdelendiğinde ve yorumlandığında, her somut olay karşısında eseri sipariş eden kişi ve eser sahibi arasında, eser sahipliği hakkındaki ilişki açısından, asıl eser sahibinin kim olduğu veya birlikte eser sahipliği olup olmadığı sorununun gündeme geldiği göze çarpmaktadır. Bu bağlamda doktrinde öne sürülen şu kriterler belirleyici ve yol gösterici olmaktadır. Eğer, eseri sipariş eden kişi yazara eserin içeriği, yapısı ve şekli konusunda en ince ayrıntılarına kadar düzenlemeler getirmişse ve bunun sonucu olarak da yazarın kendi yaratıcılığını ortaya koyabileceği ve uygulayabileceği bir alan kalmıyorsa, bu takdirde eser sahibi, eseri sipariş eden kişidir. Zira, böyle bir durumda bizzat planın yapılmasının kendisi yaratıcı ve fikri bir faaliyet ölçüsündedir ki, sadece bu durum telif hakkının konusunu oluşturmaya yetmiştir. Buna karşılık yazar, sadece eseri sipariş eden kişinin bu isteğinin yerine getirilmesinde yardımcısı konumundadır. Böyle bir durumda, -ki bu ihtimal ancak, son derece istisnai hallerde ve öncelikli olarak "bozuk para" (kleine münze) diye nitelendirilen, broşürlerin hazırlanmasında olduğu gibi belli alanlarda söz konusu olabilir- yayma ve çoğaltma hakkı eser sahibi olarak eseri sipariş eden kişiye aittir ve yazar ve eseri sipariş eden kişi arasında bir yayın sözleşmesi söz konusu olmayacağı için eseri sipariş eden kişinin de yayma ve çoğaltma yükümlülüğü yoktur[419]. Bu ihtimale daha çok yazarın yabancı bir eserin veya toplu bir eserin yardımcı ve ek işlerini yürütmesi, uygulaması durumlarında rastlanılır. Örneğin, yabancı bir eserin içindekiler kısmının tamamlanması, eserdeki yabancı kelimelerin doğru yazılıp yazılmadığının kontrol edilmesi, düzeltme okumalarının yapılması, yazılı bir eser için bir resim veya şeklin teslim edilmesi, müzik parçalarının aranjmanlarının yapılması veya parçanın başka bir tona aktarılması veya dönüştürülmesi veya parçanın tamamlanması için başka bir enstrümental müziğin eklenmesi işlemleri yardımcı veya ek işler olarak kabul edilmektedir[420].

Eğer, yazar eserin oluşmasında belli bir paya sahip olmakla ve bu anlamda fikri hakkın yaratılmasında belli bir katkıya sahip olmakla birlikte, eseri sipariş eden kişi de aynı şekilde eserin oluşturulmasındaki yaratıcılık faaliyetine katılmışsa bu takdirde birden çok şahsın eser

[418] SCHRICKER, 709-710; SCHACK, 469.
[419] SCHRICKER, 710; SCHACK, 468.
[420] Bkz. SCHRICKER, 715-716.

sahipliği söz konusu olacaktır. Eseri sipariş eden kişinin katılımı, eserin düşünce akışını belirlemesi şeklinde ortaya çıkabilir[421]. Ancak, belirlenen plan öyle bazı kendine özgü yaratıcılık unsurlarını içerir ki, bu unsurlar eseri sipariş eden kişiye birlikte eser sahipliği statüsünü kazandırmaktadır. Buna karşılık yazar da, yazının stilini, tarzını belirleyerek, özellikle düşünce akışının tamamlanması, düzenlenmesi ve formüle edilmesi işlerini yürütmektedir. Bu noktada belirleyici olan kriter, yazarın kendisine sıradan olarak verilen ek veya yardımcı işteki rolünü aşarak, kendi katılımını yaratıcılık düzeyine çıkarmasıdır[422]. Buna karşılık eğer, eseri sipariş eden kişi eserin yaratıcılık unsuruna katılmaksızın sadece işlemin planını, içeriğini türünü ve yöntemini belirlemişse ve eser yazarın yaratıcılık faaliyeti sonucunda oluşmuşsa, bu durumda da yazar eser sahibi olarak kabul edilmelidir. Ancak, yazar bu eseri sipariş eden kişi ile aralarındaki sözleşmeye dayanarak yaptığı için ortada yine de bir eser siparişi sözleşmesi vardır. Eğer, yazar her açıdan eseri bağımsız olarak meydana getirmişse, eser üzerindeki tek eser sahipliği statüsü sadece yazara ait olacaktır. Böyle bir durum genellikle, yayın sözleşmesinin kurulmasıyla ortaya çıkar ki, yazar bu ihtimalde eseri sipariş eden kişi ile aralarındaki hukuki ilişki uyarınca eser üzerinde sahip olduğu telif hakkını sipariş eden kişiye devretmekle yükümlüdür[423]. Bu bağlamda, eser sipariş eden kişi ve eseri meydana getiren kişi arasındaki eser sahipliği statüsünü belirleyecek olan unsur eserin meydana getirilmesindeki yaratıcılık faaliyetine katılım ve bu katılımın eser sahipliği düzeyine ulaşıp ulaşmayacağı olgusudur. Bu olgu da, her somut olayda, somut olayın şartları ve özellikleri dikkate alınarak ayrıca incelenmelidir.

AYK §47, yazar ve eseri sipariş eden kişi arasındaki hukuki ilişkiyi açıkça nitelendirmese de, taraflar arasında bir yayın sözleşmesinin olmadığı çok açıktır, zira yayın sözleşmesinin zorunlu ve esaslı unsurları olan yayınlayanın çoğaltma ve yayma yükümlülüğü söz konusu değildir. Diğer taraftan eser siparişi sözleşmesinde karakteristik unsur olan yazarın sözleşmeye uygun nitelikte bir eser meydana getirmesi de yayın sözleşmesine yabancı bir unsurdur[424]. Ancak, eseri sipariş eden kişi eseri çoğaltma ve yayma yükümlülüğü altında değildir. Eğer, taraflar kendi aralarında açıkça veya somut olayın şartlarının yorumlanması yoluyla, eseri sipariş edenin aynı zamanda eseri çoğaltma ve yayma yükümlülüğü altında da

[421] SCHRICKER, 710.
[422] SCHACK, 468.
[423] SCHRICKER, 711.
[424] Bu bağlamda, Alman Hukuku'nda da, eseri sipariş eden kişi ile yazar arasındaki hukuki ilişki hakkında öncelikli olarak BGB'nin eser sözleşmesi hükümleri gündeme gelmektedir. Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 232; SCHRICKER, 716; SCHACK, 468. Ancak, Alman Hukuku'nda da vekalet ve hizmet sözleşmesi hükümlerinin de uygulama alanı bulabileceği kabul edilmektedir. Bkz. SCHRICKER, 716.

olduğu kabul ediliyorsa, bu durumda AYK §47 uygulama alanı bulamayacaktır[425].

Alman Hukuku'nda, eser siparişi sözleşmesine her ne kadar eser sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulansa da, aslında eser siparişi sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir. Zira, yazar eser sipariş edenin belirlediği plana tam olarak uyarak, bir eser meydana getirirken, kendisinin hak kazandığı çoğaltma ve yayma haklarını eseri sipariş edene devretmekle yükümlüdür[426]. Böylece, eseri sipariş eden kişi, ancak eser üzerinde telif hakkı sahibi olan yazarın kendisine bu yararlanma haklarını tanıdığı ve devrettiği oranda eserden yararlanma hakkına sahip olacaktır[427]. Alman Hukuku'nda kabul edilen bu çözüm tarzının, yani eser sahibinin eserin oluşmasından sonra hak sahibi olduğu mali hakları eseri sipariş edene devretme yükümlülüğü altında olması kuralının Türk ve İsviçre Hukuku'nda da benimsenmesi gerektiği yukarıda da açıklandığı üzere kabul edilmektedir. Bu çözüm aynı zamanda hukuk sistematiğine ve telif hakkının bünyesine de uygundur.

İBK m. 393 açıkça, yazarın[428] yayınlayanın planına göre bir eser meydana getirmesi halini düzenlemiştir. Böylece, öncelikli olarak yazar, dar anlamda yayınlayanın talimatlarıyla ve direktifleriyle bağlıdır. Ancak, eserin yeni basısının 3.kişi tarafından yapılması durumunda söz konusu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır[429]. Yine, söz konusu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için yazar bir eser meydana getirme yükümlülüğü altında olmalıdır. Eğer yayınlayanın eser hakkında ileri sürebileceği somut bir fikri yoksa, bir eser siparişi sözleşmesinden bahsedilir. Şüphe halinde, sözleşmenin eser siparişi sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir[430].

BK'nın anılan hükmünün kapsamında, genellikle temelde taraflar arasında yer alan hizmet, eser veya vekalet sözleşmesi yer almaktadır[431]. Hükümde söz konu olan telif ücreti yükümlülüğü de ana kuraldır. Telif ücreti, eser teslim edildiği anda muaccel olacaktır[432].

---

[425] SCHRICKER, 716,717.
[426] SCHRICKER, 717; SCHACK, 468.
[427] SCHACK, 468.
[428] İBK'nın almanca metninde, "yazar"dan bahsedilmesi ve eserin meydana getirilmesini de "bearbeitung" olarak nitelendirmesi hukuki açıdan doğru bir nitelendirme değildir. Zira, yazar terimi yayınlatanı karşılamadığı ve bu bağlamda hüküm sistematik düzenlemeyi bozduğu gibi, "bearbeitung" da teknik anlamda işleme eser anlamına gelmektedir.; TROLLER, Kommentar, 74; HILTY, 2103.
[429] BGE 117 II 468; HILTY, Basler, 2103.
[430] TROLLER, Kommentar, 74-75; SCHRICKER, 716.
[431] TROLLER, Kommentar, 75; PEDRAZZINI, 558; HILTY, Basler, 2103; AYİTER, 89; TANDOĞAN, C.II, 47; ASLANLI, 65, 66; GİRİTLİOĞLU, 32, 33; KARAHASAN, 903.
[432] TROLLER, Kommentar, 75; PEDRAZZINI, 558; HILTY, Basler, 2103.

VI. FİLM SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Film çekme sözleşmesi, ya eser sahibi (veya hak sahibi) ile yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarından meydana gelen eser sahipleri veya bunların mali haklarını yapımcıya devretmiş bulunmaları halinde, yapımcıyla eser sahibi arasında yapılır. Bu sözleşme "filme çekme hakkını" tasarrufi bir şekilde eser ortaklığına veya yapımcıya devreder. "Filme çekme hakkı"; a) eserin filme çekilmesi, b) filmin çoğaltılması ve yayılması, c) FSEK m. 25'deki radyo ile yayım hakkının bir türü olan gösterim hakkını ve d) bu hakkın başkasına devri gibi bazı mali hakları da doğal olarak içerir. Filmin çoğaltılması ve yayılması hakkı, kural olarak, filmin sinemalarda gösterilmeye müsait hale getirilmesini ifade eder, yoksa filme çekme hakkı, hak sahibine kaset halinde çoğaltma hakkını vermez[433].

Genellikle, film sözleşmesinin tarafları, oluşturulmuş olan bir eserin veya film için meydana getirilen senaryonun eser sahibi ve film yapımcısıdır. Eser sahibinin yerine halefleri de sözleşme tarafını oluşturabilir. Yapımcı şirket, eser sahibinden film konusu eser üzerindeki gösterim hakkını, film sözleşmesi ile kazanmaktadır[434]. Gösterim hakkı, belirli bir bölge ile sınırlanabileceği gibi, dünya çapında da tanınmış olabilir. Zira, büyük çaplı film yapım şirketleri, dünya çapında müşteri kitlesine ulaşmayı hedeflemektedirler. Yine gösterim hakkı, belirli bir süre ile sınırlı olarak da tanınabilir. Söz konusu sürenin dolmasıyla birlikte, yapımcı şirket sadece filme çekme hakkını değil, filmi kullanma hakkını da kaybeder.

Yayın sözleşmesinde olduğu gibi film sözleşmesinde de fikri hakkın yaratıcısı ile bu fikri ürünü filme özgü bir şekilde çoğaltmak ve yaymak isteyen bir işletme (film yapımcısı) karşı karşıya gelmektedir. Doktrinde de, bu esaslı unsurlardaki benzerliğe dayanılarak, kendine özgü bir sözleşme olan film sözleşmesi hakkında da özel bir yasal düzenleme olmadığı sürece yayın sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Böylece, yayın sözleşmesi hükümleri aracılığı ile, film yapımcısının filmi manüskriye göre ve ona uygun olarak çekmek zorunda olup olmadığı veya değişiklikler yapmaya yetkili olup olmadığı ve son olarak kazandığı hakkı üçüncü kişiye devretmeye yetkili olup olmadığı gibi temel sorunlara çözüm bulunabilecektir[435].

---

[433] TEKİNALP, 252. Aksi görüş, REHBİNDER, Urheberrecht, N. 379. Kanaatimizce, filme çekme hakkının filmi kaset halinde çoğaltma hakkını vermediğinin kabulü aynı zamanda, telif hakkının dar olarak bu anlamda sözleşme amacının gerçekleşmesi için gerekli olduğu ölçüde devredilmesi gerektiği yorumunu temel alan "amacın gerektirdiği ölçüde geçirme" teorisine de uygundur. Taraflar, kaset halinde çoğaltma hakkını filme çekme hakkı sahibine tanımak istiyorlarsa, bunu ayrıca açıkça sözleşmede kararlaştırmalıdırlar.

[434] REHBİNDER, Urheberrecht, 322; SCHRICKER, 168; ULMER, 494.

[435] Bkz. SCHRICKER, 168. UrhG §94/II, açıkça film yapımcısının sahip olduğu hakkın devredilebilir bir hak olduğunu öngörerek, bu kurala da film yapımcısını koruyucu hükümler arasında yer vermektedir. Bu bağlamda, anılan hükümle eser üzerindeki mali hakların devrinde eser sahibinin onayını arayan kurala da bir

Ancak, film yapımı sözleşmesine özgü açıklığa kavuşturulması gereken sorunlar hakkında yayın sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasına ilişkin arayışın, yanlış temelleri ve şartları çıkış noktası olarak kullandıkları da ileri sürülmektedir. Zira, hem senaryo sözleşmesi gereğince hem de bir roman, hikaye, dram veya opera gibi bir eserin filme çekilmesine ilişkin sözleşmede yayın sözleşmesinin zorunlu unsurları eksiktir. Çünkü, bir eserin filme çekilmesi yayın hukuku anlamında bir senaryonun çoğaltılması demek değildir[436].

Ancak film, üzerinde telif hakkı olan bir eserin başka bir şekle dönüştürülmesiyle oluşmaktadır. Dolayısıyla, bu anlamda film üzerinde ayrıca telif hakkı oluştuğu için korunan bir "işleme" eserdir. Alman İmparatorluk Mahkemesi de, film konusunun bir senaryo olduğu sözleşmelerde, yayın sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasını kabul etmemiş ve her iki sözleşme arasındaki ciddi ve önemli farklılıklar yüzünden yayın hukukunun temel ilkelerinin film hukukuna taşınması ve uygulanmasının mümkün olmadığı kararına varmıştır[437].

Bu bağlamda film sözleşmeleri kendine özgü sözleşmelerdir ve bu yüzden sözleşmenin tarafları, aralarındaki sözleşmede kararlaştırdıkları ölçüde sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler[438]. Dolayısıyla, film yapımcılarına tanınan filme çekme hakkı, yüksek prodüksiyon masrafları yüzünden yapımcı şirketlerin filme çekme yükümünü doğal olarak içermemektedir; meğer ki, aksi sözleşmenin niteliğinden anlaşılsın veya sözleşmede bu husus açıkça öngörülmüş olsun[439]. Ancak, uygulamada ortaya çıkabilecek yanlış anlamaları önlemek için, film yapımcısının filmi çekme, çoğaltma ve yayma gibi bir yükümlülük altında olmadığının sözleşmede açıkça kararlaştırılması gerektiğinden, bu konu film sözleşmesi açısından özellikle gözden geçirilmelidir[440].

Film sözleşmesinde yer alan boşluklar veya belirsizlikler açısından UrhG §88, film yapımcısına, filme çekme ve filmi kullanması için gerekli olan hakların tanındığına ilişkin bir karine öngörmektedir ki, bu hüküm Türk Hukuku açısından da genel olarak film sözleşmesinin kapsamı açısından bir çerçeve hüküm olarak dikkate alınabilir. Bu bağlamda, §88 uyarınca, eğer eser sahibi eserin bir filme konu olması için bir başkasına izin vermişse, şüphe halinde şu yararlanma haklarının tanındığı kabul edilmektedir: 1. Eseri değiştirmeden kullanmak veya film için oluşturulan eserin işlenme veya başka bir şekle dönüştürülmüş şeklini kullanmak, 2. Filmi çoğaltmak ve yaymak, 3. Eğer gösterime konu olan bir film söz

---

istisna getirilmektedir.
[436] SCHRICKER, 168.
[437] RGZ 107, 62; REHBİNDER, Urheberrecht, 323.
[438] OLG Hamburg UFITA Bd. 25, 1958, 463. (UFİTA, Archıv für Urheber , Film, Funk und Theaterrecht)
[439] TEKİNALP, 252.
[440] SCHRICKER, 168.

konusu olursa, bu filmi kamuoyu önünde göstermek, 4. Eğer radyo ile yayının sözkonusu olduğu bir eserse, bu eseri radyo ile yaymak, 5. Filmin çevirisi ve film ile ilgili diğer işlemeleri kullanmak. UrhG §88/II, film yapımcısına tanınan bu hakların şüphe halinde eserin yeniden filme çekilmesi hakkını vermediğini de hükme bağlamıştır.

Dolayısıyla, eserin yeniden başka bir filme konu olması şüphe halinde kabul edilmemektedir. Bu sonuç, aynı zamanda fikri hukukta kabul edilen amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisi ile de uyum içindedir.

Film sözleşmesinin kurulmuş olması, -taraflar sözleşme ile aksini kararlaştırmadıkları takdirde- eser sahibinin filme konu olan veya konu olacak olan eserini başka bir şekilde kullanmasına engel değildir. Bu bağlamda, eser sahibi eserini herhangi bir yayınlayanla kuracağı yayın sözleşmesine konu edebileceği gibi, bu eserin başka bir şekilde işlenmesiyle örneğin bir dramada kullanılmasına da izin verebilir. Film sözleşmesinin konusu, şüphe halinde sadece eserin filme çekilmesidir[441].

Film sözleşmesinde film yapımcısı, şüphe halinde kural olarak filme konu olan eseri değiştirmeden söz konusu filmi çekmelidir[442]. Ancak, film yapımcısının filmin çekilmesi aşamasında, teamül uyarınca benimsenen veya prodüksiyon işleminin gerektirdiği değişiklikleri yapmaya yetkili olduğu kabul edilmektedir. Zira, bazen filme çekme faaliyeti, doğal olarak film konusu eserde küçük veya büyük çapta değişiklikleri de gerektirmektedir. Ancak, bu değişiklikler, eseri tahrip edecek ve eseri ve eser sahibini olumsuz etkileyecek türdeyse, eser sahibi bunlara engel olabilecektir[443]. UrhG §94, bu konuda özel bir hüküm öngörmüştür. Söz konusu hükümde özellikle, film yapımcısının, filmin çekildiği sesli veya resimli taşıyıcıları çoğaltma, yayma, kamuoyu önünde gösterim veya radyo ile yayım hakkının kullanılmasında inhisari bir hakka sahip olduğu belirtilmektedir. Ayrıca, film yapımcısının, kendi çıkarlarını tehlikeye soktuğu takdirde, resimli taşıyıcılar veya resimli veya sesli taşıyıcılar üzerinde uygun olan kısaltmaları veya değişiklikleri yapabileceği, söz konusu taşıyıcıları yasaklama hakkına da sahip olduğu hüküm içinde belirtilmektedir. Manüskrinin eser sahibi, filmin gösterimi sırasında, isminin de yer almasını kişilik haklarına dayanarak talep edebilecektir[444].

---

[441] SCHRICKER, 169.

[442] Dolayısıyla, film yapımcısının manüskriyi değiştirme yetkisi yoktur. Yapımcı, eğer filme konu olan eser başka bir eserin işlenmesi veya başka bir şekle dönüştürülmesiyle elde edilmişse, bu işlemeye göre eserden yararlanacaktır. SCHRICKER, 169.

[443] Bkz. OLG München ZUM 1986, 476; REHBİNDER, Urheberrecht, 323.
UrhG §94/II, açıkça film yapımcısının sahip olduğu hakkın devredilebilir bir hak olduğunu öngörerek, bu kurala da film yapımcısını koruyucu hükümler arasında yer vermektedir. Bu bağlamda, anılan hükümle eser üzerindeki mali hakların devrinde eser sahibinin onayını arayan kurala da bir istisna getirilmektedir.

[444] BGH GRUR 1963, 40; SCHRICKER, 169; REHBİNDER, Urheberrecht, 323.

Uygulamada genellikle, film yapımcısı şirketler, kural olarak film üzerindeki kullanım haklarını, özellikle filmin "gösterim" hakkını, belirli bir bölge ve süre ile sınırlı olarak, bir kullanıcı şirkete bırakabilir. Bu bağlamda, film yapımcısı filmin kullanılması ve gösterilmesi için gerekli olan materyallerini, özellikle filmin negatiflerini ve sözleşme uyarınca gerekli olan diğer kopyaları da teslim eder[445]. Kullanıcı şirket, bunun karşılığında ya götürü bir bedel öder, ya da uygulamada teamül olduğu üzere film yapımcısına, elde edilen kazancın belli bir oranını verir. Ancak, genellikle kullanıcı firma, çoğunlukla filmin prodüksiyon masraflarının karşılanması için kullanılacak olan asgari bir bedeli, yapımcı firmaya ödemeyi taahhüt etmektedir. Yapımcı şirket, film üzerindeki hakkın varlığını tekeffül yükümü altında olduğu gibi filmin tamamlanması ve filmin sansürlenmesi rizikosunu da taşımaktadır. Buna karşılık, kullanıcı firma da filmi düzenli olarak kullanma yükümlülüğü altında olduğu gibi, filmin kullanımıyla ilgili hesap dökümlerini de yapımcı firmaya göstermekle yükümlüdürler. Bu tür sözleşmeler, "film lisansı sözleşmesi" olarak nitelendirilmektedir. Film lisansı sözleşmesi de, kendine özgü bir telif hakkı sözleşmesidir ve patent lisansı sözleşmesine benzemektedir. Ancak, film lisansı sözleşmesi, her sözleşmenin oluşumuna göre yayın sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesi, eser sözleşmesi, hasılat kirası sözleşmesi, komisyon sözleşmesi ve satım sözleşmesine ilişkin unsurları da içerebilir[446]. Kullanıcı şirketin aynı zamanda filmi kullanma yükümlülüğü altında olup olmadığı sözleşmenin içeriğinden çıkarılabilir Yapımcı şirketin kazanca katılmış olduğu durumlarda, kullanıcı firmanın böyle bir yükümlülük altında olduğu kabul edilmelidir[447].

VII. ELEKTRONİK YAYIN SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Son yıllarda özellikle internetin kullanım alanının yayılmasıyla birlikte, verilerin dijital formatta kullanıcıya aktarılması şeklinde meydana gelen yeni teknik gelişmeler ve bunun uzantısı olarak ortaya çıkan ekonomik gelişmeler yayın hukuku alanını da etkilemiş ve "elektronik yayın"[448] ve "elektronik kitap" gibi kavramları ve bu yeni terimlere ve yapılara uygulanması gereken hukuk kurallarının tespiti gibi sorunları gündeme getirmiştir.

Elektronik yayın doğası gereği, yaratıcı eser sahipleri, yayınlayanlar, piyasaya dağıtanlar ve son kullanıcılar arasındaki klasik hukuki ilişkileri önemli ölçüde

[445] OLG Hamburg UFİTA 71, 1974, 227; REHBİNDER, Urheberrecht, 325.
[446] REHBİNDER, Urheberrecht, 325.
[447] BGHZ 2, 335.
[448] Elektronik yayınla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SCHMAUS Stefan, Der E- Book Verlagsvertrag, Diss., Frieburg 2002.

değiştirmektedir. Dolayısıyla, teknolojinin gelişmesiyle birlikte değişen bu ilişkiler, yeni hukuki ve ekonomik sorunları da doğurmaktadır[449].

Elektronik yayın, ilim ve edebiyat eserlerinin kullanıcıya verileri (dataları) aktaran bir ekran aracılığı ile ulaştırılmasıdır. Veri transfer ekranı, eserin kullanıcıya ulaştırılmasında aracılık eder[450]. "E-Book" olarak nitelendirilen, elektronik kitap ise, sadece söz konusu eserin çoğaltılmasıyla meydana gelen datalardan (verilerden) oluşmaktadır ve dijital olarak çoğaltılan ve bir web sitesi içinde yer alan bu veriler yine web sitesi aracılığı ile "online" (ağ içi) talep üzerine, yine online olarak son kullanıcıya aktarılmaktadır. E-book'un açılması ve okunabilmesi için aynı zamanda özel bir software programına da ihtiyaç duyulmaktadır[451].

Elektronik kitap, aslında yayın sözleşmesine konu olabilen ilim ve edebiyat eserlerinin dijital şeklinden ibarettir. Bu anlamda elektronik kitap sözleşmesi, konusu açısından klasik yayın sözleşmesiyle arasında herhangi bir farklılık yoktur. Klasik kitap basımını konu alan yayın sözleşmesiyle elektronik kitap arasındaki tek fark elektronik kitabın, dijital bir bası olmasıdır[452]. Ancak, elektronik yayın bir üst kavram olarak kullanılmaktadır. Zira, elektronik yayın yoluyla, kitabın yanısıra metinler, sabit veya hareketli resimler gibi sesler de dijital formatta kullanıcıya aktarılabilmektedir[453]. Bu bağlamda, elektronik yayın teknolojisi, diskete veya CD'ye kaydedilen metinlerden, elektronik kitaplara, internette depolanan farklı boyutlardaki metinlerden, seslerden, grafiklere ve hareketli görüntülere kadar geniş bir yelpazeye yayılmaktadır. Bu teknolojinin temelinde, metinlerin, seslerin, müzik ve hareketli resimlerin dijital şekle aktarılabilmesi yatmaktadır[454].

Elektronik yayının zorunlu unsuru, eserin dijital olarak çoğaltılmasıdır. Çoğaltma kavramının önemi, elektronik kitap basımında, eserin online talep edilen siparişe uygun olarak internette hazır olarak yer alması dolayısıyla azalmamıştır. Zira, eserin kamunun erişebileceği şekilde kullanıma açık ve hazır olabilmesi, ancak eserin daha önceden online kitap satanların

---

[449] PERLE Gabriel E./WILLIAMS John Taylor, Perle and Williams on Publishing Law, Gaithersburg, MD 2004, §4-6.

[450] SCHACK, 469.

[451] E-book'lar daha çok PDF formatında olduğundan, Adobe Acrobat eBook Reader ile açılabilmekte ve okunabilmektedir. Ancak, bunun dışında da özel bazı bilgisayar programları da E-Book'un açılmasında kullanılmaktadır. Bkz. SCHMAUS, 18; STOKES Simon, Digital Copyright, Law and Practice, Oregon 2005, 108.

[452] SCHMAUS, 13; SCHACK, 470.

[453] SCHACK, 469; PERLE/WILLIAMS, §4-3.

[454] Bu tür dijital veriler depolanabilmesi, aktarılabilmesi, görüntülenebilmesi ve bilgisayar aracılığı ile değiştirilebilmesi açısından klasik metinlere göre daha avantajlıdır. Elektronik yayının gelişmesi, bilginin dağıtımına ve bilgiye ulaşıma ilişkin birtakım klasik yöntemleri de farklı bir şekle dönüştürmüştür. Örneğin, hukuki araştırma artık, Amerika'da Lexis ve Westlaw gibi online veri tabanları aracılığı ile yapılmakta, bilimsel ve akademik dergiler ve diğer periyodik eserler internet veya CD aracılığı ile daha kapsamlı olarak yapılmaktadır. PERLE/WILLLIAMS, §4-3.

internet serverlarına[455] yüklenmesi şartıyla mümkündür. Buna ek olarak elektronik eserin kamunun erişebileceği hale getirilmesi (Öffentliche Zugänglichmachung von E-Book Edition), sadece eserin son kullanıcının online talebi üzerine yeniden çoğaltılması amacının gerçekleşmesine hizmet eden zorunlu bir araçtır. "Öffentliche Zugänglichmachung von E-Book Edition", yani e-kitap baskısına erişilebilmesi, terimi yayma hakkının elektronik ortamda gerçekleşmesi anlamında, yayma hakkı terimi yerine kullanılmaktadır. Çoğaltma işleminin bitmesiyle birlikte eserin içeriği, son kullanıcının elektronik kitabı okumak için kullanmakta olduğu yine elektronik bir aletle (sabit veya dizüstü bilgisayar) algılanabilir hale gelmiştir. Bu anlamda eserin kamunun erişebileceği hale getirilmesi aslında sadece bir dağıtım metodudur ve çoğaltma işleminin arkasından eserden yararlanmayı sağlamaktadır. Bu anlamda, cisimleşmiş eser nüshasının çoğaltılması ile yayılması arasındaki ilişki açısından, klasik yayın sözleşmesine nazaran elektronik yayın sözleşmesinde bir farklılığın olmadığı ileri sürülmektedir[456].

Dijital çoğaltmanın yapılabilmesi için, yazarın yayınlayana teslim ettiği yine dijital formattaki bir eserdeki veriler, dijital çoğaltmanın yapılabilmesi için gerekli olan başka verilere çevrilir. Eğer, kitap eski bir kitapsa ve dijital bir formatta değilse bu takdirde, çoğaltma her sayfanın taranması ve taranan bu verilerin daha sonra başka verilere çevrilmesi yoluyla mümkün olmaktadır. Eserin çoğaltılmasının kapsamına, eserin başlığı, içindekiler kısmı, fiyatı, yayınevi, sayfa sayısı ve ISBN numarasının gösterilmesiyle, bazı teknik koruma önlemlerinin alınması girmektedir. Örneğin, talep edilen eserden ancak sınırlı olarak kopya yapılabileceği, basılabileceği veya başka bir şekilde kullanılmayacağı gibi ibareler de dijital olarak çoğaltılan eserin içeriğinde yer almaktadır. Elektronik kitaplar kural olarak, yayınlayanın kendisinin online olarak hazır tuttuğu bir alanda satışa sunulmazlar, genellikle bir veya birden fazla online kitapçının bulunduğu internet sitesi üzerinden satışa sunulurlar. Online kitapçıların bulunduğu servis sağlayıcıların[457] bulunduğu sitenin içeriğinin

---

[455] Serverlar, dosyaları saklayan ve temel işlemleri gerçekleştiren güç kaynağı niteliğindeki bilgisayarlardır. Server aynı zamanda, belli kapasitesi olan bir program ve dijital bilgilerin saklandığı manyetik bir ortamdır. Kural olarak, internet servis sağlayıcılar görevlerin yerine getirmek için serverlardan yararlanırlar. Bkz. SAĞLAM İpek, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007, 39.

[456] SCHMAUS, 40-41.

[457] İnternet kapısını bilgisayarlara aralayan kuruluşlar internet servis sağlayıcılardır. İnternet servis sağlayıcılarının asli fonksiyonu, telekomünikasyon idarelerinden işletme hakkını aldıkları veri hatlarını, internete bağlanmak isteyen abonelerine sağlamaktır. SAĞLAM, 36. Eğer, servis sağlayıcı daha önce hazır bir içeriğe erişimi sağlıyorsa, diğer bir ifadeyle kullanıcının internete bağlanmasını sağlıyorsa bu tür servis sağlayıcılara, erişim sağlayıcı (access provider), kullanıcılar tarafından erişilmek üzere , verilerini (web sitesini) internet ortamında sunuyor, web sitesini oluşturan ana ve alt sayfaların içeriklerini düzenliyorsa, içerik sağlayıcı (content provider) olarak nitelendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR Mehmet, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004, 146-148; İNAL Emrehan, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005, 7.

yüklenmesiyle birlikte elektronik satış süreci başlar ve son kullanıcının eserin okunmasını sağlayacak makinaya bu eserin yüklemesiyle (download) birlikte de sona erer. Ödeme, her online kitapçıya göre farklı şekillerde yapılabilir. Genellikle, ya her bir satış için müşterinin banka hesabından karşılanacak olan bir müşteri hesabı üzerinden veya kredi kartı bilgilerinin bildirilmesi aracılığı ile yapılır[458].

Yayın sözleşmesi hükümlerinin doğrudan elektronik kitap sözleşmesine uygulanıp uygulanamayacağı sorunu aslında temel olarak somut olayda, yayınlayanın E-kitap sözleşmesi uyarınca yerine getirdiği faaliyetin, en azından yasal "çoğaltma" ve "yayma" kavramları altında yer alıp almadığına bağlanan bir yorum sorunudur. Eserin çoğaltılması, eserin yayın sözleşmesi çerçevesinde yapılacak olan yayımı için zorunlu olan bir unsurdur. Bu anlamda, "çoğaltma" hakkı sadece yayın hukukunun merkez ve kilit kavramı değil, aynı zamanda genel olarak yazarın, eser sahibi olarak sahip olduğu, "königsrecht", yani kral hakkıdır. Yayın sözleşmesi hükümlerinin elektronik kitap sözleşmesine ve yine CD'ye kopyalanan ve çoğaltılan eserlere uygulanıp uygulanmayacağı sorunu, yasal çoğaltma kavramının bu tür yayın şekline de uygulanıp uygulanmayacağı sorunudur. Buna karşılık yayma kavramı ise sadece çoğaltma kavramının yorumlanması dikkate alınarak ve onun bir sonucu olarak bir role sahip olacaktır[459].

Türk Hukuku açısından, yukarıda da belirtildiği üzere, FSEK m. 22/2'de tanımlanan çoğaltma kavramının, çoğaltma teknikleri ve yöntemleri konusunda sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesini benimsemediği görülmektedir. Bu hüküm irdelendiğinde, FSEK'in çoğaltma teknikleri konusunda da geniş bir yelpazeye yer verdiği görülmektedir. Anılan hüküm, çoğaltma hakkını sadece matbaa baskısıyla sınırlı tutmaması[460], çoğaltma tekniklerini ve yollarını sınırlayıcı olarak saymaması konusunda hukuk tekniği açısından da yerinde bir hükümdür. Zira, aksi takdirde teknik ve yeni gelişmelerin yasalardaki çoğaltma tanımını dar bir alana sıkıştırması tehlikesi ortaya çıkabilir, ki "internet yoluyla çoğaltma" bunun en güzel örneğini oluşturmaktadır[461].

Bu bağlamda, çoğaltma yukarıda da açıklandığı üzere, eserin aynen tekrarlanmasını ve maddi bir varlık olarak (nesne) tekrarlanacak şekilde cisimleştirilmesini sağlayan teknik bir işlemdir. Dolayısıyla, çoğaltmada önemli olan ve belirleyici olan nokta, cismani veya maddi bir şekilde saptanan eserin doğrudan veya dolaylı olarak algılanmasını sağlayan tespitlerdir.

---

[458] SCHMAUS, 22.
[459] SCHMAUS, 41.
[460] EREL, 139.
[461] Bkz. TEKİNALP, 173; EREL, 139. 4110 sayılı kanunla FSEK m. 22'ye eklenen son fıkra, bilgisayar programlarında, ikinci bir kopyanın çıkarılmasından başka, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması iletilmesi ve depolanması fiillerini de programın çoğaltılması olarak kabul etmiştir.

Eser nüshalarının çoğaltılma yöntemi önemli değildir[462]. Bu çerçevede, elektronik yayında, eserin dolaylı olarak algılanabilmesi şartının bilgisayar ekranı aracılığı ile de mümkün olabildiği ve ayrıca elektronik yayının son kullanıcıya gerektiğinde eserin yazılı çıktısının alınması imkanını da garanti ettiği kabul edilmektedir[463].

Üstelik, yayınlayan açısından, bu yayın şeklinin, sıradan çoğaltma yöntemine göre çok daha fazla avantajları vardır. Öncelikle, yayınlayan çok uzun zaman alan çoğaltma işleminden ve çoğaltılan nüshaların depolarda saklanması için gereken masraflardan kurtulmaktadır[464]. Aynı zamanda, eser nüshalarının sıradan çoğaltma yöntemlerine göre dijital çoğaltma, çok daha ucuzdur[465]. Dolayısıyla, Türk Hukuku açısından yasal çoğaltma kavramı ile elektronik yayın açısından zorunlu olan dijital çoğaltma arasında bir çelişki yoktur. İnternet, FSEK m. 25/II'de, "gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimi" şeklinde ifade edilmiş, buna izin verme hakkına ve yasaklama yetkisine eser sahibinin sahip olduğu vurgulanarak, internetin bir yayın aracı olduğu hükme bağlanmıştır. FSEK m. 25'de, eser sahibinin mali hakları arasında yer alan "işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı" düzenlenmiştir. FSEK m. 25/I, iletim ve yeniden iletim hakkını, FSEK m. 25/II eserin çoğaltılmasını, dağıtılmasını, satılmasını düzenlemiş, ayrıca internette esere ulaşılmasının sağlanmasının, yani eserin internete konulmasının bir iletim türü olduğu kabul edilmiştir. Üçüncü fıkrada ise, iletim hakkı ile yayım hakkının farklı kavramlar olmaları sebebiyle, umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtımının ve sunumunun yayma hakkını ihlal etmediği belirtilmiştir. Ancak, iletilen ya da yeniden iletilen eserlerin ya da daha geniş bir deyişle ürünün, videoya, kasete, CD'ye vb. alınması ise iletim veya yeniden iletim olmayıp, çoğaltma, dağıtma ve ticarete koymadır[466]. FSEK m. 25'te düzenlenen işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı da geniş anlamda yayımın bir türüdür. Ancak, burada kamuya sunulma, araya bir vasıta girerek gerçekleştirilmektedir[467].

---

[462] AYİTER, 128; STEWART, 6; PEDRAZZINI, 557; SCHMAUS, 41. Zira, yukarıda da belirtildiği üzere, yeni teknik gelişmelerin ortaya çıkması, yeni kullanım ve yararlanma şekillerini ve çoğaltma yöntemlerini de beraberinde getirmektedir. Örneğin, eserin bir filmde, radyo aracılığı ile veya televizyon aracılığı ile kullanılması gibi müzik eserinin kasete kaydedilmesiyle çoğaltılması veya fotokopi veya mikrokopi yoluyla çoğaltılması gibi yeni gelişmeler de bu kapsamda sayılmaktadır. SCHMAUS, 44.

[463] Bkz. SCHMAUS, 43. Aksi görüş, SCHRICKER, 135-136.

[464] SCHACK, 469.

[465] GEZDER Ümit, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2004, 17. Özellikle, magazin dergileri açısından yayınlayanlar, yüksek baskı ve dağıtım masraflarından kurtulmak için, elektronik yayını tercih etmektedirler, böylece ortaya magazin dergilerinin sadece elektronik çeşitleri olan, "webzine"ler çıkmaktadır. PERLE/WILLIAMS, §4-3.

[466] Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, 181; GENÇ ARIDEMİR Arzu, Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul 2003, 122.

[467] GENÇ ARIDEMİR, 122.

Buna karşılık, Alman Hukuku'nda, yasal çoğaltma ve yayma kavramlarının elektronik yayın açısından da geçerli olup olmadığı konusunda doktrinde eserin elektronik kitap şeklinde internette yer alması ile eserin CD'ye kaydedilerek çoğaltılması ve yayılması arasında bir ayrım yapmaktadır. Eserin CD'ye kaydedilerek çoğaltılması halinde de eser aslında CD aracılığı ile cismani veya maddi varlık kazanmakta, bu anlamda yasal çoğaltma terimi kapsamında değerlendirilmektedir. Zira, eserin bir kağıt üzerinde cisimleşmesi, maddi bir varlık kazanmasıyla CD aracılığı ile maddi bir varlık kazanması arasında fark olmadığı kabul edilmektedir[468]. Zira, CD'nin çoğaltılması halinde de maddi bir varlık kazanan bir eser nüshası çoğaltılmaktadır. Çoğaltma kavramında belirleyici olan nokta, cisimleşmiş eser nüshalarının çoğaltılması olduğundan, yayınlayan tarafından yapılan çoğaltmanın her şekli bu kapsamda değerlendirilmektedir. Eserin yazılı olarak çoğaltılmasıyla dijital bir taşıyıcı aracılığı ile çoğaltılması arasında bir fark olmadığı kabul edilmektedir[469]. Oysa elektronik kitap sözleşmesinde eser, son kullanıcının talebi üzerine internet aracılığı ile onun bilgisayarına çoğaltılmaktadır. Dolayısıyla, eser ancak bilgisayar ekranı aracılığı ile algılanabilmektedir. Ancak, yine Alman Hukuku'nda, ancak bilgisayar ekranı aracılığı ile algılanabilen bu eserin aslında, kanunun aradığı, maddi varlık kazanma unsurundan yoksun olduğu kabul edilmektedir. Aynı durum eserin yayılması açısından da geçerlidir. Zira, klasik anlamda eserin yayılmasından kasıt, toplanan eser nüshalarının piyasaya sunulması, ticaret alanına dağıtılması kamuya sunulmasıdır. Ancak, yayma kavramının yorumlanması sonucunda bu kavramın online dağıtımı kapsamadığı gözden kaçmamalıdır. Zira, online yayımda, aktarılan sadece veri cümleleridir, yoksa konusu maddi bir varlık kazanmış nüshanın dağıtımı söz konusu olmamaktadır. Zira, elektronik kitap şeklindeki dijital eser nüshaları maddi bir varlık kazanmamış, cisimleşmemiş verilerden oluştukları için, bu özellikleri dolayısıyla hukuki anlamda yaymanın konusunu da oluşturamazlar. Bunlar daha çok online kitapçıların web siteleri aracılığı ile kamunun talebi üzerine onların erişimine açık tutulmuştur. Bu yüzden de, her son kullanıcının talebi veya siparişi üzerine eser, yeniden çoğaltılmakta ve son kullanıcının bilgisayarına yüklenmektedir[470]. Dolayısıyla, klasik yayma kavramı, elektronik yayın hukukunda uygulama alanına sahip değildir. İşte bu yüzden

[468] SCHMAUS, 50. Alman Hukuku'nda, AYK'da "çoğaltma" kavramı baskı tekniği merkez alınarak daha dar bir çerçevede ele alındığı için, eserin CD'ye basılması, kasede, plağa alınması ile elektronik yayına konu olması halinde AYK'nın uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmektedir. Zira, yayın kanununun hükümleri ancak eserin basılabilir olması halinde uygulanabilecektir. Bkz. ULMER, 435; SCHRICKER, 136-136; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 74-75; REHBİNDER, Urheberrecht, 316; SCHACK, 448.

[469] Bu bağlamda, yayın hukuku anlamında önemli olan bası kavramının maddi olarak cisimleşmemiş elektronik veri taşıyıcılarına doğrudan uygulanma imkanının olmaması, çoğaltma kavramının CD'yi de kapsamasına engel değildir ve bu anlamda bir aykırılık oluşturmayacaktır. Bkz. SCHMAUS, 50.

[470] SCHMAUS, 50.

elektronik yayın hukuku anlamında yayma terimi yerine, "eserin kamunun erişebileceği hale getirilmesi" (erişilebilirlik) kavramına yer verilmiştir[471].

AYK'nın yayın sözleşmesine ilişkin hükümleri, matbaa tekniğini esas aldığından, Alman Hukuku'nda doktrin, elektronik kitap sözleşmesi ile eserin CD'ye kaydedilerek, çoğaltılması ve yayılmasını birbirinden ayırmaktadır. Bu bağlamda, ancak bir makina tarafından okunabilen veri taşıyıcısı olarak tanımlanan CD[472], elektronik yayın kapsamında "offline (ağ dışı) yararlanma" olarak da adlandırılmaktadır. Aynı durum disket için geçerli değildir, zira disket bir ilim veya edebiyat eserini taşıyabilmek için gerekli kapasiteye, yani yeterli alana sahip değildir. Her ne kadar, elektronik kitap da, CD de klasik çoğaltma yöntemlerinden olmasa da, her iki format da tüketicinin taleplerini karşılamak için piyasada yer almaktadır [473].

Bütün bu veriler çerçevesinde, Alman doktrininde[474] baskın görüş yayın sözleşmesi hükümlerinin doğrudan eserin CD yoluyla çoğaltılması ve yayılması halinde de uygulanabileceği, ancak elektronik kitap sözleşmesine yayın hukukuna ilişkin hükümlerin doğrudan uygulama alanına sahip olmadığıdır. Ancak, yayın sözleşmesine ilişkin hükümlerin elektronik kitap sözleşmesine ancak anılan sözleşmenin bünyesine uygun olduğu ölçüde, sözleşme boşluklarının doldurulmasında kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir[475].

Elektronik yayın sözleşmesinin unsurları ve temel özellikleri irdelendiğinde, sözleşmenin konusu ve sözleşmenin tarafları ile tarafların karakteristik, asli edim yükümlülükleri açısından klasik yayın sözleşmesi ile arasında bir farklılık olmadığı göze çarpmaktadır. Sözleşmenin amacı ve taraf menfaatleri de aynıdır. Aralarındaki fark, elektronik kitap sözleşmesinin, sözleşme konusu eserin dağıtımını, dijital bağ teknolojisini kullanarak yapmayı amaçlamasıdır[476].

Tarafların yükümlülüklerine bakıldığında ise, yayınlatanın "online- yayın hakkı" diye nitelendirilen yayın hakkını yayınlayana devretmesinin veya tanımasının bir uzantısı olarak,

---

[471] SCHMAUS, 49.

[472] Compact Disc Read-Only Memory,'nin kısaltması olan, sadece hafızadan okuyabilen CD-Rom'lar, kitaplar, ansiklopediler, sözlükler, haritalar, telefon defterleri, oyunlar, müzik veya sadece metin, ses ve hareketli resimlerin kombinasyonlarını içerebilir. PERLE/WILLIAMS, §4-5.

[473] SCHMAUS, 28.

[474] Bkz. SCHMAUS, 45; SCHACK, 469; REHBİNDER, N. 345.

[475] Bu bağlamda elektronik yayın sözleşmesinin yayın sözleşmesi benzeri bir sözleşme olduğu benimsenmekte, bu alanda ortaya çıkan sorunların ayrı bir yasal düzenleme gerektirdiği vurgulanarak, yapılacak olan düzenlemede ve uygulamada ortaya çıkan sorunlarda, piyasada kullanılan norm sözleşmelerin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. SCHMAUS, 40 vd., 79-85. Ancak, eserin CD'ye kayıt edilerek çoğaltılması halinde de yayın sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığını kabul eden yazarlar dahi, elektronik yayın sözleşmesinde yukarıda anılan kısıtlamalar dahilinde yayın sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini kabul etmektedirler. SCHRICKER, 136-137.

[476] SCHMAUS, 77-78.

online yayın hakkının varlığını tekeffül borcu altında olması, klasik yayın sözleşmesinin bir yansımasıdır.Yayınlayan kendisine tanınan bu hakka dayanarak elektronik kitap üzerinde sahip olduğu inhisari haklar ve özellikle eserin çoğaltılması ve yayılması hakları dolayısıyla üçüncü kişilerin hukuka aykırı eylemlerine ve tecavüzlerine karşı doğrudan müdahale edebilecektir. Aynı zamanda, yayınlatanın yayınlayanın zararına tasarruflardan kaçınma borcunun kapsamı açısından elektronik yayın sözleşmesinin önemi, yayınlatanın bu kaçınma borcunun kapsamına sadece eserin yayınlayan tarafından basılan şeklinin değil, bu anlamda elektronik yayının değil, eserin yazılı, offline (CD-ROM) veya online kulanım alanlarının da girmesinde yatmaktadır. Diğer bir ifadeyle yayınlatan, elektronik kitap sözleşmesine konu olan eseri yazılı olarak veya CD şeklinde yayınlatamayacak veya başka bir elektronik yayın sözleşmesine konu yapamayacaktır[477].

Yayınlayanın yükümlülükleri altında ise, eseri kendi adına ve hesabına çoğaltmak ve kamunun esere erişilebilirliğini sağlamaktır. Bu bağlamda, rizikoyu üstlenen taraf yine yayınlayandır. Yayınlayanın eseri çoğaltma ve yayma ve rizikoyu üstlenme borcuna karşılık, yayınlatanın eseri çoğaltma ve yayma amacıyla yayınlayana bırakma borcu asli edim yükümlülükleri olarak sinallagma ilişkisi içindedirler. Yayınlayan aynı zamanda, eserin online yayınlanması halinde de, eseri amaca uygun ve teamüle uygun olarak çoğaltma ve online yayma, diğer bir ifadeyle eserin verimli olarak kullanılmasını mümkün kılma yükümlülüğü altında olup bunu garanti etmektedir. Ancak, elektronik kitap sözleşmesinde bası kavramına yer olmadığı için eserin basısının tükenmesi ve buna bağlanan sonuçlar da söz konusu olmayacaktır[478]. Ancak, yayınlayanın bedava nüsha verme borcu elektronik yayın sözleşmesi açısından da geçerlidir. Bu bağlamda, yayınlayan kural olarak, yayınlatanın elektronik kitap basısından yararlanmasına imkan veren belli bir sayıyı yayınlatanın tasarrufuna bırakacaktır. Yine, eser sahibinin telif ücreti alma hakkı elektronik yayın sözleşmesi açısından da uygulama alnına sahip olacaktır. Hatta elektronik basım, klasik baskı yöntemlerine göre çok daha ucuz olacağı ve yayınlayanın kazanç imkanı ve oranı da bu ölçüde artacağı için eser sahibinin telif ücretinden vazgeçmesi de çok istisnai hallerde gündeme gelecektir. Bu anlamda, elektronik yayın sözleşmesinde yayınlatanın maddi çıkarları daha büyük bir role sahiptir[479].

Elektronik yayın üst kavramı altında karşımıza çıkan, talebe veya isteğe göre yayında (publishing on demand) ise, kullanıcı ilgi alanı içindeki verileri veya unsurları, bu anlamda bir eseri veya eserin bir parçasını seçer ve böylece kullanıcının talebi üzerine seçtiği veri online

[477] SCHMAUS, 78.
[478] Buna ilişkin sorunlar daha çok sözleşmenin sona ermesinde ortaya çıkabilir.
[479] SCHMAUS, 78-79.

olarak kendisine aktarılır. Eğer talep konusu kitap ise, yayınlayan müşterinin talebi üzerine kitabı basar ve kitap klasik şekliyle müşteriye posta aracılığı ile ulaştırılır[480]. Bugün internet üzerinden, arama motorları veya servis sağlayıcıları aracılığı ile yapılan aramaların ve bulunan verilerin hemen hemen hepsi bu mekanizmaya ve temele dayanmaktadır.

Sonuç olarak elektronik kitap sözleşmesinin genel olarak değerlendirilmesinin sonucunda şöyle bir tespit yapılabilir: Elektronik kitap sözleşmesi tipinin temel özellikleri, klasik yayın sözleşmesiyle öyle benzerlikler göstermektedir ki, elektronik kitap sözleşmesi yayın sözleşmesinin sadece yeni bir görünüm şekli ve gelişmiş bir tipi olarak görülmektedir. Bu çıkarım daha çok şu olgudan kaynaklanmaktadır: E-kitap sözleşmesi gerek ekonomik amacı gerek içeriğinin oluşumu açısından aslında klasik yayın sözleşmesi hükümlerinin yasal düzenlemesine büyük ölçüde uymaktadır[481]. Ancak, kanaatimizce de, yayın sözleşmesi hükümleri, E-kitap sözleşmesine, sözleşmenin bünyesinden kaynaklanan özellikler, bu anlamda dijital çoğalma ve yayma kavramındaki farklılıklar dikkate alınarak uygulanmalıdır[482]. Örneğin, elektronik kitap basımında, eser nüshası veya yeni bası gibi kavramlar ne doğrudan ne de dolaylı olarak uygulama alanına sahip değildir, zira bu kavramlar elektronik yayının bünyesine aykırıdır[483].

Elektronik yayında, yayının yazarı ve yayınlayan her an online olarak değişiklik ve düzeltme yapma imkanına sahip olduklarından okuyucunun eserin güvenilirliği konusunda şüpheleri vardır. Okuyucu bazen bir gün önce okuduğu yayının bir gün sonra olup olmadığını bilememektedir[484]. Bazen son kullanıcı olan okuyucu, kendisine dijital olarak gönderilen eseri yine dijital olarak değiştirdiğinde, eser sahibi, yayınlayan ve son kullanıcı arasındaki farklar da silinmektedir. Dijital olarak çoğaltılan eserin son şeklinden kimin hukuki açıdan garanti sorumluluğu altında olduğu -eser sahibi, yayınlayan, servis sağlayıcı[485]- çok nadir olarak

---

[480] Bu tür dağıtım şekli kendine özgü bir yayma türüdür, ancak eser üzerinde yeni bir yararlanma türü değildir. SCHACK, 469; PERLE /WILLIAMS §4. 02. Bu anlamda, talebe göre yayın, elektronik yayınla geleneksel yayın arasında yer almakta, ikisinin birleşiminden oluşmaktadır. Talebe göre yayında, okuyucular kitabın tümünü almak yerine, kitabın belirli bölümlerini çok daha ucuza alma imkanına sahiptirler. PERLE/WILLIAMS, §4.02.

[481] SCHAMUS, 80; PERLE/WILLIAMS, §4-6. Bu bağlamda, her ne kadar AYK uyarınca yasal çoğaltma ve yayma kavramları elektronik kitap sözleşmesindeki dijital çoğaltma ve kamunun erişilebilirliğini sağlama gibi kavramlarla birebir örtüşmese de, e-kitap sözleşmesi de aslında klasik yayın sözleşmesinin yeni ve değişime uğramış görünüm şeklinden başka bir şey değildir. SCHMAUS, 80.

[482] SCHMAUS, 80. Ayrıca bkz. PERLE/WILLIAMS, §4-6.

[483] SCHMAUS, 50.

[484] GEZDER, 17-18; SCHACK, 469.

[485] Avrupa Birliği'nin 8 Haziran 2000 tarihli, 2000/31 Elektronik Ticaret Yönergesi'nin 4. kısmında "aracı servis sağlayıcılarının sorumluluğu" düzenlenmiştir. İlgili maddelerde, genel olarak servis sağlayıcının ancak belirli şartların varlığı halinde sorumlu olacağı, servis sağlayıcının türüne göre ayrı ayrı ele alınmıştır.
Anılan yönetmelik temel bir kural öngörmüştür. Bu kurala göre, servis sağlayıcı, yasadışı faaliyetin veya bilginin varlığını bilmediği sürece, sorumlu değildir. Buna karşılık Amerika Birleşik Devletleri'nde 1998 tarihinde kabul edilen DMCA (Dijital Milenyum Telif Hakkı Kanunu) uyarınca, servis sağlayıcı, destek

tespit edilebilmektedir[486] .

Elektronik yayının başka bir dezavantajı da özellikle internet üzerinden yapılan online yayınlarda, eser sahibinin rızası dışında esere izinsiz erişim, eserden izinsiz dijital kopyalama ve kullanımdır. Bu doğrultuda, eser sahibinin mali haklarının ihlalini kolaylaştıran teknolojik gelişmelere karşı yine teknolojik önlemlerin alınması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu teknolojik önlemler, genellikle eser sahiplerinin internet üzerinden mali haklarından yararlanabilmek için şifre ve benzeri, erişim ve kopyalama engelleyici yazılımlar, eserlerin kullanım ve erişim başına fiyatlandırılmasına imkan veren teknolojik sistemleridir. Eser üzerindeki hakların ve hak sahiplerinin dijital ortamda tanımlanması ve belirlenmesi ile eser üzerindeki hakka dayanarak kullanım ve erişimin denetlenmesi sistemlerinin genel adı, Türkçe'ye "Dijital Hak Yönetimi" olarak çevrilebilen "Digital Rights Management" (DRM) olarak nitelendirilmektedir[487]. Bu bağlamda WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Sözleşmesi) Andlaşmaları, bu teknolojik sistemlere hukuki koruma getirmek amacıyla hazırlanmıştır. 6 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe giren WCT (WIPO Telif Hakları Andlaşması) ve 20 Mayıs 2002 tarihinde yürürlüğe giren WPTT (WIPO İcralar ve Fonogramlar Andlaşması), eser korumasında dijital teknolojilere bağlı olarak ortaya çıkan sorunlara odaklanmıştır. WCT ve WPTT, eserin internet ortamında bulundurulması ve sunulmasını (making available to the public/kamuya iletim) ayrı bir hak kategorisi olarak düzenlemiştir. Zira, teknolojik önlemleri koruyucu kuralların devreye girebilmesi için öncelikle, eserin dijital ortamda sunulmasının, aktarılmasının bağımsız bir hak olarak düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuştur. Eser sahiplerince, eserleri dijital ortamda koruma amacıyla kullanılan teknolojik mekanizmalar, yazılımın kendine has nitelikleri sebebiyle dolanılmaya, bir başka deyişle etkisiz hale getirilmeye müsaittir. Bu sakıncayı gözönünde bulundurudan WCT ve WPTT, fikir ve sanat eserlerini koruma amaçlı sistem ve teknolojilerin etkisizleştirilmesine karşı da, taraf devletlere eser sahiplerinin, icracıların ve fonogram yapımcılarının, eserlerini dijital ortamda kontrol etmek için kullandıkları teknoloji önlemlere, hukuki koruma sağlama yükümlülüğü

---

sağladığı sitenin hukuka aykırı bir unsur içerdiği kendisine ihtar edildiği takdirde, bu siteden desteğini çekmelidir.Ancak, bu özetlenen prosedür kötüye kullanımlara ve hatalara neden olabileceğinden, anılan kanun uyarınca ABD'de koruma iki halde söz konusu olabilmektedir: 1. Site sahibine, sitenin kaldırılmasına ilişkin ihtardan önce bir itiraz hakkı tanınmaktadır, 2. Sitenin kaldırılmasından sonra, site sahibinin, servis sağlayıcıya karşı, örneğin servis sağlayıcının siteyi kullanıma açık bulundurma borcunu ihlal etmesi dolayısıyla, sözleşmeye aykırılık sebebiyle herhangi bir hukuki yola başvurmasına engel olarak. Bkz. CORNISH &LLEWELYN, 800.

[486] SCHACK, 469. Servis sağlayıcının aynı zamanda yayınlayan mı, yoksa aktarılan metnin içeriğini bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen bir aracı taşıyıcı olarak mı nitelendirilebileceği, servis sağlayıcının sorumluluğunun saptanmasında kilit unsur rolündedir. PERLE/WILLIAMS, §4-7.

[487] Ayrıntılı bilgi için bkz. BAYAMLIOĞLU Emre İbrahim, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2007, 13, 347 vd.; 174 vd.

getirmektedir. Başka bir deyişle, taraf devletler, teknolojik önlemlerin ihlalini veya dolanılmasını önleme yükümlülüğü altındadırlar. 1998 yılında yürürlüğe giren DMCA, ABD Dijital Milenyum Telif Hakları Yasası da, WCT ile uyumlu bir şekilde, eserleri korumak üzere internet üzerinden kurulmuş teknolojik mekanizmaları etkisizleştirmeyi veya bu sonuca ulaşmayı mümkün kılan programlar ya da donanımlar üretmeyi ve dağıtmayı hukuka aykırı saymaktadır[488].

WCT ve WPTT Andlaşmalarının AB mevzuatına aktarılması ve dijital ortamda eser sahibi haklarının korunması açısından üye ülkelerde oluşabilecek farklı düzenlemelerin engellenmesi ve AB çerçevesinde yeknesak bir düzenlemenin getirilmesi amacıyla, 22 Mayıs 2001 tarih ve 2001/29 sayılı "Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılmasına İlişkin Avrupa Parlementosu ve Konsey Yönergesi (Direktifi)" kabul edilmiştir. Sözkonusu Direktifin 2., 3. ve 4. maddesi, "çoğaltma", "kamuya iletim" ve "yayma" hakkını düzenleyerek, 5. maddesinde "istisnalar ve sınırlamalar"a yer vermiştir. Çoğaltma hakkına getirilen istisnalar ve sınırlamalar 5. maddede detaylı olarak sayılmıştır. 5. maddede öngörülen istisnalar arasında, m. 5/I uyarınca, bağımsız ekonomik bir değeri olmayan eserin, ağ üzerinde aktarım amaçlı taşınma veya hukuka uygun olarak kullanma amacıyla, teknolojik bir sistemin parçası olarak aktarılmasının ve çoğaltılmasının, kaydedilmesinin 2. maddedeki çoğaltma hakkını ihlal etmediği de belirtilmektedir. Buradaki amaç, kullanıcıların, servis sağlayıcının sistemi üzerinde eserleri aktarması veya geçici olarak kaydetmesinin hak ihlali oluşturmasını engellemektir. Direktifin 6. maddesi, teknolojik önlemlerin korunmasını düzenlemiştir. Ancak, AB direktifi, DMCA'dan farklı olarak erişim ve kopyalamaya yönelik bir ayrım içermemektedir. Direktif, m. 6/3'te teknolojik önlemin tanımı verilmiş ve hak sahibi tarafından yasaklanan fiillerin önlenmesi ve engellenmesine hizmet eden her tür teknoloji ve aracın bu kapsamda değerlendirileceği hükme bağlanmıştır. Direktif m.6/I, üye devletleri, telif haklarını koruyucu teknolojik önlemlerin dolanılmasına veya etkisizleştirilmesine karşı yeterli hukuki koruma sağlamakla yükümlü kılmıştır. Ancak, anılan hüküm ayrıca, ihlali gerçekleştiren kişinin sözkonusu eylemin ihlal teşkil ettiğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi şartlarına tabi tutmuştur. Yine, Direktif m. 6/2, üye devletleri, teknolojik önlemleri etkisizleştirmek amacıyla üretilen, reklam yapılan, dağıtılan ve etkisizleştirme işleminin dışında çok düşük bir ticari önemi olan veya öncelikle etkisizleştirme

[488] DMCA, üç temel yasaklama içerir: 1. Eseri korumaya yönelik teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesi hukuka aykırıdır. 2. Esere erişim kontrolü sağlayan teknolojilerin etkisizleştirilmesine yarayan araçların üretim ve dağıtımı yasaklanmıştır. 3. Eseri kopyalamayı engelleyen teknolojik önlemlerin etkisizleştirilmesine yarayan araçların üretim ve dağıtımı yasaklanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BAYAMLIOĞLU, 199, 200 vd. Ayrıca bkz. 188 vd.

için tasarlanmış, üretilmiş ve kullanılmış olan ürün donanım ve hizmetlerin üretilmesi, ithal edilmesi, dağıtılması, satılması, kiralanması ve satış veya kiralama için reklam yapılmasına karşı yeterli hukuki korumanın sağlanmasıyla yükümlü tutmuştur. Anılan madde, aynı zamanda bu araçların ticari amaçla mülkiyet hakkında sahip olmayı da yasaklamıştır[489].

Direktifin 8. maddesi de, anılan Direktifte belirtilen hak ve yükümlülüklerin ihlali halinde, uygun yaptırım ve önlemlerin alınması ve bu önlemlerin uygulanmasının sağlanması yükümlülüğünü üye devletlere yüklemiştir. Üye devletler tarafından kullanılan yaptırımlar, etkili, orantılı ve caydırıcı olmalıdır.

VIII. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Yayın sözleşmesinin amacı dikkate alındığında, son tahlilde eserin yayılması sözleşmeyle güdülen son amaç, ortak amacın gerçekleşmesi olarak görülmektedir ki, bu da aslında ortaklık sözleşmelerindeki bir dizi unsurun yayın sözleşmesinde de göründüğünü ilk etapta gündeme getirebilir. Ancak, yayın sözleşmesi taraflardan sadece birinin, yani yayınlayanın tüm ekonomik rizikoyu üstlenmesi, taşımasıyla ortaklık sözleşmesinden ayrılmaktadır ki, bu da taraflar arasındaki menfaat çatışmasını açık olarak ortaya koymaktadır[490].

Her ne kadar adi ortaklık sözleşmesinde iki veya daha çok kişi ortak bir amaca erişmek için emek ve mallarını birleştirse de, durum yayın sözleşmesinden farklıdır. Özellikle, yazarın ve yayınlayanın amaçları, eserin yayılmasındaki menfaatte birleşmekte, karşılaşmaktadır. Bu açıdan yayın sözleşmesi adi ortaklık sözleşmesini hatırlatmaktadır. Ancak, adi ortaklık sözleşmesindeki temel olan ortak amaç yayın sözleşmesinde yoktur: ekonomik rizikoyu yayınlayan taşımaktadır. Yazar, ne kazanca ne de zarara katılmaktadır. Eğer, yazar özgürce yayınlayanın kazancına katılırsa, o zaman yayın sözleşmesinde adi ortaklığa ait unsurlar karışmış olacaktır[491].

Özellikle yazarın, kazancın yanında zarara da katılması halinde tam bir sınır çizmek mümkün değildir. Ancak, rizikonun sözleşmenin her iki tarafınca taşınması halinde bir adi ortaklık sözleşmesinden bahsedilebilecektir. Bu durumda da, BK'nın adi ortaklığa ilişkin hükümleri devreye girerek uygulama alanı bulacaktır.

---

[489] Ayrıntılı bilgi için bkz. BAYAMLIOĞLU, 222 vd.
[490] HILTY, Basler, 2068; PEDRAZZINI, 558; PEDRAZZINI, Le Contrat d'Edition, 61; BUCHER, 216.
[491] TROLLER, Kommentar, 14; BUCHER, 216; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 61-63; ULMER, 435; HILTY, Basler, 2068; REHBİNDER, Urheberrecht, 314; AYİTER, 231.

İKİNCİ BÖLÜM
YAYIN SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

§ 3. YAYINLATANIN BORÇLARI VE HAKLARI

I. ESERİN BİR NÜSHASINI, ÇOĞALTILMASI VE YAYINLANMASI AMACIYLA YAYINLAYANA TESLİM ETME BORCU

A. GENEL OLARAK

Yayınlatanın borçlarının kilit noktasını oluşturan borç, BK m. 372 uyarınca yayın sözleşmesinin konusu olan eseri, yayınlayana teslim etme (bırakma) borcudur. Yayınlatan bu borcunu ifa ederken, diğer bir ifadeyle eseri yayınlatana teslim ederken, belli bir amaç gütmektedir. Bu amaç, eserin çoğaltılması ve yayınlanmasıdır. Başka bir deyişle, yayınlatan, yayınlayana "eserini çoğaltması ve yayması" amacıyla eseri teslim etmektedir. Uygulamada bazen, eser sahibi veya halefleri yayın sözleşmesinin kurulmasından önce, eseri incelemesi ve bu doğrultuda yayın sözleşmesi kurma arzusu konusunda karar vermesi amacıyla da eserin bir nüshasını yayınlayana teslim etmektedirler ki, bu durumun ayırdedilmesi gereklidir. Ancak hemen vurgulamak gerekir ki, yukarıda da belirtildiği gibi, yayın sözleşmesi rızai bir sözleşme olduğu için sözleşmenin kurulması için tarafların bu konudaki iradelerinin uyuşması yeterli olup ayrıca, Alman Hukuku'ndakinin aksine eser metninin teslimi şartı aranmamaktadır. Teslim borcu, sözleşmenin kurulması için aranan bir şart değil, yayınlatanın yayın sözleşmesinden doğan borçlarından biridir.

Bu bağlamda, yayınlatan yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte eser nüshasını teslim etme borcu altına girmektedir. Yayınlayanın, yayın sözleşmesi uyarınca asli edim yükümlülüğü olan çoğaltma ve yayma borcunun yerine getirilmesini mümkün kılan, yayınlatanın eseri teslim etme borcudur. Bu çerçevede, yayınlatanın eseri teslim borcu, yayınlayanın eseri çoğaltma ve yayma borcuyla birlikte yayın sözleşmesinin zorunlu unsurlarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu unsurlardan birinin olmaması halinde yayın sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyecektir[492].

Eserin yayınlayana bırakılması borcunun, yayın hakkının devredilmesiyle bir ilgisi

[492] Bkz. HILTY, Immaterial, 529; HILTY, Basler, 2074; PEDRAZZINI, 577; TROLLER, II, 902; BUCHER, 219; ULMER, 433; SCHACK, 425; SCHRICKER, 142; PEDRAZZINI, 582; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 75; REHBİNDER, Urheberrecht, 320; HIRSCH, 1948, 227; AYİTER, 242; FRANKO, 130.

yoktur. Diğer bir ifadeyle, yayın hakkı üzerinde tasarrufta bulunulması için eser nüshasının yayınlayana bırakılması gerekli değildir[493]. Zira, yukarıda da vurgulandığı gibi, yayın hakkı İsviçre ve Türk Hukuku'nda Alman Hukuku'ndan farklı olarak, eserin teslim edilmesiyle birlikte değil, sözleşmesinin kurulması ile birlikte yayınlayana devredilmektedir. Dolayısıyla eserin bırakılması borcu, sadece yayınlatanın sözleşmenin kurulmasıyla birlikte öncelikli olarak karşımıza çıkan bir borcudur; yoksa bu borcun yayın hakkının devredilmesi üzerinde hukuki bir etkisi yoktur.

Eserin yayınlayana bırakılması borcu, telif hakkının devrinden tamamen bağımsız olarak sadece teknik sebeplerle öngörülen bir borçtur. Zira, yayınlayanın çoğaltma borcunu yerine getirebilmesi için, eserin cisimleşmiş bir örneğine ihtiyacı vardır[494]. Bu borç aynı zamanda, yukarıda da belirtildiği üzere yayınlayanın asli borçlarından olan eserin "çoğaltılması" ve "yayınlanması" borçlarını yerine getirebilmesi için de gereklidir.

Yayınlatan, yayınlayana, ancak hem şekli açıdan çoğaltılmaya uygun, hem de içerik açısından sözleşmeye uygun bir eser teslim ederse, teslim borcunu gereği gibi yerine getirmiş sayılacaktır. Bu çerçevede, eserin şekli açıdan uygun bir eser olması ile eserin içerik açısından sözleşmeye uygun bir eser olması şartlarının ve bu başlık altındaki kriterlerin ayrı ayrı incelenmesi ve değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.

B. ESERİN TAŞIMASI GEREKEN ÖZELLİKLER

1. Eserin Şekli Açıdan Çoğaltılmaya Elverişli Olması

BK ve İBK'da teslim borcunun içeriğine ve teslim şekline ilişkin açık bir hüküm yoktur. Bu doğrultuda, İsviçre ve Türk hukuk öğretisi[495], anılan konuyu düzenleyen Alman Yayın Kanunu'nun 10. ve 11. paragraflarını yol gösterici hükümler olarak dikkate almaktadırlar. Alman Yayın Kanunu §10 uyarınca, yazar, yayınlayana eseri çoğaltılmaya elverişli bir durumda teslim etmek zorundadır. Bu bağlamda, yayınlayana teslim edilen eser, "çoğaltılmaya elverişli durumda" bir eser olmalı ve bu anlamda eser, "çoğaltma" faaliyetinin

[493] Bkz. HILTY, Immaterial, 544; HILTY, Basler, 2074; PEDRAZZINI, 575. Ancak, İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında eserin bırakılması ile telif hakkının devrinin aynı anlama geldiğini belirtmiştir. BGE 101 II 104. Bu kararın eleştirisi için bkz. HILTY, Basler, 2074.

[494] HILTY, Immaterial, 529;ULMER, 436; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 100; SCHRICKER, 140; SCHACK, 454; REHBİNER, Urheberrecht, 316.

[495] HILTY, Immaterial, 529; TROLLER Kamen , 284; GUHL, 543; TROLLER Kamen, 284; TROLLER/TROLLER, 165; AYİTER, 229; TUNÇOMAĞ, 1138; YAVUZ, 536; FRANKO, 31; GİRİTLİOĞLU, 47; TEKİNALP, 240.

yerine getirilmesini sağlayacak hal ve şartlarda yayınlayana teslim edilmelidir[496]. Alman Yayın Kanunundaki bu kural, eserin yalnız dış durumu açısından elverişli, yani kolayca dizilip basılabilir, okunabilir olmasını belirtmekte olup eserin özü, yani içeriği açısından söz konusu olabilecek ayıplara, bu anlamda eserin içeriği açısından yayınlanmaya elverişli olup olmamasına ilişkin değildir[497]. Özetle, eserin tesliminde baz alınması gereken kriter; öncelikle "eserin çoğaltılmaya elverişli durumda" olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, eser şekli açıdan belirli koşulları taşımalıdır. Bu koşulların başında da, eserin çoğaltılmaya elverişli durumda olması ve okunabilir olması gelmektedir. Aksi takdirde, yani yayınlatanın, bu kriterlerin dışında yer alan bir eseri teslim etmiş olması halinde, yayınlatan bu sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılamayacaktır[498].

"Eserin çoğaltılmaya elverişli bir durumda" teslim edilmesine bağlanan bir takım sonuçlar vardır. Ancak, şu nokta hemen vurgulanmalıdır ki, çoğaltılmaya elverişli olmadan kastedilen mutlaka eserin cisimleşmiş, somut bir nüshasının, örneğin manüskrinin yayınlayanın eline teslim edilmiş olması -ki uygulamada genellikle manüskri teslim edilir- demek değildir. Önemli olan nokta, yayınlatan tarafından herhangi bir şekilde yayınlayana iletilen bu nüshalar üzerinde, yayınlayanın bir şekilde çoğaltma ve yayınlayabilme imkanına sahip olabilmesidir. Genellikle, yayınlayanın sözleşme konusu eseri çoğaltabilmesi ve yayımlayabilmesi için öncelikle eserin, maddi olarak cisimleşmiş hali, cisimleşmiş bu maddi varlık kendisine teslim edilmektedir. Bu anlamda, eserin bir nüshası, eserin manüskrisi şeklinde olabileceği gibi, gelişen teknolojik gelişmeler karşısında eserin CD'ye veya diskete veya memory-sticklere kaydedilmiş halinin teslimi veya e-posta (elektronik posta) yoluyla yayınlayanın ulaşabileceği, yani onun hakimiyet alanına girmesini sağlayacak bir yolla kendisine iletilmesi yine teslim hükmünde sayılmalıdır[499].

---

[496] BGH GRUR 1960, 642, 643; SCHRICKER, 343; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 100; ULMER, 436; SCHACK, 454; REHBİNDER, Urheberrecht, 317; GUHL, 543; TROLLER Kamen , 284; DELP, 28; TROLLER/TROLLER, 165; AYİTER, 229; TUNÇOMAĞ, 1138; YAVUZ, 536; FRANKO, 31; GİRİTLİOĞLU, 47; TEKİNALP, 240; GÖKYAYLA, 257; HILTY, Immaterial, 529.

[497] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 100; ULMER, 436; SCHACK, 454; SCHRICKER, 343; REHBİNDER, Urheberrecht, 317; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, 84; FROMM Karl/NORDEMANN Wilhelm, Urheberrecht, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 2000, 268-269; DELP, 28.

[498] Bkz. TROLLER, Kommentar, 29; TROLLER, II, 902; PEDRAZZINI, 578; HILTY, Basler, 2074, HILTY, Immaterial, 530; SCHRICKER, 343 vd.; SCHACK, 454; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 100; ULMER, 436.

[499] Elektronik postanın ulaşma anının tespiti konusunda ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SAĞLAM, 111 vd.; DEMİR, 174; İNAL, 107.
Bu anlamda doktrinde FRANKO'nun, eserin maddi cisminin devri olmadan da, örneğin telefonla veya bir ses makinesine zaptedilmek suretiyle eserin muhtevasının yayınlayana nakledilmesini teslim hükmünde sayan görüşe katılmasına, katılmamaktayız. FRANKO, bu görüşü benimserken gerekçe olarak, fikri hukuk bakımından yayın sözleşmesinin konusunun "eserin" tevdii değil, "fikri hakkın" devri olduğunu, bu itibarla bir cismin tevdii mutlak olmakla beraber, eserin maddi cisminin tesliminin zaruri olmadığını göstermektedir. Bkz. FRANKO, 30. Aynı görüşte BİLGE, 273. Bu bağlamda, yayın sözleşmesinin konusunun eserin tevdii olmayıp,

Yine, bu kritere bağlanan ve İsviçre Hukuku'nda da kabul edilen diğer bir sonuç, eserin, yayınlayan için şekli açıdan ek masraflara yol açmayacak bir şekilde teslim edilmiş olmasıdır[500].

Teslim edilen eserde aynı zamanda, çoğaltmaya engel olacak şekilde daktilo hataları, silinti, kazıntı ve ilaveler olmamalıdır. Bu noktada, teslim edilen eser nüshası, çoğaltılacak olan diğer nüshalarda, asıl eserin taşıdığı tüm ayrıntıların ortaya çıkmasını sağlayacak şekilde olmalıdır. Yine bu doğrultuda, eser nüshalarının hazırlanmasında, bu nüshaların hazırlanması faaliyetini sürdüren tüm kişiler (yayınlayanın veya baskıcının ifa yardımcıları) eserin okunmasında veya eser düzeninin veya sırasının anlaşılmasında herhangi bir güçlük çekmemelidirler. Bu bağlamda, orta yetenekli bir baskıcı veya dizgici, bu manüskriyi, iş yükünü ortalamanın üzerinde bir yavaşlatmaya sebep olacak şekilde azaltmadan, diğer bir ifadeyle fazla emek sarfetmeden çoğaltabilmelidir. Zira baskıcı, silinti, kazıntı ve el yazısı çıkmalar ile dolu bir manüskri ile uğraşmak zorunda değildir[501].

El yazısı ile yazılan manüskrinin, teamül uyarınca taşıması gereken nitelikleri taşıdığı kabul edilse ve tespit edilse dahi, yine de her koşulda, eserin okunmasında güçlük çekilmemelidir. Bunun dışında, belirleyici olan örf ve adetlerdir. Bugün genellikle, uygulamada, daktilo veya bilgisayar çıktısı, daha doğru bir ifadeyle makine ile yazılan manüskri kural olarak teslim edilmektedir. Taraflar, eserin cisimleştiği şekli, yani eserin teslim şeklini açıkça kararlaştırabilirler. Ancak böyle bir anlaşmanın olmaması halinde, uygulamada çoğunlukla makine yazısı talep edilmekte, içinde bulunulan şartlar da daha çok makine yazısını gerekli kılmaktadır. Elektrikli veya mekanik daktilo makineleriyle meydana getirilen manüskri, genellikle elektronik bir ortamda da (bilgisayardaki word dosyasının içinde yer alması gibi) ek olarak yer almaktadır. Bugün daha çok, özellikle bilimsel eserlerde,

---

bilakis fikri hakkın devri olduğunu bizde yukarıda ifade etmiştik. Ancak, burada önemli olan, eserin tesliminin yayınlatanın yayın sözleşmesinden kaynaklanan bir borcu olduğudur. Bu noktada, dikkate alınması gereken kriter de, yayınlatanın "eseri çoğaltılmaya elverişli bir şekilde" yayınlayana teslim etmesidir. Aksinin kabulü halinde, yani yayınlatanın bu kriterin dışında bir şekilde eseri teslim etmiş olması halinde yayınlatan, bu sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılamayacaktır. Özellikle, bilim ve edebiyat eserlerinde telefonla eserin yazdırılması veya ses makinesine eserin kaydedilmesi, yayınlayan açısından ek masraflara yol açacaktır. Ancak, eğer bir müzik eserinin yayını sözleşmesi söz konusu olursa şüphesiz, eser bir ses makinesine, taş plağa, veya CD'ye kaydedilerek maddi varlık kazanacak, yani cisimlenecektir.

[500] GİRİTLİOĞLU, 47; TUNÇOMAĞ, 1138; HIRSCH, II, 39; FRANKO, 32. Ayrıca bkz. TROLLER Kamen, 284; TROLLER/TROLLER, 165; GUHL, 543; TROLLER, 29; TROLLER, II, 902; AYİTER, 239; SCHRICKER, 342; PEDRAZZINI, 578.

[501] TROLLER, 29; TROLLER, II, 902; AYİTER, 239; SCHRICKER, 342; PEDRAZZINI, 578; TROLLER Kamen, 284; TROLLER/TROLLER, 165; GUHL, 543. Ancak, doktrinde el yazısı ile yapılan düzeltmelerin ve eklemelerin belirli ölçü çerçevesinde tolere edilebileceğini kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 100. Kanaatimizce, eserin tesliminde aslonan objektif kriter, yayınlayanın ortalama iş yükünden daha fazla çaba harcamadan baskı işlemlerini yapabilmesi olduğuna göre, eserin ekler ve düzeltmeler içermesi bu kriteri karşılamayacaktır. Bu noktadan hareketle, eserin bu şekilde teslim edilmesi, eserin şekli açıdan gereği gibi teslim edilmediği sonucuna yol açacaktır.

hem metnin elektronik eki, özellikle diskete kaydedilen dijital metnin yanı sıra, bilgisayardan çıktısı alınan asıl metin de manüskri olarak talep edilmektedir[502]. Ancak, tarafların aralarında yaptıkları açık bir anlaşma olmaksızın böyle bir yükümlülüğün kabul edilmesi mümkün değildir. Bilgisayar ile yazılan manüskri veya daktilo çıktısında, çok istisnai olarak bazı kelimeler okunmuyorsa veya okunmasında zorluk çekiliyorsa, eserin çoğaltılmaya elverişli olup olmadığı somut olayın durumuna ve içinde bulunulan şartlara göre değerlendirilecektir. Zira, yayınlatanın, eserin baskı provalarında (aydıngerleri) söz konusu hataları düzeltme imkanı vardır[503].

Kitap yayını sözleşmesindeki, manüskrinin teslimi veya eseri taşımaya elverişli bir dijital taşıyıcı olan CD veya disketin tesliminin yerini, müzik yayını sözleşmelerinde, eserin stüdyo kaydı almaktadır[504]. Eserin diskete veya CD'ye kaydedilerek teslim edilmesi, çoğaltma işlemini kolaylaştıracağı gibi, baskı masraflarını da azaltacaktır[505].

Cevaplanması gereken bir başka nokta ise, yayın sözleşmesine konu olan eserin şekil açısından tam olarak teslim edilmesinin gerekli olup olmadığıdır. Eserin çoğaltılmaya elverişli olarak teslim edildiğinin kabul edilmesi için, eserin içerik olarak da eksiksiz bir şekilde teslim edilmesi gerekir. Zira, yayınlayan ancak böyle bir ihtimalde baskısı yapılacak eserin tamamı üzerinde, eserin kapsamı ve yine eserle ilgili ekonomik ve teknik açıdan önemli noktaları doğru bir şekilde analiz etme ve değerlendirme imkanı kazanacaktır. Eserin içerik olarak tam olmasının kapsamına, her koşulda öncelikle ve özellikle eserin başlığı girmektedir[506]. Eserin içindekiler kısmının veya kısaltmalar cetvelinin yayınlatan tarafından teslim edilmesinin gerekip gerekmediği somut olayın şartlarına göre, yani taraflar arasındaki anlaşmaya göre, böyle bir anlaşmanın olmaması halinde ise, eserin niteliğine ve amacının yorumlanmasına göre değişecektir[507]. Bazı yazarlar, eserin dış açıdan da tam olması gerektiğini, bu anlamda eserin asıl metin kısmının yanında önsöz, içindekiler, bibliyografya veya kısaltma cetveli gibi kısımlarının da teslim edilmesi gerektiğini benimsemektedirler[508]. Ancak, yine doktrinde

---

[502] SCHRICKER, 342; HILTY, Basler, 2074; HILTY, Immaterial, 530; SCHACK, 454.
[503] ULMER, 436; SCHRICKER, 342; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 100.
[504] Özel bir eser türü olan bilgisayar programlarının çoğaltılmasında özel bir durum söz konusudur. Zira, uygulamada aslında yayınlayanın asli borcu olan çoğaltma borcu, bilgisayar programlarında doğrudan doğruya yayınlatan tarafından yapılmaktadır. İşte bu noktada, hala bir yayın sözleşmesinin var olup olmadığı sorgulanmaktadır. Bu soruya, HILTY, çoğaltma masraflarının yayınlatanın üzerinde olduğu sürece, olumlu cevap vermektedir. Burada, yayınlatan bir "ifa yardımcısı" fonksiyonu görmektedir. Ancak, bu durum çoğaltma işlemine yayınlayanın yetkili ve yükümlü olduğu unsurunda bir değişiklik yapmamaktır ki, zaten bu unsurlar yayın sözleşmesinin zorunlu unsurlarıdır. HILTY, Immaterial, 530.
[505] Bkz. SCHACK, 454; SCHMAUS, 50.
[506] Eserde başlığın olmamasının hangi hallerde eserin eksik bir eser olmasına yol açacağı, somut olayın şartlarına bağlıdır. SCHRICKER, 562.
[507] SCHRICKER, 342-343; BGHZ, 9, 237, 241.
[508] BİLGE, 273; TUNÇOMAĞ, 1138; DALAMANLI Lütfü, Borçlar Kanunu Şerhi, C. 1-2, Ankara 1977, 696;

isabetle belirtildiği üzere anılan kısımlar, eserin ana metnine göre çok büyük bir önem taşımadıklarından bu kısımların sonradan hazırlanmaları da mümkündür. Dolayısıyla, bu kısımların, teknik sebepler dolayısıyla sonradan teslim edilmeleri de mümkündür[509].

Yayın sözleşmesine konu olan eserin bir defada mı teslim edileceği, yoksa kısım kısım tesliminin mümkün olup olmayacağı da üzerinde durulması gereken bir konudur. Kural olarak, eserin tamamı yayınlayana bir defada teslim edilmelidir. Taraflar elbette aralarında, eserin bölümler veya parçalar halinde teslim edilebileceğini kararlaştırmış olabilirler[510]. Ancak, böyle bir anlaşma yoksa eserin bir bütün halinde tesliminde yayınlayanın menfaati vardır. Zira yayınlayan, yayın sebebiyle masrafları ve rizikoyu kendi üzerine almaktadır. Yayınlayanın henüz teslim edilmeyen eserlerin ne zaman teslim edileceğine ve hatta teslim edilip edilmeyeceğine dair de hiçbir garantisi yoktur.

Eserin bazı parçalarının teslimi, kısmi ifa olarak kabul edilmez. Zira, GÖKYAYLA'nın da vurguladığı gibi kısmi ifa ancak bölünebilir edimlerde sözkonusu olabilir ve "eser", niteliği itibariyle parçalara bölünebilecek bir edim değildir. Eğer kısım kısım teslim edilen parçalar eser niteliği taşımıyorsa, ancak son parçanın verilmesiyle birlikte teslim borcu yerine getirilmiş sayılır[511]. Ancak, işin niteliği gereği özellikle gazetelerdeki yazı dizilerinde, ansiklopedilerde söz konusu yazılar kısım kısım teslim edilebilecektir[512].

Yayınlatanın teslim borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılması için, yayınlayana teslim edilmesi gereken eserin mutlaka orijinal nüsha olması gerekmez. Zira, eserin aslının çoğaltma ve yayma faaliyeti sırasında zarar görme veya yok olma ihtimali olabilir. Bu sonuca aynı zamanda doktrinde, yayınlatanın borçları arasında "eserin" değil "eser nüshası"nın teslim edilmesi gerektiğinden bahseden görüşlerden de ulaşmak mümkündür[513]. Böyle bir zorunluluk belki güzel sanat eserleri için söz konusu olabilir. Ancak, özellikle edebiyat ve sanat eserlerinde eser, elle yazılmışsa eserin aslının teslimi şart değildir. Eserin daktilo ile çıkarılmış

TROLLER, II, 902.

[509] Bkz. FRANKO, 32 ve orada anılan yazarlar; GÖKYAYLA, 234. Ayrıca bkz. SCHRICKER, 343. Zira, genellikle yayınlayan eserin eksiksiz elinde bulunmasına önem vermez. BİLGE, 273.

[510] Hatta kısmi teslim özellikle ansiklopedilerde olduğu gibi teamül gereği de olabilir. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 101.

[511] GÖKYAYLA, 254; karşı görüş, FRANKO, 33. Aksi takdirde, yayınlayan yayınlatanın teslim borcunu gereği gibi yerine getirmediği gerekçesiyle BK m. 96'ya göre sözleşmenin müsbet ihlali sebebiyle tazminat talep edebileceği gibi, sürekli bir borç ilişkisi olmasına rağmen henüz çoğaltma ve yayma faaliyetine başlamamışsa sözleşmeden dönerek uğramış olduğu menfi zararın da tazminini talep edebilir.

[512] Ancak burada da taraflar, kendi aralarında bunun aksini kararlaştırabilirler. Zira, yayınlayan yayın sebebiyle masrafları ve rizikoyu kendi üzerine almaktadır. Dolayısıyla, eserin kısmen teslimi halinde, kalan kısımların teslim edileceğine dair hiçbir teminat yoktur. Yayınlayan haklı olarak böyle bir ihtimali bertaraf etmek isteyebilir. Bundan dolayıdır ki, uygulamada -tefrika şeklinde neşredilecek eserlerde dahi- eserin tamamı elinde olmadıkça, yayınlayan çoğaltma ve basma işine girişmeyebilir. Bkz. FRANKO, 33-34; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 101-102.

[513] TROLLER, Kommentar, 29 vd; HIRSCH, II, 251.

olan veya başka bir çoğaltma tekniği ile elde edilmiş olan bir nüshasının teslim edilmesiyle, yayınlatan borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılacaktır[514]. Ancak burada önemli olan nokta, teslim edilen eser nüshasının, orijinal eserde bulunan bütün özelliklere ve ayrıntılara sahip olması, diğer bir ifadeyle onun kopyası şeklinde olması gerekliliğidir. Bu anlamda, teslim edilen eser nüshası ile orjinal eser arasında bir fark olmamalıdır. Zira, çoğaltma ve yayma faaliyetinde kullanılacak olan materyal, teslim edilen eser nüshası olacaktır.

2. Eserin İçerik ve Kapsam Açısından Sözleşmeye Uygun Bir Eser Olması

Eserin biçimsel olarak, dış açıdan çoğaltılmaya elverişli olup olmaması ile eserin içerik ve kapsam açısından sözleşmeye uygun bir eser olması birbirinden farklı kriterlerdir. Eserin biçimsel olarak tam olması şartını yukarıda inceledik. Eserin sözleşmeye uygun bir eser olması, eserin sözleşme ile kararlaştırılan içerik ve kapsama[515] uygun bir eser olması demektir. Bu noktada, öncelikle eserin içeriği, taraflarca kararlaştırılan amaca uygun olmalıdır. Eğer eser, kararlaştırılan amaca ve kapsama uygun bir eser değilse, eserin sadece sözleşmeye aykırılığından değil, aynı zamanda eserin ayıplı bir eser olmasından da bahsedilecektir[516]. Ancak, eserin içeriğindeki ayıpların maddi bir maldaki ayıplara göre farklı boyutlarda olduğu noktası vurgulanmalıdır. Bunun arkasında yatan sebep ise eserin fikri bir ürün olmasıdır.

Eserin içeriğindeki ayıplara ilişkin bir hüküm ne BK'da ne de FSEK'de vardır. Ancak,

---

[514] Bkz. ULMER, 436; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 100-101; FRANKO, 36; GÖKYAYLA, 254.

[515] Taraflar kendi aralarında yaptıkları sözleşme ile eserin kapsamını, bu anlamda eserin sayfa sayısını da kararlaştırmış olabilirler. Bu bağlamda sorun, yazarın öngörülen bu sayfa sayısını aşması halinde eserin, içerik ve kapsam açısından da sözleşmeye uygun bir eser olmaktan çıkıp çıkmadığıdır. Bu konuda HABERSTUMPF/HINTERMEIER, sözleşmede öngörülen bu kapsamın korunması gerektiğini, kural olarak bu kapsamdan sapılmaması gerektiğini ancak, örneğin bu kapsamın %10 oranında aşılmasının kabul edilebilir olması gerektiğini belirtmektedirler. Ancak, söz konusu eserin kapsamının önemli ölçüde aşılması halinde, yayınlayanın eserin sözleşmeye uygun olmadığını ileri sürerek -bu, sözleşmenin içeriğine dahil olduğu sürece-, eseri teslim almaktan kaçınmaya yetkili olduğunu benimsemektedirler. Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 101. Buna karşılık ULMER, sözleşmede eserin kapsamı konusunda yapılan bu tür anlaşmalara, kural olarak sadece bir yönerge işlevi ve anlamı verilmesi gerektiğini, yoksa bu klozların yazarın oyun alanı içindeki her türlü davranışını elinden alan hükümler olarak değerlendirilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Yeni meydana getirilecek olan eserlerde, bu konuda karşılaşılacak güçlükler karşısında, kapsamın sadakat ve güven ilkesine göre yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır ki, kanaatimizce de ULMER'in yaklaşımı (ULMER, 437; RG GRUR 1937, 488) taraf menfaatlerine ve yayın sözleşmesinin bünyesine de uygundur. Zira, yayın sözleşmesinin konusu sıradan bir mal değil, fikri bir yaratıcılık sonucunda ortaya çıkan fikri bir ürün, yani eserdir.
RINTELEN ve SCHRICKER da, kapsam konusunda tarafların anlaşmalarının çok katı ve kesin olarak yorumlanmaması gerektiğini, özellikle sonradan ortaya çıkan ve öngörülemeyen koşulların da dikkate alınacağı, esnek bir yorum yapılması gerektiğini belirtmektedirler. Bkz. RINTELEN, 287; SCHRICKER, 563.

[516] Bkz. ULMER, 437; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 102; SCHRICKER, 563; SCHACK, 454; REHBİNDER, Urheberrecht, 317; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, 84-85; FROMM/NORDEMANN, 268-269; DELP, 30; HILTY, Basler, 2078; PEDRAZZINI, 581; TROLLER, Kommentar, 35.

yine bu konuda yol gösterici, direktif niteliğindeki bir hüküm AYK'da öngörülmüştür. Eserin sözleşmeye aykırı olması, bu anlamda eserin içeriğindeki ayıplara ilişkin özel bir hüküm AYK §31'de düzenlenmiştir. AYK §31, eserin sözleşmeye aykırı olması halinde yayınlayana dönme hakkı tanımıştır. Ancak, yayınlayan eserin içeriğindeki ayıbın yazarın sorumlu olduğu bir nedenden kaynaklanması halinde, dönme yerine eserin ayıplı teslimi yüzünden ortaya çıkan zararları da talep edebilmektedir.

Her ne kadar, Türk-İsviçre Hukuku'nda, yasada düzenlenmemiş olsa da, İsviçre Hukuku'nda da, eserin "ayıplı" olması kavramı kabul edilmekte ve eserin ayıplı olmasına bağlanan hukuki sonuçlara da yer verilmektedir[517]. Bu bağlamda, eserin ayıplı olmasından kasıt, özellikle yayınlatanın, örneğin eserin ahlaka uygun bir eser olması gibi, eserde belirli bir özelliği garanti ettiği halde, meydana getirilen eserin bu özelliği taşımamasıdır [518]. Yine, örneğin, eserin, kararlaştırılan ihtiyaca uygun olmayan bir şekilde, kamu düzenine aykırı bir eser olması, kişilik haklarına müdahale etmesi, bu kapsam içinde değerlendirilmektedir. Keza, yayınlatan eseri belirli bir yöntemi tercih ederek meydana getirme yükümlülüğü altına girebilir ve eserin belirli bir ihtiyacı karşılamaya yönelik bir eser olarak belirli özellikleri taşımasını garanti edebilir[519].

Eserin içeriğindeki ayıplar çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Ancak, yayın sözleşmesinin konusunu, satım sözleşmesindeki gibi somut bir mal oluşturmadığı için, burada söz konusu olabilecek ayıplar eserin maddi olmayan cismine özgüdür.

Bu bilgiler ışığında, eserin sözleşmeye aykırı olmasını 3 kategori altında toplayabiliriz.

1.Eser, taraflarca kararlaştırılan veya sözleşme ile güdülen amaca aykırı özellikler taşıyabilir veya eser, belirlenen amaca uygun olmayabilir, bu amacı karşılayamayabilir[520]. Bu başlık altında genellikle, doktrinde verilen klasik örnek, ders kitabının okul idaresinin belirlediği koşullara uymaması, o dersin ihtiyaçlarını karşılamamasıdır. Yine, bilimsel bir eserin yeni basısının son gelişmeleri yansıtmaması, yazarın gerekli işlemelere kitabında yer vermemesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir[521].

Yazar, kararlaştırılan eserden farklı bir eser teslim etmişse, örneğin yayın sözleşmesi bir tarih ders kitabı ile ilgili olmasına karşılık, yazar tarihi bir roman teslim etmişse, yine düz bir harita yerine kabartmalı bir harita teslim etmişse, yayınlayanın yine bu eserin sözleşmeye

[517] Bkz. HILTY, Basler, 2078; PEDRAZZINI, 581; TROLLER, Kommentar, 35.
[518] HILTY, Basler, 2078; PEDRAZZINI, 581.
[519] PEDRAZZINI, 581.
[520] Bkz. ULMER, 437; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 102; SCHACK, 454; SCHRICKER, 562, 564; REHBİNDER, Urheberrecht, 317; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, 83; HILTY, Basler, 2078; PEDRAZZINI, 581; TROLLER, Kommentar, 35.
[521] Bkz. ULMER, 437; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 102; SCHACK, 454; SCHRICKER, 562, 564; REHBİNDER, Urheberrecht, 317; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, 83.

uygun bir eser olmadığını ileri sürerek, reddetme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir[522].

2. Eserin içerik açısından tam olmaması, diğer bir ifadeyle eksik olması halinde de, sözleşmeye uygun bir eserden bahsedilemeyecektir. Bu başlık altında incelenecek olan, eserin içeriğindeki ayıplar, eserin öncelikle eserin bilimsel bir eser ve edebi bir eser olup olmamasına göre değişecektir[523].

Eser bilimsel bir eserse, bu konuda genellikle eserin tam olmaması, yani eserin tamamlanmaması noktasında sorunlar çıkmaktadır. Doktrinde, bu konuda bir tıp ders kitabının çok yaygın olan ve bilinen hastalıkları ve tedavi yöntemlerini dikkate almadan meydana getirilmesi, bir ceza hukuku ders kitabının "ceza zamanaşımı" konusuna kitapta hiç yer vermemesi, müzik tarihinin anlatıldığı bir kitapta, Beethoven veya Mozart hakkında hiçbir bilgi ve açıklamanın yer almaması, bir dünya haritasında Asya kıtasına hiç yer verilmemesi, Roma Tarihi kitabında, Sezar'dan hiç bahsedilmemiş olması gibi örnekler verilmektedir. Ancak, eğer Roma Tarihinin anlatıldığı bir kitapta, yazar Sezar'a ayırdığı bölümden daha geniş bir bölümü Nero'ya ayırmışsa veya konuyu yayınlayanın bakış açısına göre daha özensiz ve farklı bir şekilde ele almışsa, bu noktada kendine özgü olma ve özensizlik, eserin, sözleşmeye aykırı olmasına yol açmayacaktır. Zira, yazar prensip olarak eserin hangi bölümlerini ayrıntılı olarak ele alacağına ve hangi noktaların üzerinde fazla durmayacağına karar vermekte özgürdür. Ancak, ceza hukuku kitabı veya tıp ders kitabı örneğinde verildiği üzere, yazar özellikle bilimsel eserlerde veya ders kitabı niteliğindeki eserlerde, o konu hakkındaki tüm bilimsel kaynakları ve materyalleri tüketmeli, ele aldığı konuları kural olarak eksiksiz bir şekilde eserde incelemelidir[524]. Ancak, bilimsel bir eserin veya ders kitabının eser sahibi de, eserinde hangi konuyu, hangi yoğunlukta ve önemde ele alma ve inceleme konusunda tamamen özgürdür[525]. Yine, eser sahibinin doktrin tartışmalarında belli bir görüşü benimsemesi ve eserinde bu görüşü yansıtması, eserin ayıplı olmasına ve sözleşmeye aykırı bir eser olmasına yol açmayacaktır.

Bu bağlamda, bir eserin tam olması konusunda ortaya çıkan sorunlarda, öncelikle taraf iradelerinin yorumuna başvurulacak, eğer bu yeterli olmazsa objektif olarak eserin tam olmaması yüzünden eserden beklenen faydanın alınıp alınmayacağı, sözleşmenin içeriğine ve amacına göre belirlenecektir[526]. Bilimsel eserlerde temel alınması gereken kriter, objektif olarak o konunun bilimsel yöntemler çerçevesinde eserde ele alınıp alınmadığıdır. Bu

[522] ALLFELD, 153; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 102; SCHRICKER, 563-564.
[523] Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHRICKER, 562; ALLFELD, 154.
[524] Bkz. SCHRICKER, 562; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 102; ALLFELD, 154; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, 83.
[525] Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 102; SCHRICKER, 562.
[526] Bkz. SCHRICKER, 562.

bağlamda, dürüstlük kuralı uyarınca o konu hakkında ele alınması gereken, ele alınmadığı takdirde eserden gereken faydayı sağlayamayan veya büyük ölçüde engelleyen noktaların eksikliği eserin tam olmasını engelleyecek ve eser ayıplı bir eser olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla, eserin tam olmaması, aynı zamanda eserin piyasadaki sürümünü de etkileyecek ve genellikle yayınlayanın sözleşmeyle güttüğü amaca da aykırı olacaktır.

Yine, bilimsel eserlerde, doğru olmayan, hatalı bilgilerin verilmesi veya yeni gelişmelerin eserde yer almaması da eserin ayıplı olması sonucuna yol açacaktır. Özellikle, yeni bir kanun yürürlüğe girmesine rağmen, eser sahibinin hala konuyu eski kanun hükümlerine göre ele alması, yeni değişikliklere hiç yer vermemesi veya bir tarih kitabında Sovyetler Birliği'nin dağılmasına rağmen bu gerçek dikkate alınmayarak hala SSCB'den bahsedilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Böyle bir durum da, eserin sürümünü ve dolayısıyla yayınlayanın menfaatlerini zedelediği gibi, eser sahibinin ününe ve bilimselliğine olan güveni de sarsacaktır.

Eser bir edebiyat eseriyse, bilimsel eserlerde baz alınan kriterler bu alanda uygulama alanı bulamayacaktır; çünkü, edebiyat eserlerinde bilimsel eserlerde söz konusu olabilecek, eserin tam olması noktasındaki kesinliğe benzer özellik ve ölçü söz konusu olamayacaktır. Zira, edebiyat eserlerinde yazar, eserin tarzı ve yazı stili gibi, eserin meydana getirilmesindeki yöntemden, eserin içerik ve kapsamının belirlenmesine kadar olan noktalarda kural olarak tamamen özgürdür ve bu anlamda, çok daha geniş bir oyun alanına sahiptir. Ancak, edebiyat eserlerinde de imla ve yazım hatalarındaki eksiklik söz konusu olabilecektir.

3. Eserin, kanuna, ahlaka aykırı bir eser olması halinde veya eserde üçüncü kişilerin kişilik haklarının ihlal edildiği hallerde de, eser sözleşmeye aykırı bir eser olacaktır[527].

Yayın sözleşmesi, konusu ahlaka aykırı veya kanuna aykırı, halkı kin ve düşmanlığa sevkeden içerikte bir eserin meydana getirilmesi hakkında kurulmuşsa, bunun yaptırımı sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü olacaktır. Zira, böyle bir durumda, yayın sözleşmesi BK m. 20 uyarınca, sözleşme konusunun ahlaka, adaba, emredici hukuk kurallarına aykırı olması yüzünden, zaten kendiliğinden kesin hükümsüzdür[528].

Aynı zamanda yayınlayandan, kendisinin cezai ve hukuki sorumluluğuna ve bu çerçevede tazminat ödemesine yol açacak veya eserin dağıtımının engelleneceği bir eseri yayınlaması[529] veya kendisinin piyasadaki ününü zedeleyecek bir kitabı yayınlaması da

[527] ALLFELD, 153; ULMER, 437-438; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 103; SCHACK, 454; SCHRICKER, 561; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, 85; FROMM/NORDEMAN, 269; DELP, 30; HILTY, Basler, 2078; PEDRAZZINI, 581; TROLLER, Kommentar, 35.
[528] Bkz. GİRİTLİOĞLU, 83-84; YAVUZ, 549; NORDEMANN, GRUR 1979, 399.
[529] Krş. OLG Dresden UFİTA 1929, 333; RGZ 84, 295; BGH GRUR 1979, 396,397.

beklenemez. Örneğin, söz konusu eserde üçüncü kişinin aşağılanması bu kapsamda belirtilmektedir[530].

Eserin ayıplı olması konusunda üzerinde durulması gereken bir nokta da, eserin bilimsel, sanatsal ve edebi değerindeki kalite eksikliğidir. Öncelikle vurgulanmalıdır ki, yayınlatan eserin sanatsal, politik veya bilimsel kalitesini garanti edemez. Böyle bir sorumluluk, yaratıcılığın doğasına aykırıdır[531]. Dolayısıyla, böyle bir yükümlülük sözleşme ile dahi üstlenilemez. Başka bir deyişle, eser sahibi, sözleşme ile böyle bir sorumluluğu üzerine alamaz. Zira, yayın sözleşmesinin kavramsal özelliği, taraflar aralarında kararlaştırmış olmasalar bile, eserin ekonomik başarısının yayınlayana ait olmasıdır[532]. Bu bağlamda, yayınlayan prensip olarak eserin bilimsel, sanatsal ve edebi kalitesine dayanarak eserin ayıplı olduğunu ileri süremeyecektir. Zira, yayınlayan eserin bilimsel veya sanatsal değerini ve kalitesini değerlendirecek ve takdir edecek konumda değildir[533].

Yayın sözleşmesi kavramı ile bağdaşmayan bir başka nokta ise, yayınlatanın eserin ekonomik başarısından dolayı sorumlu olmasıdır. Zira, yukarıda da vurgulandığı gibi, yayınlayan, her zaman, özellikle henüz meydana gelmemiş eserlerde belirli bir risk altına girmekte, dolayısıyla, eserin sürümü noktasındaki ekonomik rizikoyu taşımaktadır. Yayınlatan tarafından, böyle bir sorumluluğun üstlenilmesi, rizikonun taşınmasının da üzerindedir. Böyle bir ihtimalde, duruma göre ya bir komisyon sözleşmesi ya da bir adi şirket söz konusu olabilir[534]. Özetle, yayın sözleşmesinde, eser sahibi, eserin ekonomik açıdan iyi bir sürüm getireceğini tekeffül borcu altında olmadığı gibi, -yukarıda belirtilen istisnalar saklı kalmak kaydıyla- eserin belirli bir kalitede olmamasından da sorumlu değildir.

Eser sözleşmeye uygun bir eser değilse, diğer bir ifadeyle ayıplı bir eserse ve eserde objektif olarak saptanmış hatalar mevcutsa, bu takdirde, hiç veya gereği gibi ifa etmemenin

---

[530] Bkz. ALLFELD, 153; ULMER, 437-438; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 103; SCHACK, 454; REHBİNDER, Urheberrecht, 317-318; SCHRICKER, 561; HILTY, Basler, 2078; PEDRAZZINI, 581; TROLLER, Kommentar, 35. Son olarak, Alman Hukuku'nda yayınlayan tarafından yayınlanacak eserin yayın faaliyetinin kesilmesine neden olmayacak şekilde piyasaya sürülebilme kapasitesinde olması şartı da aranmaktadır. Bu noktada, özellikle Alman Hukuku'nda, klasikleşmiş bir örnek olarak, eserin tercümesi verilmektedir. Eserin bir başka dile tercümesi o kadar kötüdür ki, o artık kötü bir tercümeden çok, bir tercüme olarak bile değerlendirilemeyecektir. Bu durum, eserin sözleşmeye aykırılığını objektif bakış açılarına göre değerlendirmektedir. Yine, yazarın yabancı dilden Almanca'ya yaptığı çevirinin, doğru olarak Almanca'ya çevrilmemesi de bu kapsamda örnek olarak verilmektedir. Alman Hukuku'nda, bu durum "Ausgabefahigkeit" olarak nitelendirilmektedir. Bkz. SCHRICKER, 566; ALLFELD, 153; ULMER, 438; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 103; SCHACK, 454; REHBİNDER, Urheberrecht, 318.

[531] Bkz. HILTY, Basler, 2078; PEDRAZZINI, 581; TROLLER, Kommentar, 35; ULMER, 332; GUHL, 543.

[532] Bkz. PEDRAZZINI, 581; ULMER, 433; SCHACK, 448; SCHRICKER, 138; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 75; REHBİNDER, Urheberrecht, 320.

[533] BGH, GRUR, 1960, 642, 644; OLG Karlsruhe UFITA, C. 92, 1982, 229, 234 vd; PEDRAZZINI, 581; ULMER, 437; SCHACK, 454; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 102; HILTY, Basler, 2078; SCHRICKER, 565; REHBİNDER, Urheberrecht, 317-318; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, 85; FROMM/NORDEMAN, 269.

[534] PEDRAZZINI, 581.

devreye girmesi sorgulanabilecektir[535]. Örneğin, eser önceden öngörülen amaca uygun bir eser olmadığından dolayı ayıplıysa, yayınlayan eseri bu şekilde kabulden kaçınabilir. Çünkü böyle bir durumda, yayınlatan sözleşmeye uygun bir eserin teslimi borcunu yerine getirmemiştir[536]. Yayınlayanın böyle bir durumda, ayıbın ortadan kaldırılmasına kadar eseri teslimden kaçınabileceği, gizli ayıplarda ise, ayıbın farkedilmesinden sonra en kısa süre içinde yayınlatana bildirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Yayınlatan karşısında, yayınlayanın eserin düzeltilmesine ilişkin bir talebi olabilir ki, bu talep bir anlamda "ifa" görevi görmektedir[537]. Bu bağlamda, yayınlayan, eğer eserin ayıplarının giderilmesi mümkünse, yazardan uygun bir süre içinde eserdeki ayıpları gidermesini talep edecektir. Ancak, eğer eserin ayıplarının giderilmesi mümkün değilse veya yazar bu talebe karşı çıkmışsa uygun bir süre verilmesine gerek yoktur[538].

Eserin ayıplı olması halinde, İsviçre Hukuku'nda HILTY[539], yayınlatanın meydana gelmiş eserler açısından, satım sözleşmesinin satıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerinin kıyasen uygulanması sonucu sorumlu olacağını, henüz meydana gelmemiş eserler hakkında ise, istisna sözleşmesi hükümlerinin yine kıyasen devreye girmesinin uygun olacağını kabul ederken, PEDRAZZİNİ, aksine bir hüküm olmadığı takdirde, ifa etmeme dolayısıyla BK m. 96'nın uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak PEDRAZZİNİ, tıpkı istisna sözleşmesinde olduğu gibi, yayın sözleşmesinde de yayını etkilemeyen küçük ayıplar yüzünden -bu ayıplar düzeltilemiyor olsa da- yayınlayanın sözleşmeden dönemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir[540]. Ancak, yayınlayanın bu tür ayıpları hesaba katması ve dikkate alması gerektiği durumlarda, yayınlatanın yayınlayana karşı sorumlu olmayacağının altı çizilmelidir[541].

Alman Hukuku'nda, yazar, yayınlayanın kendisine tanıdığı süre içinde eserin ayıplarını ortadan kaldırarak eseri teslim etmezse, yayınlayan AYK §31 uyarınca, bu sürenin sonunda, süre verilmesine gerek olmayan hallerde derhal sözleşmeden dönebilir veya yazarın kusurlu olması halinde ifa edilmemeden dolayı tazminat talep edebilir[542].

Kanaatimizce, eserin hem şekli açıdan hem de içerik açısından ayıplı olması halinde, yayınlatan sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmediğinden, sözleşmeye aykırı davranmış olacak ve her koşulda, BK m. 96 uyarınca yayınlayanın tazminat talebi ile karşı

[535] HILTY, Basler, 2078; PEDRAZZINI, 580.
[536] TROLLER, Kommentar, 35. Ayrıca bkz. PEDRAZZINI, 580.
[537] PEDRAZZINI, 580.
[538] Bkz. SCHRICKER, 568-570; ULMER, 438; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 157.
[539] HILTY, Basler, 2078.
[540] PEDRAZZINI, 580.
[541] PEDRAZZINI, 581.
[542] Bkz. SCHRICKER, 568-570; ULMER, 438; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 157.

karşıya kalacaktır. Ancak, yayınlatanın eserdeki ayıpları gidermemesi veya bu ayıpların giderilmesinin mümkün olmaması halinde, yayınlayanın sözleşmeyi haklı sebeple feshedebileceği kanısındayız. Zira eserin ayıplı olması, yayınlayan açısından sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren bir "haklı sebep" olarak görülebilir.

C. ESERİN TESLİMİ İLE ESER ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET HAKKININ YAYINLAYANA GEÇİP GEÇMEDİĞİ SORUNU

Bu konu hakkında her ne kadar BK ve FSEK'de açık bir hüküm yoksa da, doktrinde[543] de kabul edildiği üzere eserin teslimi ile eser üzerindeki mülkiyet hakkı yayınlayana geçmez. Başka bir deyişle yayınlayan, teslim edilmiş olan eser üzerinde mülkiyet hakkına sahip değildir. Zira, yayınlatan eseri, eser üzerindeki mülkiyet hakkının geçirilmesi amacıyla değil, eserin çoğaltılması ve yayılması amacıyla yayınlayana teslim etmektedir. Yayınlayan da, kural olarak çoğaltma ve yayma faaliyeti bittikten sonra eseri yayınlatana vermekle mükelleftir. Yayın sözleşmesi bu özelliği ile satım sözleşmesinden ayrılmaktadır. Zira, satım sözleşmesi konusu "hakkın temelli devrine yönelik" sözleşme grupları arasında yer almaktadır.

Yayınlayan, eser metnini yayınlayanla aralarında kurulmuş olan yayın sözleşmesi uyarınca elinde tutmakta ve bu anlamda zilyetliği kazanmaktadır. Bu anlamda, yayınlayanın durumu, tıpkı bir sözleşme ilişkisi uyarınca malın zilyetliğini elinde bulunduran kişiye, kira sözleşmesi uyarınca kiracının, ariyet sözleşmesi uyarınca ariyet alanın durumuna benzemektedir[544].

Yukarıda da belirtildiği üzere, yayın sözleşmesinin konusu eser metninin teslimi değil, eser üzerindeki yayın devridir. Bu bağlamda, Alman Hukuku'nun aksine, yayın hakkının devri için eser metninin teslimi aranmamaktadır. FSEK m. 57 deki "asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmadıkça, fikri hakların devrini ihtiva etmez" hükmü uyarınca da , eser üzerindeki mülkiyet hakkının devri eser üzerindeki mali hakların devri anlamına da gelmemektedir.

İsviçre Federal Mahkemesinin de bir kararında saptamış olduğu üzere, eser nüshasının teslimi, yayınlatan ve yayınlayan arasındaki ilişkide sözleşmenin konusunu oluşturmaz. Eser

[543] BİLGE, 273; HIRSCH, II, 251; FRANKO, 47; GÖKYAYLA, 254.

[544] Fransız Hukuku'nda da bu çözüm tarzı benimsenmiştir. Fransız Hukuku'na göre de yayınlayana teslim olunan metinde mülkiyet hakkı bulunmadığı, teslim alınan metin bakımından, yayınlayanın bir kiracı veya ariyet alan kimse durumunda olduğu kabul edilmiştir. Bkz. FRANKO, 48.

nüshası, sadece yayınlayanın eseri çoğaltabilmesini sağlayacak olan bir araçtır[545].

D. TESLİM BORCUNUN İFA ZAMANI

Teslim borcunun ifa zamanı eserin tamamlanmış bir eser veya gelecekte meydana getirilecek bir eser, yani henüz meydana getirilmemiş veya tamamlanmamış bir eser olup olmamasına göre değişecektir.

1. Tamamlanmış Eserlerde Teslim Borcunun İfa Zamanı

a. Genel Olarak

Taraflar, tamamlanmış eserlerde teslim borcunun ifa zamanını sözleşmede açıkça kararlaştırabilirler. Eğer sözleşmede bu konuda herhangi bir hüküm yoksa, o zaman BK'daki genel hükümler uyarınca teslim zamanı belirlenecektir. BK m. 74 uyarınca, "ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası" lazımdır. Bu çerçevede, eğer eser tamamlanmış bir eserse, BK m.74 uyarınca "derhal" yayınlayana teslim edilmelidir. "Derhal"den kasıt, eserin TMK m. 2'deki dürüstlük kuralı uyarınca belirlenen uygun bir zaman dilimi içerisinde teslim edilmesidir. Bu bağlamda, "derhal" katı bir şeklide yorumlanmamalı, "uygun bir zaman dilimi" tarafların durumu ve işin niteliği dikkate alınarak, "dürüstlük kuralı" kriteri dikkate alınarak belirlenmelidir[546]. Eğer eser sahibi, eserinin bir kopyasını çıkartmak isterse, buna imkan düzeltmeyi yapmasına da izin verilmelidir. Bazen de, eserin teslim zamanını bizzat sözleşmenin amacından çıkarmak mümkündür. Özellikle, eserin belirli bir zaman dilimi sonrasında teslim edilmesinin yayınlayan açısından faydası kalmayacaksa, o eserin mutlaka belirli bir zaman dilimi içinde teslimi gereklidir. Bu duruma özellikle, çıkarılacak olan bir armağan kitabında veya yarışmaya girecek olan eserin tesliminde rastlanmaktadır[547].

Alman Yayın Kanununun 11. paragrafının birinci bendinde de, yayın sözleşmesinin tamamlanmış bir esere ilişkin olması halinde, eserin derhal teslim edilmesi gerekliliği ifade edilmiştir.

---

[545] 26 Eylül 1974 tarihli İsviçre İdare Mahkemesinin kararı için bkz. TROLLER, Kommentar, 28-29.
[546] Aynı görüşte, FRANKO, 37; GÖKYAYLA, 254-255.
[547] FRANKO, 37.

b.Tamamlanmış Eserin Cebri İcra Konusu Olup Olamayacağı Sorunu

FSEK m. 61 uyarınca "İcra ve İflas Kanunu'nun 24. ve 30. maddelerinin hükümleri mahfuz kalmak şartıyla, eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyeti altında bulunan henüz alenileşmemiş bir eserin müsvedde veya asılları; kanuni veya akdi bir rehin hakkının, cebri icranın veya hapis hakkının konusu olamaz". Fikir ve sanat eserlerinin asılları ile müsveddelerinin yasal ve sözleşmesel rehin ile cebri icraya konu olmaları, taşınırlara ve alacaklara nazaran özellikler göstermektedir[548]. Bu bağlamda FSEK de, fikir ve sanat eserlerinin bu özelliklerini gözönünde bulundurarak eser üzerinde rehin, cebri icra, hapis hakkının söz konusu olabileceği halleri "alenileşme" kriterini dikkate alarak ayırmıştır. FSEK, benimsemiş olduğu bu sistem uyarınca istisnalar, sınırlamalar ve bazı ek şartlar bir yana bırakılırsa, alenileşmemiş bir eserin ne aslı ne müsveddesi (veya müsveddeleri) ne de bunlardan doğan haklar rehnedilebilir, haczedilebilir veya hapis hakkına konu olabilir. Eser ancak alenileşmişse, rehne, hacze ve hapis hakkına konu olabilir. Alenileşme ile, eserin FSEK m. 14 anlamında umuma arz edilmesi kastedilmektedir. Alenileşme eserin asıl ve müsveddeleri için ayrı ayrı gerçekleşmelidir. Yoksa aslın alenileşmesi müsveddelerin de alenileşmesi sonucunu doğurmaz. Zira, aslı alenileştiren eser sahibi, çeşitli sebeplerden dolayı müsveddeyi veya müsveddeleri alenileştirmek istemeyebilir. FSEK, alenileşmemiş eserlerde icra ve hapis hakkı hukukunu, eser sahibinin eserini yarattığı dünyasına sokmamış, bu dünyada iken, onun ne aslının ne müsveddelerinin ne de üzerindeki hakların haczine ve iflas masasına yazılmasına izin vermiştir[549].

Bu bağlamda FSEK'in kabul etmiş olduğu sistemin bir ürünü olan bu hükmün ratio legis'i de, henüz alenileşmemiş ve eser sahibinin veya mirasçılarından birinin mülkiyetinde bulunan bir eserin aslı ile müsveddelerinin, hala eser sahibinin "eseri oluşturma alemi"ne dahil bulunmaları ve bu alemde eserle ilgili kararları vermeye ve eserin yazgısını sadece eser sahibinin -ve onun isteği doğrultusunda- mirasçılarının yetkili olmalarıdır. Bu bağlamda, eser sahibi bu müsvedde veya asıllar üzerinde her an istediği her türlü değişikliği yapabilir, isterse eseri tahrip edebilir veya umuma arzdan geçici veya devamlı olarak vazgeçebilir. Henüz alenileşmemiş ve eser sahibinin veya mirasçılarından birinin mülkiyetinde bulunan bir eserin aslı ile müsveddelerinin haczi, kanuni rehni ve hapis hakkı ile alıkonulması, eser sahibinin rızası hilafına umuma arz olur. Onun için alenileşmemiş eserin müsveddesi ile asıllarının

[548] Bu özellikler kuralların bir taraftan henüz alenileşmemiş, yani eser sahibinin mahremiyetinde bulunan fikir ve sanat eserleri ile ilgili olmalarından, diğer taraftan da eserin aslı, müsveddeleri ve çoğaltılmış nüshaları ile alakalı bulunmaları yanında bunlar üzerinde eser sahibinin mali ve manevi haklarının mevcudiyetinden doğar. TEKİNALP, 225.

[549] TEKİNALP, 226.

hapis hakkının ve cebri icranın kapsamına almak eser sahibinin manevi alanına ve manevi haklarına (manevi yetkilerine) ağır bir tecavüz oluşturur[550].

Ancak FSEK m. 61, İİK'nın 24. ve 30. maddelerini saklı tutmuştur. İİK m. 24, menkullerin teslimi, İİK m. 30 ise istisna sözleşmesi çerçevesinde yapma yada yapmamaya ilişkin maddi hukuk anlamında ilamların icrasına aittir. Böyle bir ilamın söz konusu olabilmesi için, eser sahibine karşı onun devir taahhüdüne dayanarak, diğer tarafın "aynen ifa" davası açması ve aynen ifa hakkında mahkemeden hüküm alması gerekmektedir. Bunu izleyen aşamada İcra dairesi tarafından ilamlı takip prosedürü devreye girecektir. Bu prosedür çerçevesinde eser sahibi aynen ifaya ilişkin borcunu yerine getirmediği takdirde, infaz memuru tarafından eserin mali haklarına değer biçilecek, alınacak bilirkişi raporundaki miktara göre, eser sahibinin taşınır veya taşınmaz malları ile üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının borca yeter kısmına haciz konularak, haczedilen malların paraya çevrilmesi sonucunda ilam alacaklısına bu tutar, İcra Dairesi tarafından ödenecektir[551].

FSEK m. 61'in, İİK m. 24 ve m. 30 hükümlerini saklı tutması, alenileşmemiş bir eserin borçlanma işlemi niteliğindeki sözleşmeye dayanılarak, eser sahibinin karşı akidi tarafından aynen ifasının mahkemeden talep edilmesi sonucunda, eser sahibinin tasarrufi işleminin yerine geçecek biçimde kurucu yenilik doğuran bir kararla, irade açıklamasına mahkumiyeti içeren, sözleşmenin aynen ifasına mahkemece hükmedilmesi anlamını taşımaktadır. Ancak, FSEK m. 48 hükmü, meydana getirilmemiş eserlere ilişkin tasarrufi işlemlerin batıl olduğunu ifade etmiştir. Bu durum karşısında FSEK m. 48/III ile FSEK m. 61/I hükümlerinin birbiriyle çelişkili olup olmadıklarını irdelemek ve tartışmak zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, FSEK m. 61/I hükmünün tamamlanmamış eserleri de kapsadığı kabul edildiği takdirde, söz konusu iki kanun hükmü arasındaki çelişki kesinlik kazanacaktır. Zira, tamamlanmamış eserlere ilişkin olarak tasarrufi işlem yapmanın, FSEK m. 48/III ile engellenmesine karşın, eser sahibinin yapamayacağı tasarruf işlemi, mahkemenin onun yerine geçerek irade beyanına mahkumiyeti içeren biçimde oluşturacağı inşai bir kararla gerçekleştirebileceğini kabul etmek olanaksızdır. Diğer bir deyişle, aynen ifaya karar verilmesi, devir taahhüdünde bulunan eser sahibinin tamamlanmamış eser hakkında tasarrufi işlem yapabilmesi yetkisinin varlığına bağlıdır[552].

---

[550] TEKİNALP, 227.

[551] Eser sahibine karşı yürütülen ilamlı takip prosedürü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ALTAY Sümer, "5846 sayılı FSEK bağlamında Mali Hakların Haczine ve İflas Masasına Girmesine İlişkin Bazı Faraziyelerin Değerlendirilmesi", İHFM, Cilt: LVI, Sayı, 1-4, 1998, 211 vd.

[552] Eser sahibi bu olanağa sahip olmasına rağmen, taahhüdün konusunu teşkil eden tasarrufi işlemi (devir sözleşmesini) yapmaktan kaçındığı takdirde, diğer taraf, eser sahibinin hukuken muktedir olmasına rağmen, yerine getirmediği edimin, irade beyanına mahkumiyet şeklinde, mahkemece aynen ifasına karar verilmesini

Oysa tamamlanmamış eserler açısında tasarrufi işlem yapılmasına FSEK m. 48/III izin vermediğinden, yargıcın kararı ile de, tasarrufi işlemin yerine geçecek biçimde, davalı eser sahibinin aynen ifaya yönelik olmak üzere irade beyanına mahkumiyetine hükmedilmesi, sözkonusu FSEK m. 48/III çerçevesinde kesinlikle mümkün değildir[553].

FSEK m. 61/I'in, İİK'nın 24. ve 30. maddelerini saklı tutmasını, tamamlanmış olmakla birlikte, henüz alenileşmeyen durumdaki eserlere muzaf olarak ve sadece bu ölçü ile sınırlı bir biçimde yorumlanması halinde, FSEK m. 48/III ile 61/I arasında herhangi bir çelişkiden söz edilmeyecektir[554].

Yayınlayan, eğer yayınlatan eserin teslim borcunda temerrüde düşerse mehil tayin ederek veya BK m. 107 uyarınca mehil tayinine lüzum olmayan hallerde derhal BK m. 106'daki seçimlik haklarından birini kullanabilecektir. Bu haklardan biri de aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatının ödenmesidir.

2. Henüz Meydana Gelmemiş veya Tamamlanmamış Eserlerde Teslim Borcunun İfa Zamanı

FSEK m. 50 uyarınca, eser henüz meydana gelmemiş olsa da bu eser bir borçlandırıcı işlem olarak sözleşmeye konu olabilecektir. Bu sözleşmeyle, yayınlatan bir eser meydana getirme veya tamamlama ve eser meydana geldiğinde ya da tamamlandığında da, eser üzerindeki mali hakları yayınlatana devretme borcu altına girmektedir. Eserin teslim edilmesi de bu sözleşmeden doğan borçlardan biridir. Henüz meydana gelmemiş veya tamamlanmamış eserlerde teslim bazı özellikler arz etmektedir.

a. Eserin Bizzat Sözleşmede Eser Sahibi Olarak Belirtilen Kimse Tarafından Hazırlanması (Şahsen İfa Borcu)

BK m. 67'ye göre "borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir". Genel kural niteliğindeki bu yedek hukuk kuralı, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, uygulama alanı

---

talep ederek, bu yolda mahkemeden hüküm alabilir. Ancak bu faraziyededir ki, mahkemeden istihsal edilen aynen ifaya ilişkin ilamın İİK m.24 ve m. 30 hükümlerine göre, cebri icra yoluyla yerine getirilmesi, bunun mümkün olmaması halinde, İcra Müdürünün yaptıracağı bilirkişi incelenmesi sonucunda aynen ifa ediminin para borcuna dönüştürülmesi söz konusu olacaktır. ALTAY, 212.

[553] ALTAY, 212.

[554] Ancak, eserin alenileşmemesine rağmen, tamamlanmış bulunduğunu kanıtlamak uygulamada ciddi zorluklar yaratmaya elverişli bir husustur. Bu nedenle, yapılacak yasa açısından FSEK m. 61/I'de yer alan İİK m. 24 ve 30 hükümlerinin saklı bulunduğu yolundaki hükmün kaldırılması gerektiği konusunda bkz. ALTAY, 212; Aksi görüş, EREL, 209-210, 212.

bulacaktır. Bu bağlamda anılan kural uyarınca, bizzat borçlu tarafından ifada alacaklının menfaati bulunan hallerde borçlu borcu şahsen ifa ile mükelleftir. Özellikle yapma borçlarında borçlunun bilgisi, mahareti, tecrübesi, karakteri gibi şahsi vasıflarının rol oynadığı hallerde, borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaati vardır[555]. Borçlar Kanunu hizmet akdinde, istisna akdinde, yayın sözleşmesinde ve vekalet akdinde prensip itibariyle borçlunun şahsen ifasını kabul etmiştir.

Eserin belirli bir kimse tarafından meydana getirilmesinin yayınlayan için önem taşıdığı hallerde ve özellikle bilimsel ve edebiyat eserlerinde, tıpkı istisna sözleşmesinde olduğu gibi, eser, bizzat sözleşmede eser sahibi olarak belirtilen kimse tarafından hazırlanmalıdır. Bu borç, eser sahibinin şahsının önem arzetmesi bakımından "intuitu personae" özelliğini taşıyan bir borçtur. Zira, henüz meydana gelmemiş eserlerde, özellikle eser sahibinin adı eğer, eser sahibi tanınan ünlü biriyse, eserin kalitesine başarı katmaktadır. Aynı durum, yayın sözleşmesinin kurulması anında tamamlanmış eserler açısından da sözkonusudur[556].

Bu bağlamda, eser sahibinin sözleşme konusu eseri kural olarak başkasına hazırlatması mümkün değildir. Ancak, bu borç, eserin genellikle asıl, gövde metnine ilişkindir. Bunun dışında eser metni açısından tali nitelikte olan, fihrist, indeks, sayfa düzeni, bibliyografya gibi kısımlar eser sahibinin ifa yardımcıları tarafından hazırlanabileceği gibi, mekanik bir araç ve özellikle de bilgisayar yardımıyla da hazırlanabilir. Bu durum, borcun borçlu veya üçüncü şahıs tarafından ifasının alacaklı için farksız olduğu hallerde, borçlunun borcun ifasını bir üçüncü şahsa bırakmasıdır ve "şahsen ifa" prensibine aykırılık oluşturmayacaktır[557].

Eser sahibi, kanunun imkan tanımadığı bir halde ve taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı olarak, eseri bir üçüncü kişiye hazırlattırırsa veya ifa yardımcısı kullanırsa, bu durum sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Yayınlayan, eser sahibine bu yüzden uğramış olduğu zararlardan dolayı BK m. 96 uyarınca başvurabilecek ve zararının tazminini talep edebilecektir[558].

---

[555] Alacaklının borcun bizzat ifasında menfaati bulunup bulunmadığı araştırılırken, bunun hukuka uygun ve özellikle dürüstlük kuralı uyarınca gözönünde tutulmaya değer bir menfaat olmasına dikkat edilecektir. OĞUZMAN/ÖZ, 197; EREN, 101; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 767.

[556] Bkz. TROLLER, Kommentar, 29; HILTY, Basler, 2073; TROLLER, II, 788; FRANKO, 39; AYİTER, 240; GÖKYAYLA, 248.

[557] FRANKO, 39; HILTY, Basler, 2073; BİLGE. 273; GÖKYAYLA, 248; YAVUZ, 463. Ancak, hemen vurgulanmalıdır ki, eser sahibi, yardımcı şahısların fiillerinden dolayı BK m. 100 uyarınca, yayınlayana karşı sorumlu olmaya devam edecektir.

[558] Eğer eser sahibi, borcun yerine getirilmesinde temerrüde düşerse, bu durumda borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde BK 106 uyarınca sözleşmeden dönülebileceği de kabul edilmektedir. Bkz. YAVUZ, 463.

b. Teslim Zamanı

Gelecekte meydana getirilecek veya henüz tamamlanmamış bir eserin teslim zamanını taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile belirleyebilirler. Eğer kararlaştırılan tarihte eser teslim edilmezse, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler burada doğrudan doğruya uygulama alanı bulacaktır. Taraflar sözleşmede teslim tarihini, belirli vade teşkil edecek şekilde ay, gün olarak belirleyebildikleri gibi, eserin tamamlanır tamamlanmaz teslim edileceğini de kararlaştırabilirler. İlk halde, belirli vade dolduğunda eser hala teslim edilmemişse, ek süre verilerek yayınlayan BK'da belirtilen seçimlik haklarını kullanabilir. Yine vurgulanmalıdır ki, eğer BK m. 107 uyarınca ek süre verilmesi faydasız ise- örneğin eserin hazırlanmasına henüz hiç başlanmamış veya çok azı hazırlanmış ve belirlenen tarihe kadar eserin tamamlanması imkansız ise, veya örneğin özellikle eser bir armağanda yayınlanacaksa ve armağana ait yazılar ancak kesin bir tarihe kadar verilebiliyorsa, süre verilmesine gerek kalmaksızın yayınlayan seçimlik haklarını kullanabilecektir. Ancak eserin tamamlanır tamamlanmaz teslim edileceği kararlaştırılmışsa burada, teslim zamanı sözleşmede belirlenmeyen eserlere ilişkin kriterler dikkate alınarak teslim zamanı belirlenecektir.

Yayın sözleşmesinde teslim zamanı hakkında herhangi bir açıklık yoksa eserin ne zaman teslim edileceği konusunda İBK ve BK ile FSEK'de bir hüküm yoktur. Doktrin, bu konuda Alman Yayın Kanunu'nun 11. paragrafının 2. bendini dikkate alarak konuya açıklık getirmektedir[559]. Anılan hüküm uyarınca, "eğer eser, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana getirilecekse, teslim zamanı eserin hazırlanmasıyla güdülen amaca, diğer bir ifadeyle sözleşmede eserin hazırlanmasıyla güdülen amaca göre belirlenecektir. Eğer sözkonusu amaçtan da teslim zamanı saptanamıyorsa, teslim zamanı yazara eserin hazırlanması için kişisel yeteneklerine uygun bir süre tanınarak, eserin hazırlanmasının ne kadar zaman alabileceği dikkate alınarak belirlenir. Yazarın, yayınlayan tarafından sözleşmenin kurulması sırasında bilmediği veya bilmesinin kendisinden beklenemeyeceği işleri ve uğraşıları teslim zamanının belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Ancak, yazarın kişisel ilişkilerinde, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan beklenmeyen değişiklikler de teslim zamanının belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Teslim zamanı gelmesine rağmen eser teslim edilmemişse, yayınlayanın sözkonusu şartları gerçekleştirmesi kaydıyla iki tarafa borç yükleyen akitlere ilişkin borçlu temerrüdü hükümlerinden yararlanabileceğini yukarıda belirtmiştik. Ancak teslim zamanı belirli işlerde, eserin hazırlanmasına zamanında başlanmamışsa veya eserin hazırlanması sürüncemede

[559] PEDRAZZINI, 577; TROLLER, II, 903; AYİTER, 240; TUNÇOMAĞ, 1139; GİRİTLİOĞLU, 47; FRANKO, 43; YAVUZ, 537.

bırakılmışsa, yayınlayanın teslim tarihini beklemeden sözleşmeden dönebilip dönemeyeceği sorunu gündeme gelmektedir. BK'da bu konuya ilişkin açık bir hüküm yoktur. Ancak, doktrinde[560] burada eser sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği ve bu bağlamda BK m. 358/I[561] uyarınca yayınlayana bir dönme hakkı tanınabileceği kabul edilmektedir. Yine, yayınlayanın BK m. 358/I'in yanında, BK m. 106'daki diğer iki seçimlik hakları ve özellikle ifadan vazgeçip müsbet zararın tazmini yoluna da gidebileceği kabul edilmektedir[562].

AYK §30, yazarın eseri teslim etmede temerrüde düşmesi halinde, yayınlayanın sözleşmeden dönmesini özel olarak düzenlemiştir. AYK §30/I uyarınca, "eserin tamamı veya bir kısmı kararlaştırılan zamanda teslim edilmemişse, yayınlayan ifa yerine, yazara eserin teslimi için uygun bir süre belirleyerek, söz konusu sürenin sonunda, ifayı reddedeceğini bildirebilir. Eğer, yayın sözleşmesinde eserin teslimi için belirlenen tarihten önce eserin vaktinde teslim edilemeyeceği açıksa, yayınlayan sözleşmede belirlenen tarihten daha önce olmamak kaydıyla bir süre belirleyebilir. Bu sürenin sona ermesinden sonra, yayınlayan eser vaktinde teslim edilmemişse sözleşmeden dönmeye yetkilidir. Ancak, artık eserin teslimi talep edilemez". AYK §30/II'ye göre; "Böyle bir sürenin tanınmasına, eserin meydana getirilmesinin imkansız olması, yazarın eseri meydana getirmeyi reddetmesi ve yayınlayanın özel çıkarlarının sözleşmeden derhal dönmeyi haklı kılması halinde, gerek yoktur". AYK §30/III, "Eğer eserin teslimindeki gecikme, yayınlayan için sadece önemsiz bir zarar veriyorsa, sözleşmeden dönme mümkün değildir". AYK § 30/III, "yazarın temerrüt dolayısıyla yayınlayana karşı ileri sürebileceği talepler bu hükümden etkilenmezler".

AYK §30, yayınlatanın temerrüdünde iki hali özel olarak düzenlemiştir. 1. Bitmiş olan bir eserin tesliminde temerrüde düşülmüş olması, 2. Yazarın kararlaştırılan tarihte, henüz eseri tamamlamamış, bitirmemiş olması[563].

AYK §30'da benimsenen çözümün İsviçre Hukuku için de geçerli olduğu kabul edilmektedir[564]. Türk Hukukunda da, gelecekte meydana getirilecek eserlere ilişkin sözleşmelerde, eser sahibinin eseri kararlaştırılan günde tamamlayamaması halinde eser sözleşmesindeki hükümlerin kıyasen uygulanması halinde, devreye girecek olan hükümler,

---

[560] GİRİTLİOĞLU, 48; TEKİNALP, 240.

[561] BK m. 358/I hükmü, teslim tarihinden önceki temerrüt halini düzenlemektedir. Böylece, her ne kadar kanun metni fesihten bahsetse de, burada bir erken dönme halinin mevcut olduğu ve hükümlerini kural olarak geriye etkili olarak doğurduğu kabul edilmektedir. YAVUZ, 471; ÖZ Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, 47.

[562] YAVUZ, 471; SELİÇİ, 79 vd. Farklı görüş, ÖZ, 51-52.

[563] Bkz. SCHRICKER, 549 vd.

[564] OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1936, 573; TROLLER, II, 911.

AYK §30'da belirtilen hükümlerle paralellik içindedir. Bu bağlamda BK m. 358/I[565] uyarınca yayınlayana bir dönme hakkı tanınabileceği kabul edilmektedir. Bu konuya ilişkin detaylı bilgi, gereksiz tekrarlardan kaçınmak adına, sözleşmenin sona ermesi başlığı altında incelediğimiz yayınlatanın temerrüdü bölümünde yer almaktadır[566].

Eser meydana getirme borcu bir yapma borcu olduğu için BK m. 97 bu anlamda uygulama alanı bulamayacaktır. Zira, yapma borçlarının cebri icrası mümkün değildir. Bu halde, yayınlayan ancak bu yüzden uğramış olduğu zararın tazmin edilmesini talep edebilir. Tamamlanmamış bir eserin tamamlanması kişisel bir nitelik taşıdığından, eser sahibi eseri kendi isteği ile tamamlamazsa bu konuda kendisi zorlanamaz, ancak kendisinden BK m. 96 uyarınca tazminat talep edilebilir[567].

Tamamlanmamış eserler açısından tasarrufi işlem yapılmasına FSEK m. 48/III izin vermediğinden, yargıcın kararı ile de, tasarrufi işlemin yerine geçecek biçimde, davalı eser sahibinin aynen ifaya yönelik olmak üzere irade beyanına mahkumiyetine hükmedilmesi, sözkonusu FSEK m. 48/III çerçevesinde kesinlikle mümkün değildir[568]. Bu bağlamda tamamlanmamış eserler açısından FSEK m. 61/I uyarınca da cebri icra mümkün değildir.

E. TESLİM BORCUNUN İFA YERİ

Taraflar aralarında yaptıkları sözleşmede teslim borcunun ifa yerini kararlaştırmış olabilirler. Eğer, tarafların açık ya da örtülü iradelerinden de ifa yeri çıkartılamıyorsa, işin niteliğine bakılacaktır. Zira, işin niteliği de ifa yerinin tespitinde rol oynayabilir. Sözleşme veya işin niteliği uyarınca da ifa yeri belirlenemiyorsa, genel hükümler devreye girecektir. BK m.73/III'e göre ifa yeri, sözleşmenin kurulması sırasındaki yayınlatanın yerleşim yeridir[569].

---

[565] BK m. 358/I hükmü, eser sözleşmesinde teslim tarihinden önceki temerrüt halini düzenlemektedir. Anılan hüküm uyarınca, müteahhit sözleşme konusu işe başlamakta gecikir, iş görme faaliyetlerini yavaş yürütür ve erteler, müteahhidin sözleşme konusu eseri kararlaştırılan tarihe yetiştiremeyeceği anlaşılır ise iş sahibi BK m. 107'de belirlenen durumlarda, mehil tayinine gerek olmaksızın sözleşmenin erken feshi yoluna gidebilir. Ancak, her ne kadar kanun metni fesihten bahsetse de, burada bir erken dönme halinin mevcut olduğu ve hükümlerini kural olarak geriye etkili olarak doğurduğu kabul edilmektedir. Bkz.YAVUZ, 471; ÖZ, 47.

[566] Bkz. Üçüncü Bölüm, §5, I, B.

[567] TROLLER, Kommentar, 28; ARSLANLI, 202-203; YAVUZ, 537; GİRİTLİOĞLU, 48; FRANKO, 40; ALTAY, 213.

[568] ALTAY, 212.

[569] YAVUZ, 544; GİRİTLİOĞLU, 47; FRANKO, 50.

II. YAYINLATANIN ESERİN BEKLENMEYEN HAL SONUCU YOK OLMASI HALİNDE İKİNCİ NÜSHASINI VERME VEYA YAZARIN YENİDEN YAZMA BORCU

A. GENEL OLARAK

Eserin, tek eser nüshası olarak yok olması, yayın sözleşmesini de sözleşmenin en önemli objesinden mahrum bırakmaktadır[570]. Bu bağlamda, İBK ve BK, eser nüshasının yok olması hali için özel bir hükme yer vermiştir. Eser, yayınlayana teslim edildikten sonra yayınlayanın kusuru olmaksızın (kazaen/beklenmeyen hal sonucu) yok olursa, BK m. 382/II gereğince eğer eser sahibi eserin ikinci bir nüshasına sahipse bunu yayınlayana vermek zorundadır. İkinci bir nüshanın bulunmadığı hallerde eserin yeniden yazılması (nispeten kolay) az bir çabayla mümkün olacaksa, yazar bunu yazmakla yükümlüdür. Ancak eser, yayınlayana teslim edilene kadar ziya ve hasar yayınlatana aittir. Ancak, şu nokta hemen belirtilmelidir ki, eser kusursuz olarak yok olsa bile BK m. 382/I'e göre yayınlayan telif ücretini ödemek zorundadır. Bu madde ile kanun koyucu yayınlatanı korumaktadır.

Aynı zamanda, gerek eserin ikinci nüshasının yayınlayana teslimi, gerekse eserin yeniden yazılması veya hazırlanması halinde, yayınlatan veya eser sahibi yayınlayandan uygun bir tazminat talep edebilir (BK m. 382/III)[571].

BK m. 382'nin uygulama alanı bulabilmesi, hükümde öngörülen bir takım şartların gerçekleşmesine bağlıdır.

B. ESERİN BEKLENMEYEN HAL SONUCU YOK OLMASI

1. Yok Olma Kavramı

BK 382/II anlamında yok olma, fikri bir ürün olarak eserin, dış dünya tarafından algılanmasına aracılık eden cisimleştiği maddi varlığın yok olması şeklinde olabileceği gibi, eser nüshasının maddi eşya olarak zarar görmemesine rağmen, eserin artık açık ve net olarak

---

[570] TROLLER, II, 913.

[571] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 498/I'e göre, "Eser, yayımcıya teslimden sonra beklenmedik hâl sonucu yok olsa bile, yayımcı bedeli ödemekle yükümlüdür".
TBKT m. 498/II uyarınca da, "Eserin başka bir örneği kendisinde varsa, eser sahibinin bu örneği yayımcıya vermesi gerekir; başka bir örneği bulunmamakla birlikte, az bir çabayla yeniden meydana getirilebilecekse eser sahibi, eseri meydana getirerek teslim etmekle yükümlüdür. Eser sahibi her iki durumda da uygun bir karşılık isteyebilir".

basılamamasından dolayı çoğaltılabilme imkanını kaybetmesi halinde de sözkonusu olabilir[572].

Bu bağlamda BK m. 382/II'ye göre eserin zayi olması, yok olmasından kasıt, eserin kimsenin kusuru olmadan çoğaltılabilme niteliğini kaybetmesidir. Örneğin, yazılı eserlerde kağıtların yanması veya rutubet yüzünden okunamaz hale gelmesi halinde anılan hüküm uygulama alanı bulacaktır[573]. Yine, röprodüksiyonu yayınlanacak bir tablo tamamen veya eserde bütünlüğü ortadan kaldıracak şekilde yanmış veya selden zarar görmüşse ziya vardır. Eser sanat değerini esaslı surette zedelemeden tamir edilemiyorsa "ziya" kabul olunur[574]. Aynı zamanda, eserin bir bölümünün, eserin tamamının çoğaltılmasını engelleyecek derecede hasara uğraması, tanınmaz hale gelmesi halinde de "yok olma" şartı gerçekleşmiş sayılacaktır[575].

BK ve İBK, eserin yok olması durumunda iki hali birbirinden ayırmıştır. Eser, ya çoğaltılmaya elverişli olmaktan çıkarak yok olmuştur ki, bu durumda yayınlayanın kendi edimi de prensip olarak imkansız hale gelmiştir. Bu halde, eser -hükümde öngörülen diğer şartların da gerçekleşmiş olması kaydıyla- yeniden yazılmalıdır, ki yeniden yazılmaktan kasıt sadece "benzer" bir eserin meydana getirilmesidir. Ya da, eser fikri ürün olarak varlığını sürdürürken, sadece bu eserin yayınlayana teslim edilmiş olan nüshası yok olmuştur ki, bu durumda da eser sahibinin veya yayınlatanın elindeki ikinci nüshanın yayınlayana teslim edilmesi borcu gündeme gelecektir[576].

Uygulamada, yayınlayana genellikle eserin en az iki nüshası teslim edildiğinden veya manüskrinin gönderilmesi sırasında kaybolma tehlikesinden dolayı, en az bir tanesi yazarın elinde olduğundan ve özellikle son yıllarda gelişen çoğaltma teknikleri karşısında, anılan madde istisnai hallerde önem taşımaktadır. Anılan hüküm, özellikle güzel sanat eserlerinin yayın sözleşmesine konu olduğu hallerde uygulama alanı bulacaktır[577].

2. Eserin Yayınlayana Teslim Edildikten Sonra Yok Olması

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle eserin, yayınlayana yayın sözleşmesindeki çoğaltma borcunu ifa etmesi için teslim edilmiş olması gerekir.

---

[572] Bkz. TROLLER, Kommentar, 64; SCHRICKER, 586; PEDRAZZINI, 594.
[573] TROLLER, Kommentar, 64; REHBİNDER, Urheberrecht, 334; SCHRICKER, 586; TEKİNALP, 247; TUNÇOMAĞ, 593.
[574] TEKİNALP, 245.
[575] TROLLER, Kommentar, 64.
[576] Ancak, sadece basının yok olması halinde, hiç şüphesiz eserin yok olması söz konusu olmayacaktır. HILTY, Basler, 2096.
[577] TROLLER, Kommentar, 64; HILTY, Basler, 2097; SCHRICKER, 586.

Eserin, yayınlayana teslim edildikten sonra yok olmasında, eserin nerede yok olduğu önemli değildir. Dolayısıyla, eserin, yayınlayanın ya da baskıcının (matbaada çalışan işçiler) yanında yok olması sonuç açısından önem taşımayacaktır[578]. Yayınlayan, gerek eserin beklenmedik hal sonucu tamamen yok olması, gerekse eserin ancak yayınlayanın elindeki düzeltmeler yardımıyla çoğaltılabilecek duruma gelmesinde olduğu gibi zarar görmesi halinde, bedeli ödemekle yükümlüdür. Önemli olan yayınlayanın hakimiyet alanında eserin yok olmasıdır. Ancak, eğer yayınlatan eseri çoğaltma işlemi başlamadan önce düzeltmelerini yapmak için almayı talep etmişse durum değişecektir. Zira, yayınlatan eserin kendisine teslim edilmesine sebep olduğu için, rizikoyu da daima kendisi taşıyacaktır[579]. Örneğin, eserin yeniden işlenmesi amacıyla yayınlatan tarafından talep edilmesi halinde de, eser yayınlatanın hakimiyeti altındayken yok olursa, anılan hüküm uygulama alanı bulmayacaktır[580]. Zira, yayınlayanın eserin yok olması halinde dahi telif ücretini ödeme yükümlülüğünün devam etmesinin temelinde yatan da, aslında yayınlatanın eserin yayınlayana teslim edilmesinden sonra, eseri koruyabilecek durumda olmamasıdır[581].

Yayınlatanın yayınlayanla yaptıkları anlaşma uyarınca, eserin tamamı değil, bir kısmı yayınlayana teslim edilmişse, bu durumda da aynı kural eserin kısmi olarak yok olması halinde uygulama alanı bulacaktır. Zira, bu ihtimalde, yayınlayan eserin bir bölümünün kendisine teslimini bir kısmi ifa olarak kabul etmişse, yayınlayan yine BK m. 382'de öngörülen rizikoyu taşıyacaktır[582].

Yine, yayınlayan eserin kendisine tesliminde temerrüde düşmüşse, (alacaklı temerrüdü) her ne kadar eser yayınlayanın zilyetliğinde olmasa dahi, yayınlayan BK m. 382 uyarınca sorumludur[583]. Bu sonuç, aynı zamanda alacaklı temerrüdünün doğal sonucudur (BK m. 102).

Eserin kazaen yok olması veya tahrip edilmesi halini düzenleyen AYK §33/III açıkça, yayınlayanın eseri teslim almada temerrüde düşmesi halinde, tıpkı eser teslim edilmiş gibi, aynı sonuçların doğacağını hükme bağlamıştır. AYK §33/I uyarınca eser, yayınlayana teslim edildikten sonra, kaza sonucu yok olursa, yazar telif ücretini talep etme hakkına sahiptir.

---

[578] TROLLER, Kommentar, 65; HILTY, Basler, 2097.
[579] TROLLER, Kommentar, 65.
[580] HILTY, Basler, 2097.
[581] SCHRICKER, 586.
[582] TROLLER, Kommentar, 65. Eğer, manüskrinin kısmi olarak yok olması, eserin çok büyük bir kısmının yok olması anlamına geliyorsa, bu durumda eserin tamamının yok olması ile aynı hukuki sonuçlar devreye girecektir. Buna karşılık eserin önemsiz bir kısmının yok olması halinde ise, yazarın bu eksik kısmı tamamlamak zorunda olduğu kabul edilmektedir. Bkz. SCHRICKER, 587.
[583] TROLLER, Kommentar, 65; TROLLER, II, 915; HILTY, Basler, 2097; SCHRICKER, 589; OSER/SCHÖNENBERGER, 1456; REHBİNDER, Urheberrecht, 334.

Ancak, bunun dışında, tarafların her ikisi de edim yükümlülüğünden kurtulmuştur. Bu bağlamda, AYK §33, açıkça eserin yok olması halinde, imkansızlığa ilişkin genel kuralın özel bir uygulama alanıdır. Ancak, bu kuralın tek istisnası, BK ve İBK'da olduğu gibi, telif ücretinin ödenmesidir.

Eser, yayın sözleşmesinin kurulmasından önce, sadece bir fikir edinmek veya değerlendirme yapma amacıyla bırakılırsa[584] BK'nın 382. maddesi uygulama alanı bulmayacaktır. Bu durumda sorumluluk, genel kurallar uyarınca belirlenecektir[585]. Bu bağlamda, eğer eser yayın sözleşmesinin müzakereleri sırasında yok olmuşsa, -ki manüskrinin gönderilmesi ve değerlendirilmesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir- sözleşme görüşmeleri sırasında meydana gelen zararlar dolayısıyla, kusurlu olan yayınlayan açısından "culpa in contrehendo" sorumluluğu devreye girecektir. Bu durumda, sözleşmenin kurulmasından önce, yayınlayanın kusuruyla eser yok olursa, yayınlatan yayınlayana karşı tazminat talebinde bulunabilecektir[586]. Bu olasılıkta yayınlayan, yayınlatanın ifaya olan menfaatini tazmin etmek zorundadır[587].

BK m. 382, sadece eserin yayınlayanın elindeyken yok olması ihtimalini düzenlemiş, oysa eserin teslimden önce yayınlatanın hakimiyetindeyken kaza sonucu yok olması ihtimalini düzenlememiştir.

Eser, yayın sözleşmesinin kurulmasından sonra fakat henüz yayınlayana teslim edilmeden önce yok olmuşsa, yayınlayan eserin tesliminde alacaklı temerrüdüne düşmediği sürece, kural olarak eser teslim edilene kadar meydana gelen hasarlardan yayınlatan sorumlu olduğundan bu anlamda da teslime kadar rizikoyu yayınlatan taşıyacaktır[588]. Ancak, eserin kusursuz olarak yok olması halinde, eserin az bir çabayla mı, yoksa çok büyük bir çaba ile mi meydana getirilebileceği veya hiçbir şekilde yeniden oluşturulamayacağı mı konusunda bir ayrım yapılmalıdır. Son halde, yani yayınlatanın eseri yeniden yazma imkanı olmadığı sürece, eser sahibi, eserin yeniden meydana getirilmesinin imkansız olduğunu ispatlarsa veya bu durum açıkça anlaşılırsa, örneğin eser sahibi ölmüşse, yayınlatanın edimi imkansızlaştığından, kusurunun da olmaması halinde sözleşme ilişkisi sona erecek ve BK m. 117 devreye girecektir[589]. Zira, eser oluşturma kişisel nitelik taşıyan bir edim olduğu için bu borç mirasçılara da intikal etmeyecektir.

---

[584] Bu durumda, teslim yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte yerine getirilmiş sayılacaktır. Bkz. SCHRICKER, 587.
[585] TROLLER, Kommentar, 64; SCHRICKER, 587.
[586] Bkz. SCHRICKER, 587; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 160; TROLLER, II, 914.
[587] TROLLER, II, 914.
[588] Bkz. TROLLER, Kommentar, 67.
[589] Bkz. HILTY, Basler, 2097; PEDRAZZINI, 594; GİRİTLİOĞLU, 71; TUNÇOMAĞ, 605; BİLGE, 281-282; TROLLER, II, 915; OSER/SCHÖNENBERGER, 1456; LÜDİN, 190.

Eserin büyük bir çabayla meydana getirilebilmesi ihtimalinde ise, sözleşme haklı sebebe dayanarak sona erdirilebilecektir. Az bir çaba halinde ise, BK m. 382'nin kıyasen uygulanması sonucunda, yazarın bunu yeniden yazma yükümlülüğü kendisinden beklenmektedir[590]. Başka bir deyişle, eser sahibi bu eseri az bir çabayla meydana getirebilecek durumdaysa, eser sahibinin bu ihtimalde de eseri meydana getirmekle yükümlü tutulması evleviyetle kabul edilmektedir[591]. Eserin yeniden oluşturulması sırasında ortaya çıkacak olan gecikme yayınlayan tarafından katlanılabilir nitelikteyse, eser sahibinin eseri yeniden meydana getirme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu ihtimalde, yayınlayana ödenmesi gereken herhangi bir tazminat borcu da söz konusu olmayacaktır. Ancak, eğer sözleşme taraflarından her ikisi de, eserin yeniden meydana getirilmesi konusunda ısrar etmezlerse, sözleşme sona erecektir[592].

Yayınlatanın kusuru ile eserin yok olması halinde, kusurlu ifa imkansızlığına ilişkin hükümler, (ifa etmeme) uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda, yayınlatan BK m. 96 uyarınca tam tazminatla yükümlü olacağı gibi, bunun da ötesinde, eğer mümkünse, eseri yeniden yazmakla da yükümlüdür[593].

C. ESERİN İKİNCİ NÜSHASINI VERME BORCU VE BU BORÇLA YÜKÜMLÜ OLANLAR

Yayınlayana teslim edilmiş olan eser yok olmasına rağmen, eserin ikinci nüshası yayınlatanın elindeyse, eserin yok olmasından bahsedilemeyeceği için BK m. 382 hükmü de uygulama alanı bulamayacaktır[594]. Bu ihtimalde, yayınlatan elindeki nüshayı yayınlayana teslim etmekle yükümlüdür. Bu durum özellikle, eserin bilgisayara, CD'ye, diskete veya memory-sticklere kaydedilmiş olması veya eserin aslının fotokopisinin, manüskrisinin yayınlatanda olması gibi hallerde söz konusu olmaktadır.

Üzerinde durulması gereken diğer bir sorun da, kaynak İBK'nın Almanca metninin 390. maddesinde, diğer maddelerden farklı olarak, yayınlatandan (Verlaggeber) değil, sadece "eser sahibi" (Urheber)den söz etmesidir. BK m. 382 ise, İBK'nın Fransızca metnine uygun olarak, yayın sözleşmesiyle ilgili maddelerde devamlı olarak yazardan bahsettiğinden böyle

[590] TROLLER, II, 915; ; TROLLER, Kommentar, 67; OSER/SCHÖNENBERGER, 1456; LÜDİN, 190.
[591] TROLLER, Kommentar, 67; GİRİTLİOĞLU, 71; TUNÇOMAĞ, 605. Zira, eserin teslimden önce yok olması halinde eser sahibinin, -yukarıdaki şartlar çerçevesinde- tamamen borçtan kurtulacağını kabul etmek, teslimden sonra eserin yok olması halindeki hükümler dikkate alındığında, son derece anlamsız olacaktır. TUNÇOMAĞ, 605.
[592] TROLLER, Kommentar, 67.
[593] TROLLER, II, 915; OSER/SCHÖNENBERGER, 1456; LÜDİN, 190.
[594] TROLLER, Kommentar, 64; TROLLER, II, 914.

bir farklılık söz konusu değildir.

Bu madde, eserin yeniden yazılması dikkate alınarak kaleme alınmıştır. Bu terminoloji farklılığına dayanarak, yok olan eser nüshasının, elde bulunan eşini yayınlayana teslim borcunun, sırf eser sahibi için sözkonusu olduğu, yayınlatanın eser sahibi olmadığı, örneğin yayın sözleşmesinin eser sahibinin mirasçısı veya mali hakkı devralan tarafından kurulduğu hallerde, yayınlatan için böyle bir borcun bulunmadığı yorumu yapılabilir. Ancak, bu yorum menfaatler dengesine pek uygun değildir. Zira, eser sahibi olmayan bir yayınlatanın da elinde eserin birden çok nüshası bulunabilir yahut fazla bir yük altına girmeksizin yeni bir nüsha meydana getirilebilir. Örneğin elindeki bir el yazısı metinden yeni fotokopileri, ya da daktilo ile yazılmış nüshalar çıkarabilir. Dolayısıyla, bu borcu sırf eser sahibi durumunda olan yayınlatana değil, hal ve şartlar gözönünde tutularak eser sahibi olmayan yayınlatana da yüklemek gerekir. Aksinin kabulü, amaca uygun bir yorum değildir[595].

BK m. 382/II'nin ratio legisi hakkında şöyle bir yorum yapılabilir. BK m. 372'ye göre, yayınlatanın asıl borcu, sözleşme konusu eserin çoğaltılıp yayınlanması için eseri yayınlayana teslim etmektir. Yayınlatan, bu borcunu ifa etmek için eserin cisimleştirilmiş metnini yayınlayana teslim etmelidir. İşte, eserin cisimleştirilmiş metninin, kimsenin kusuru olmaksızın yok olması durumunda da aslında yayınlatanın eseri yayınlayana bırakma borcu devam ettiğinden kanun koyucu BK m. 382/II'de yayınlatandan yok olan eserden bir nüsha daha varsa bunu da yayınlayana verme yükümünde olduğunu belirtmiştir[596]. Ancak, yayınlatan her ne kadar eserin ikinci nüshasını yayınlayana vermekle yükümlü olsa da, eserin ikinci nüshasının verilmesi yüzünden tazminat talep edebilecektir. Zira, yayınlatan eserinin cisimleştiği maddi varlıklardan bir tanesinin mülkiyetini kaybetmiştir. Eserin zarar görmeyeceği konusunda yayınlayan tarafından yayınlatana teminat verildiği halde, eserin yok olması hali yayınlatanın öngörmediği bir hal olduğu için, ikinci eser nüshasının teslim yükümlülüğüne karşılık tazminat talep edebilmesi de doğal bir sonuçtur[597].

D. ESERİN İKİNCİ NÜSHASININ OLMADIĞI HALLERDE YAZARIN YENİDEN YAZMA BORCU

Eserin yeniden yazılması da şahsen ifa borcu kapsamında olduğundan, bu borç sadece eser sahibi olan kişiye, yazara tanınmıştır. Eğer eser sahibi ölmüşse, borcun kişisel nitelik

[595] AYİTER, 240; GİRİTLİOĞLU, 52; TUNÇOMAĞ, 1142; YAVUZ, 537; FRANKO, 58.
[596] SCHRICKER, 586 vd.; GİRİTLİOĞLU, 52.
[597] TROLLER, Kommentar, 64.

taşımasından ötürü mirasçılar bu borçla yükümlü olmayacaklardır.

Eserin yeniden meydana getirilmesi nadiren, yok olan eserin "aynısının" oluşturulması şeklinde olabilir. Daha çok, yok olan eserin "benzeri" meydana getirilebilir. BK m. 382 de, bu şekilde yorumlanmalıdır. Önemli olan, yok olan eserin içeriğinin temel ve esas olarak yeni oluşturulan eserde ortaya konması ve işlenmesi, ilk esere uygun olmasıdır. Bu bağlamda bilimsel eserler ve işleme eserler, tamamen serbest ve yaratıcı güç ile oluşturulan eserlere göre, benzer bir eser meydana getirmeye daha çok elverişlidirler[598].

BK m. 382/II'ye göre eserin ikinci nüshasının olmaması halinde, eğer eser az bir çabayla yeniden yazılabilecekse, eser sahibi söz konusu eseri yeniden yazmakla yükümlüdür. Ancak, burada önemli olan nokta, eserin tekrar yazılmasındaki "az bir çaba", nispeten kolay olma" kriterlerinin içeriklerinin belirlenmesidir. Doktrinde, yok olmuş olan eserin bütün malzemesi ve ayrıntılı sistematiği elde bulunsa dahi; bir eserin tekrar yazılmasının hiçbir zaman kolay olmadığı ileri sürülmüştür[599]. Meğer ki, bir bilimsel eserde istatiki bilgi, eserde ağırlıklı bir yere sahip olsun. Ancak, tüm kaynakların mevcut olduğu olaylarda dahi, sistematik olarak bu kaynakların yeniden gözden geçirilmesi, kural olarak yazar için zor bir görevdir. Zira, yazarın görevi sadece şemaları bir araya getirmekten ibaret değildir; aksine bilgileri sentezleyerek kelimelere dökmek de bu kapsamdadır. Yine, yazarın fikirlerini veya izlenimlerini düzgün bir şekle sokması da eserde çok büyük yer tutmaktadır[600]. Aynı yorum eserin büyük bir kısmının yeniden yazılması veya oluşturulması hali için de geçerlidir[601].

"Az bir çabayla" eserin tekrar yazılmasının mümkün olup olmamasını yazarın kararına bağlayan görüşler de ileri sürülmektedir[602]. Bu bağlamda TROLLER, BK m. 382'nin uygulama alanı bulabilmesini, -işleme eserler ve toplu eserler hariç olmak üzere- eser sahibinin iyiniyetine bağlamaktadır. Zira, sadece eser sahibi, eserin az bir çabayla meydana getirilebilip getirilemeyeceğini belirleyebilir. Eser sahibinin kendisini yeni oluşturulacak olan esere adamasında, eser sahibinin eserin oluşturulması sırasında izlediği yol, bu anlamda eser sahibinin tarzı da etkili olacaktır. Eser sahibinin elinde, çoğunlukla uğraşmakta olduğu başka işler olacağı için, eser sahibi yeni eseri ancak büyük bir çabayla yeniden meydana getirebilecektir[603].

Doktrinde, eser sahibinin eseri yeniden meydana getirmesi, özellikle bunun için

---

[598] TROLLER, Kommentar, 66; TROLLER, II, 913; HILTY, Basler, 2097; PEDRAZZINI, 594; SCHRICKER, 592.
[599] TROLLER, Kommentar, 66; TROLLER, II, 914; HILTY, Basler, 2097. Bkz. FRANKO, 56 ve 125 no'lu dipnotta anılan yazarlar. Aksi görüş FRANKO, 56-57.
[600] TROLLER, II, 914.
[601] TROLLER, Kommentar, 66.
[602] HILTY, Basler, 2097; TEKİNALP, 247; TROLLER, Kommentar, 66.
[603] TROLLER, Kommentar, 66.

harcayacağı çabanın başlıca mekanik çeşitten bir çaba olması durumunda, beklenebileceği kabul edilerek, bu konuda, el yazısı bir metni makine ile yazarak basılabilecek şekli vermesi örnek olarak gösterilmektedir[604]. "Az bir çaba" koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği, somut olaydaki unsurların ve koşulların değerlendirilmesiyle tespit edilmelidir[605]. Bu noktada da, eserin niteliği, yazarın kişisel nitelikleri, somut olayın şartlarına göre dürüstlük kuralı uyarınca dikkate alınmalıdır.

Kanaatimizce, eserin tekrar yazılmasındaki "az bir çaba/nispeten kolay" olma kriteri belirlenirken konuyu düzenleyen AYK'daki şartlar da gözönünde tutulmalıdır. Alman Yayın Kanunu'nun 33. paragrafı eserin kazaen yok olması veya tahrip edilmesi halini düzenlemektedir. Anılan hükmün 2. fıkrası, yayınlayanın talep etmesi halinde, uygun bir ödeme karşılığında eserin önemli ölçüde aynısının yazılmasının mümkün olması halinde, ancak belli şartların varlığı halinde, yazarın bunu yazmak zorunda olduğunu düzenlemektedir. Yazar, ancak, çok fazla çaba harcamadan, eser taslağının veya diğer mevcut materyallerin var olması halinde eseri yeniden yazmak zorunda kalacaktır. Eğer yazar, böyle bir eseri herhangi bir ücret talep etmeden belirli bir tarihe kadar hazırlamayı teklif ederse, yayınlayan bu eseri, yok olan eserin yerine çoğaltmak ve yaymak zorundadır. Sözleşme taraflarından her biri, eğer eser, taraflardan birine yüklenebilecek bir sebepten dolayı teslimden sonra yok olur veya tahrip edilirse, yukarıda belirtilen hakları ileri sürebilir.

Doktrinde, AYK'nın ilgili hükmü çerçevesinde, eser sahibinin elinde hala yardımcı kaynakların ve notların olması ve eser sahibinin bu materyallerle eseri yeniden yazabilmesinin mümkün olması halinde, "az bir çaba" şartının yerine getirilebileceği kabul edilmekte, hatta kısa ve dar kapsamlı eserlerde, yazarın bunu hafızasından yazabilmesinin de mümkün olacağı kabul edilmektedir[606].

AYK'nın söz konusu maddesi, BK ve İBK'dan farklı olarak, eserin yeniden yazılmasını yayınlayanın talep etmesi şartına bağlamıştır. Ancak yayınlayan talep ettiği takdirde, diğer şartların var olup olmadığı belirlenecektir. Oysa, BK'da sadece yayınlatanın eseri yeniden meydana getirme yükümünden bahsetmiş, bu yükümlülüğü yayınlayanın bunu talep etmesi şartına bağlamamıştır. Dolayısıyla, kanun koyucu bu yükümlülüğü, tıpkı eserin yeniden oluşturulması için uygun bir zamanın tanınması gerektiğinde olduğu gibi kendiliğinden, doğal bir sonuç olarak öngörmüştür[607]. AYK §33, eser sahibine aynı zamanda

[604] GİRİTLİOĞLU, 53.
[605] TROLLER, Kommentar, 66.
[606] SCHRICKER, 592.
[607] TROLLER, Kommentar, 66. İsviçre doktrininde TROLLER, buna ilave olarak yayınlayanın, eserin piyasaya sürülmesindeki gecikmeye rağmen, hala belli bir sürüm olanağı bulup bulmadığını, pazar araştırmasıyla

bir hak da tanımıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, AYK §33 uyarınca, eser sahibinin eseri ücretsiz olarak yeniden oluşturmayı yayınlayana teklif etmesi halinde eser sahibi, yayınlayanın sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmesi konusunda ısrar edebilir, direnebilir. Kanaatimizce, İBK m. 390 ve BK m. 382 hükmü de bu çözüm paralelinde tamamlanmalıdır. Zira, eser sahibine sadece eseri yeniden oluşturma "yükümü" yüklenmesi, ancak eseri yeniden oluşturma "hakkı" tanınmaması için hiçbir sebep yoktur. Ancak burada her koşulda, eserin sürümünün çok açık bir şekilde ve önemli ölçüde düşmemesi bir önşart olarak aranmalıdır[608].

Eserin yeniden meydana getirilmesi yoğun bir çaba ve güç gerektirse bile, eser sahibi, eseri yeniden meydana getirmeye hazırsa, bu durumda yayınlayanın tek taraflı feragati sözleşmeyi sona erdirmeye yetmeyecektir. Dolayısıyla, eserin az bir çaba ile meydana getirilip getirilmeyeceğinde, son tahlilde belirleyici olan eser sahibinin kararıdır[609]. Yayınlayanın eser sahibinin bu kararına itiraz etmesi, sadece sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilecektir[610].

Eser sahibi, her koşulda yayınlayana bildirdiği uygun bir süre içinde, eseri yeniden meydana getirip getirmeyeceğini ve eğer meydana getirecekse bunu hangi süre içinde tamamlayabileceğini bildirebilir[611]. Eser sahibi, bu konuda herhangi bir süre öngörmemişse, yayınlayanın uzun süre eserin yeniden meydana getirilmesini bekleme zorunluluğu yoktur. Yayınlayan bu durumda makul bir süre bekler[612]. Makul bir süre, yeniden meydana getirilecek eserin niteliği ve özellikleri, eser sahibinin kişisel nitelikleri dikkate alınarak dürüstlük kuralı uyarınca belirlenebilir. Ancak, yazarın veya eser sahibinin eserin yeniden yazılmasını güçleştiren sebepler, özellikle yazarın diğer işleri, kendisine eserin yazılması için izin verilmemiş olması veya yazarın uzun süreli iş seyahatlerine çıkmak zorunda kalması, belirlenecek süre açısından dikkate alınmalıdır[613].

E. BEDELİN ÖDENMESİ

Eser kusursuz olarak yok olsa ve yayınlayan çoğaltma ve yayma borcundan kurtulmuş olsa bile BK m. 382/I'e göre yayınlayan, bedeli, telif ücretini ödemekle yükümlüdür. Bu madde ile kanun koyucu yayınlatanı korumaktadır.

---

oluşturulacak bir hesap raporu verebilecek hale geldiğinde, eserin yeniden oluşturulmasını talep etmek zorunda kalabileceğini ileri sürmektedir. TROLLER, Kommentar, 66.

608 TROLLER, Kommentar, 66.

609 Bkz. HILTY, Basler, 2097; TROLLER, Kommentar, 66. Ayrıca bkz. TEKİNALP, 247.

610 HILTY, Basler, 2097.

611 TROLLER, Kommentar, 66. Ayrıca bkz. HILTY, Basler, 2097.

612 TEKİNALP, 247.

613 SCHRICKER, 592.

Görüldüğü üzere, BK m. 382 ile BK m. 117'de öngörülen genel hükümden farklı bir yol benimsenmiştir. Zira, BK m. 117 uyarınca, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşırsa borç sona erecek ve borçlu borcundan kurtulacaktır. Oysa, yayın sözleşmesinin bu sebepten dolayı sona ermesi halinde bile yayınlayan bedeli ödemekle yükümlüdür. Yayın sözleşmesinin sona ermesinde, BK m. 117'ye bir istisna koymanın haklı olduğu, zira böyle bir durumda, yayınlatanın en önemli borcunu ifa ettiği kabul edilmektedir[614]. Bu çerçevede, eserin yayınlayana teslim edildikten sonra kazaen yok olması halinde, rizikoyu yayınlayan taşımaktadır[615].

Bu bağlamda, yayınlayan, eserin beklenmedik hal sonucu yok olması halinde, -BK m. 117'den farklı olarak-, sadece bedeli ödemekle yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle, yayınlayan, (BK m. 382/II -yani eserin ikinci nüshasının teslimi veya eserin yeniden oluşturulması halleri- saklı kalmak kaydıyla) eseri yeniden çoğaltma ve yayma yükümlülüğü altında değildir. Zira, BK m. 382, yayınlayana sadece, yayınlatanın doğrudan maddi çıkarlarını tatmin etme yükümlülüğünü yüklemiştir. Yoksa, anılan madde ile yayınlayana, yayınlatanın eserin basılmasıyla birlikte geçmişe etkili olarak maddi çıkarlarla bağlantılı olan önemli manevi çıkarlarını karşılama yükümlüğü öngörülmemiştir[616]. Bedel ödeme dışında, yayın sözleşmesi, kanunda öngörülen şartların da gerçekleşmesi kaydıyla, kural olarak eserin yok olmasıyla birlikte sona ermektedir.

Bedel, götürü bir miktar olarak kararlaştırılmışsa, bu miktar yayın sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde ödenecektir. Eğer, birden fazla bası için yayın sözleşmesi kurulmuşsa, aynı bedel diğer basılar için de geçerli olacaktır[617].

Yasa, bedelin, yani telif ücretinin götürü veya sürüme göre belirlenmesi arasında bir ayrım yapmamış, sadece yayınlayanın bütün telif ücretini ödemekle yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır.

Götürü bir bedel yerine, eğer, ödemenin eserin kapsamına veya sürümüne göre belirlenmesi kararlaştırılmışsa, eserin kapsamı ve objektif olarak beklenen ve önceden, tahmini olarak öngörülebilecek sürüm, aynı zamanda somut olayda sözkonusu olabilecek bütün özellikler dikkate alınarak saptanacaktır[618]. Bu bağlamda, beklenen satış sonuçlarının

---

[614] TUNÇOMAĞ, 605; PEDRAZZINI, 594. BK m. 117'ye getirilen bu istisnanın ratio legis'i yayın sözleşmesinin konusunu oluşturan, "eserin" fikri bir yaratıcılık sonucunda meydana getirilebilmesidir. Zira, eser sahibi, uzun bir zaman süreci içinde, emeğini ve yaratıcılığını ortaya koyarak, bu eseri oluşturmaktadır. Bu bağlamda, taraflar arasındaki menfaatler dengesini gözönünde tutan yasa koyucu, bir fikri ürün olan eserin kusursuz imkansızlık dolayısıyla yok olması halinde, yayınlatan lehine özel bir düzenleme öngörmüştür.

[615] TROLLER/TROLLER, Lehrbuch, 165; GUHL, 545.

[616] TROLLER, Kommentar, 65; PEDRAZZINI, 594; SCHRICKER, 590; GİRİTLİOĞLU, 71.

[617] TROLLER, Kommentar, 65; HILTY, Basler, 2097; SCHRICKER, 590; HOFFMAN, 131.

[618] TROLLER, Kommentar, 65; PEDRAZZINI, 589; HILTY, Basler, 2097; SCHRICKER, 590; HOFFMAN,

tahmini olarak belirlenmesi sadece bir çıkış noktası olarak ele alınacak, ancak tek bir ölçüt olmayacaktır[619]. Bu kapsamda, eserin türü ve yazarın kişiliği de dikkate alınacaktır[620].

Sözleşmenin birden fazla basıyı kapsayacak şekilde yapılması halinde de, bir önceki basının tükenmesinden sonra yeni basının yapılması gibi, özel bazı zorluklar karşımıza çıkacaktır[621].

F. TAZMİNAT TALEP EDİLMESİ VE UYGUN TAZMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİ

BK m. 382/III uyarınca, gerek eser nüshasının yeniden verilmesinde gerekse eserin yeniden yazılmasında yayınlatan veya eser sahibi yayınlayandan "uygun bir tazminat" talep edebilecektir. Bu, yayınlatana veya eser sahibine, yasa gereği tanınmış bir hukuki imkandır. Eğer, yayınlayandan böyle bir tazminat talep edilirse, bu tazminatın miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak unsurların neler olduğu sorunu gündeme gelecektir.

Eserin ikinci nüshasının verilmesinde, uygun tazminat miktarının belirlenmesi çok zor değildir. Ancak, zor olan eserin yeniden oluşturulmasında, hangi miktarın uygun bir tazminat olup olmadığını tespit etmektir. Eserin yeniden oluşturulması sırasında ortaya çıkacak olan masraflar bu tazminatın temelini oluşturmaktadır. Ancak telif ücretinin, saat, gün veya aya göre nasıl hesaplanacağı gerektiği somut olaya göre belirlenecektir. Ancak, böyle bir ihtimalde eser sahibinin, bu eseri yeniden oluştururken mahrum kaldığı "kazanç", diğer bir ifadeyle eser sahibinin kazanç kayıpları da dikkate alınmalıdır. "Uygun" tazminatın belirlenmesinde yayınlayanın menfaati de dikkate alınmalıdır[622].

Uygun tazminat belirlenirken, bu miktarın kararlaştırılan telif ücreti ile uyum içinde olması, bu miktara paralel bir rakam olmasına dikkat edilmelidir. Başka bir deyişle, tazminat miktarı telif ücreti ile orantısız olmamalıdır. Telif ücreti götürü olarak belirlenmeyip, eserin satış miktarına bağlanmışsa, bu noktada somut olayın şartları gözönünde bulundurularak, eserin önceden kestirilebilen, tahmini olarak öngörülebilecek objektif sürüm miktarına göre telif ücreti belirlenmeli, söz konusu telif ücreti tazminat miktarının belirlenmesinde de dikkate alınmalıdır[623]. Ancak, hemen vurgulanmalıdır ki, uygun tazminat miktarı her koşulda yayın

---

131; RINTELEN, 420.
[619] TROLLER, II, 914; PEDRAZZINI, 589.
[620] SCHRICKER, 590; HOFFMAN, 131; RINTELEN, 420.
[621] TROLLER, Kommentar, 65.
[622] TROLLER, Kommentar, 67.
[623] TROLLER, II, 914; TROLLER, Kommentar, 65; PEDRAZZINI, 589; HILTY, Basler, 2097; SCHRICKER, 590; HOFFMAN, 131; RINTELEN, 420. GİRİTLİOĞLU, 53. Aksi görüş, FRANKO, 60.

sözleşmesiyle daha önceden belirlenmiş olan telif ücretini aşmamalı, sadece telif ücretine ek olarak bir tazminat miktarı belirlenmelidir[624]. Zira, burada söz konusu olan tazminattan kasıt maddi zararın karşılanmasıdır. Bu anlamda eser sahibine eseri yeniden yazmasının bedeli verilmelidir[625].

Bu bağlamda, uygun tazminatın belirlenmesi öncelikle kararlaştırılan telif ücreti ile ilişkili iken, eser sahibinin bu dönemde içinde bulunduğu koşulların, yeni bir manüskrinin yazılmasını güçleştirecek şekilde değişmesi de dikkate alınmalıdır[626]. Uygun tazminat miktarının belirlenmesinde harcanan çabanın, eserin yok olmasından dolayı, eser sahibinin maruz kaldığı sıkıntının da dikkate alınması gerektiğini ileri sürenler vardır[627].

Kanaatimizce, harcanan çaba elbette dikkate alınmalıdır, ancak bu ölçü son derece sübjektif bir ölçüdür. Dolayısıyla, bu ölçünün aynı zamanda yukarıda belirtilen objektif verilerle desteklenmesi gerekmektedir.

Yine, yazar eserini yeniden meydana getirmeden önce, uygun tazminat miktarı konusunda bir anlaşma yapılmasını isteyebilir ki, bu durum taraf menfaatlerinin korunması açısından da tercih edilmesi gereken bir yoldur. Ancak, taraflar arasında böyle bir anlaşmanın olmaması halinde bile eser sahibinin, eseri yeniden meydana getirme yükümlülüğü veya hakkı devam edecektir[628].

III. YAYINLAYANIN ZARARINA TASARRUFLARDAN KAÇINMA BORCU

A. GENEL OLARAK

BK m. 374/I'e göre[629], yayınlayanın yapma hakkına sahip olduğu basılar bitmedikçe, yayınlatan, eserin tamamında veya bir kısmında yayınlayanın zararına tasarrufta bulunamaz. Yayınlatanın bu borcunu, doktrinde "rekabet etmeme borcu" olarak nitelendirenler de

[624] TROLLER, Kommentar, 67.
[625] TEKİNALP, 247; FRANKO, 59-60.
[626] TROLLER, II, 914.
[627] Bkz. GİRİTLİOĞLU, 53; FRANKO, 59.
[628] TROLLER, Kommentar, 67; GİRİTLİOĞLU, 53.
[629] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 490/I'e göre, "Yayımlatan, sözleşmede kararlaştırılan süre sona ermedikçe veya süre belirlenmemişse kararlaştırılan baskı adedinin tükenmesi için alışılmış süre geçmedikçe, eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde yayımcının zararına olacak biçimde tasarrufta bulunamaz". Anılan hükmün gerekçesinde, böylece yayımlatanın, kararlaştırılan sürenin sona ermesinden ya da kararlaştırılan baskı adedinin tükenmesi için alışılmış sürenin geçmesinden sonra, eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde tasarrufta bulunabileceği kabul edilerek, bu konuda uygulamada görülen bazı kötüye kullanmaların önlenmesi amaçlandığı belirtilmiştir ki, kanaatimizce de eser sahibinin haklarının korunması adına uygun, amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisi ile de uyumlu bir hükümdür.

vardır[630].

Yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, yayın hakkı ve bu anlamda yayma ve çoğaltma hakkı yayınlatanın malvarlığından çıkarak, yayınlayana geçmektedir. Bu anlamda, yayınlatanın bu borcu, yayın sözleşmesinin tasarrufi niteliği, diğer bir ifadeyle "hakkı geçirici" etkisinin normal bir sonucudur. Yayınlatan, sözleşmenin kurulması anından itibaren artık yayın hakkına sahip değildir[631]. Bu andan itibaren, yayınlatan, devrettiği hak açısından üçüncü kişi durumundadır ve üçüncü şahıslar eserden ne ölçüde yararlanabiliyorlarsa, o da eserden aynı ölçü içinde kalarak yararlanabilir. Bu bağlamda, yayınlatanın sözleşmeyle bağdaşmayan işlemleri, başkasına devredilmiş olan mali hakka tecavüz teşkil eder[632]. Zira, yayınlatan devretmiş olduğu bu haklar üzerinde tasarruf yetkisini kaybetmiştir.

Bu bağlamda, yayın sözleşmesinin kurulmasına bağlı olarak çoğaltma ve yayma haklarının devredilmesiyle birlikte, yayınlatan bu yetkilerin içinde bulunduğu alanda veya çerçevede eser üzerinde tasarruf etme imkanından yoksun kalmaktadır. Bu anlamda İBK m. 382/I aslında sadece, hak devrinin kendiliğinden, doğal olarak meydana gelen sonucunu saptamakta ve belirlemektedir. Devredilen yetkiler kapsamında, yayınlayan yayınlatanın karşısında bile mutlak hak sahibi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun uzantısı olarak da, eğer yayınlatan yayınlayanın yetkilerine müdahale eder, bu yetkileri ihlal ederse, telif hakkını ihlal eden herkes gibi, medeni hukuk ve ceza hukuku açısından sorumlu olacaktır. Zira, yayınlatan telif hakkı açısından "üçüncü" kişi olarak dikkate alındığından, sadece telif hakkının izin verdiği ölçüde, istisnai olarak eserden yararlanabilecektir ki, bunun en tipik örneği kişisel kullanım için eserin çoğaltılmasıdır[633].

İBK m. 382/I, AYK §2'ye paralel bir hükümdür. AYK §2, borçlar hukuku perspektifinden yapılan bir değerlendirme ile yayınlayanı, sözleşmenin kurulma anı ile yayın hakkının kazanıldığı (manüskrinin teslim edildiği) zaman dilimi arasında, yayınlatanın sadakat yükümüne aykırı davranışlarına karşı korumayı amaçlamaktadır[634].

AYK §2'de belirtilen "yazarın kaçınma yükümlülüğü", hukuk politikası açısından temelini yayın sözleşmesi ilişkisine hakim olan sadakat düşüncelerinde ve bu yükümlülüğe aykırılık halinde rekabet açısından ortaya çıkacak olan sonuçlarda bulmaktadır. Yazar,

---

[630] Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 92; ULMER, 440; REHBİNDER, Urheberrecht, 319; FRANKO, 110.

[631] Bu anlamda, BK m. 374/I'in teknik anlamda yanlış kaleme alındığı ileri sürülmektedir.; BKZ. AYİTER, 241; TROLLER, II, 778. Ayrıca bkz. HILTY, Basler, 2080; PEDRAZZINI, 579;

[632] ULMER, 438; , HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 92; TROLLER, Kommentar, 38; SCHRICKER, 338 vd; HILTY, Basler, 2080; PEDRAZZINI, 579; TROLLER, II, 904; AYİTER, 241; FROMM/NORDEMAN, 268

[633] TROLLER, II, 904; TROLLER, Kommentar, 38. Ayrıca bkz. SCHRICKER, 202; ULMER, 438; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 92; BAINBRIDGE, 27.

[634] TROLLER, II, 904.

sözleşme ilişkisi devam ettiği sürece, yayınlayana sözleşme ile devredilmiş olan yetkiler çerçevesinde, yayınlayanın eserden yararlanmasını zedeleyecek ve zarar vererek, ihlal edecek nitelikteki belirli davranışları yapmamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, yayınlayanın eserden yararlanmasına müdahale ettiği sürece yazarın yanında üçüncü kişiler için de geçerlidir[635].

AYK'nın anılan hükmündeki kaçınma yükümlülüğü, içerik açısından olumsuz bir imtina, men yükümlülüğüdür. Söz konusu hüküm, saf borçlar hukuku karakterinde olduğundan dolayı, yayınlayanın eserden yararlanma hakkına ilişkin olan inhisarilik açısından sadece yazarla yayınlayan arasında etkili olacaktır. Üçüncü kişilerle olan ilişkilerde yayınlayana ilişkin bu inhisari yetki, her şeyden önce yayınlayanın mutlak hak olan yayın hakkından doğmakta ve bunun bir uzantısı olarak devreye girmektedir. Ancak, sözleşmeden kaynaklanan kaçınma yükümlülüğünün kapsamı da aslında kısmen devredilen yayın hakkının kapsamıyla birlikte belirlenmektedir. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, Alman Hukuku'nda kaçınma yükümlülüğünün kendisi yayın hakkının varlığına bağlı değildir. Borçlandırıcı nitelikteki kaçınma yükümlülüğü özelliğini, daha çok, mutlak hak niteliğindeki yayın hakkının yayınlayanın yararına olmak üzere henüz doğmadığı veya kurulmadığı veya hiç kurulamayacağı hallerde göstermektedir[636].

Yayınlatanın bu borcu aynı zamanda, yayın sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi olması dolayısıyla yayınlayan ile yayınlatan arasındaki özel güven ilişkisinden de kaynaklanmaktadır. Zira, taraflar arasında kurulan bu özel güven ilişkisi kapsamında yayınlatan, sözleşmenin amacına ve yayınlayanın zararına olacak davranışlardan kaçınma yükümü altındadır.

B. YAYINLAYANIN ZARARINA TASARRUFLARDAN KAÇINMA BORCUNUN KAPSAMI

BK m. 374/I'de ifade edilen "tasarrufta bulunmama" ibaresi geniş yorumlanmalıdır. Bu bağlamda, eserin kısmen veya tamamen yayınlatanca yayınlattırılmaması veya yayınlanmaması bu hükmün kapsamı içinde değerlendirildiği gibi, eserin başka şekilde yayınlanmaması, başka bir şekilde kullanılamaması da bu hükmün uygulama alanı içinde

[635] Bkz. SCHRICKER, 193, HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 92-93; ULMER, 438; REHBİNDER, Urheberrecht, 318-319.
[636] Bkz. SCHRICKER, 193, HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 92-93; ULMER, 438; REHBİNDER, Urheberrecht, 318-319.

kabul edilmektedir[637]. Bu çerçevede, yayınlatan, eserin çoğaltılmış nüshalarının satışını aksatacak veya sürüme mani olacak çeşitli faaliyetlerden de kaçınma yükümü altındadır. Bu bağlamda, yayınlayanın baskı yapma hakkı devam ettiği süre boyunca, yayınlatan aynı eseri ne tamamen ne de kısmen bizzat basamayacağı gibi, eseri bir başkasına da bastıramaz[638].

Kaçınma yükümlülüğü, yazarın kendi eserini çoğaltması ve yaymasını kapsamaktadır. Prensip olarak yayınlayanın onayı olmadan, yazarın, çoğaltma yöntemi veya çoğaltılacak olan eser nüshalarının sayısı ne olursa olsun, kendi eserini herhangi bir şekilde çoğaltması ve yayması yasaklanmıştır[639]. Bu bağlamda, eserin yayınlatan tarafından değiştirilerek -ki bu değişikliklerin telif hakkı açısından önemsiz değişiklikler olup olmaması kural olarak önemli değildir-, örneğin kısaltılarak çoğaltılması veya çoğaltma yöntemine çok benzer bir yöntemle çoğaltılması da bu yasak kapsamı içindedir. Hatta, yayınlatan için sadece yayın konusu eserin kendisinin çoğaltılması veya çoğalttırılması yasaklanmamış, ayrıca ortalama bir müşterinin bakış açısından, yayın konusu eserin yerini doldurmaya elverişli olanların yayını da yasaklanmıştır[640].

İBK m. 382/I, İBK m. 381/I'i, dolayısıyla BK m. 374/I de BK m. 373/I'i tamamlayan bir hükümdür. BK m. 373/İBK m. 382'ye göre, yayınlayan yayın sözleşmesi uyarınca yararlanma yetkilerini ve buna bağlı olarak da eserin, eser sahibi veya üçüncü kişilerce kullanımına karşı yasaklama yetkilerini kazanmaktadır. Bu yasaklama veya men yetkileri, yukarıda da belirtildiği gibi, eserin değiştirilerek kullanılmasını da kapsamaktadır. Ancak bu yasaklama yetkileri, her zaman eser sahibinin sözleşme ile yayınlayana tanıdığı kullanım çeşitleriyle sınırlandırılmıştır. Bunun dışında yer alan, işleme, tercüme, konferans verme, temsil gibi eserin diğer kullanım veya yararlanma yetkileri, bu kapsamda değildir. İBK m. 381/BK m. 373'in birinci fıkrası, yayınlatanın "kaçınma borcu"nu (Enthaltungspflicht) sözleşmeden doğan bir yüküm olarak düzenlemektedir. Bu çerçevede, kaçınma borcunun, sözleşmesel olarak tamamlanması ve doldurulması önemlidir. Zira, bu tür sözleşme ihlallerinin, sözleşmenin sona ermesi veya zamanaşımı gibi konularda farklı hukuki sonuçları vardır. Ancak, İBK m. 382/BK m. 374'ün birinci fıkrası, sadece telif hakkı açısından hukuki durumu, sözleşmesel olarak yansıtmakla kalmaz. Bu düzenleme, lafzi olarak yayınlatanın, yayınlayanın zararına olabilecek her türlü tasarrufunu yasaklamaktadır. Bu bağlamda,

---

[637] TEKİNALP, 241; PEDRAZZINI, 579; TROLLER, Kommentar, 38.

[638] PEDRAZZINI, 579; TROLLER, Kommentar, 38; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 92; ULMER, 438; FRANKO, 112; HIRSCH E. Ernst, "Memleketimizde Meri Olan Hakkı Telif Kanunu'nun Tahlili", İHFM., 1940, C. VI, S. 3-4, 440; YARSUVAT, 150. Ayrıca bkz. DALAMANLI, 698; TUNÇOMAĞ, 1140.

[639] SCHRICKER, 201.

[640] PEDRAZZINI, 579. Ayrıca bkz. ULMER, 439; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 97; REHBİNDER, Urheberrecht, 319; FRANKO, 118.

yayınlatan, kendisinde kalan her türlü yetkiyi, bu yetkinin kullanılması sözleşmeye konu olan eserin sürümünü olumsuz etkileyebilecek, zedeleyebilecek türdeyse, kullanma hakkına sahip değildir[641].

Yayınlatan, yayınlayana devretmediği her kullanım türü açısından, eserden yararlanmaya yetkilidir. Ancak yayınlatan, yayınlayanın kullanım yetkisi içinde kalan yayın konusu eseri kısmen dahi olsa kullanamaz[642]. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, yayınlatanın, asıl metin ile birlikte yayına verilen resimleri, bir başka yayınevine, yayınlayanın zararına olarak tercüme edilmiş metinle birlikte bırakamayacağına hükmetmiştir. Buna paralel olarak da, yayınlayan, yayın hakkını, kısmen dahi olsa başka bir yayınlayana devretmemekle yükümlüdür[643].

Yayınlatan, sadece yayınlayanın zararına olabilecek davranışlar açısından borç altındadır. Ancak, sadece maddi veya manevi bir zarar tehlikesinin varlığının bile (örneğin, kötü bir üne sahip başka bir yayınevi ile değiştirme tehlikesi), yeterli olduğunu ve kaçınma borcu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür[644].

Her üçüncü kişiye olduğu gibi, yazarın da eserini kişisel kullanım için çoğaltmasına izin verilmiştir. Bu bağlamda, yazar da, kendi eserine atıf yapabilecek ve UrhG'nin veya Fikir ve Sanat Eserleri Kanunları'nın bazı özel durumlarda, sınırlamalar öngörerek çoğaltmayı serbest bıraktığı hallerde bu olanaklardan yararlanabilecektir[645].

İsviçre ve Türk Hukukuna göre yayınlayan, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte doğan yayın hakkına dayanarak, korunmaktadır. Buna karşılık AYK §9/II'ye göre, "yayın hakkının korunmasının gerektirdiği ölçüde, yayınlayan telif hakkının korunması için kanunda öngörülen yetkileri üçüncü kişiye karşı olduğu gibi yazara karşı da kullanabilecektir". Tezin

---

[641] TROLLER'e göre hükmün lafzına bağlı kalınması her koşulda, aksi kararlaştırılmadığı sürece tercüme hakkının yayınlatanda kaldığını belirten İBK m. 387/BK m. 379 ile çelişki yaratmaktadır. Ancak, yine yazara göre bu düzenleme ile yayınlatanın eserin tercümesinin sözleşme ihlali oluşturmayacak şekilde, yayınlatan tarafından yayılması veya başka bir yayınlayana yayması için bırakılması kastedilmektedir. Aksi takdirde, sadece tercüme hakkının yayınlatana bir yararı yoktur. Tercüme hakkı dışındaki hiç bir kullanım türü, eserin sürümünü tercüme hakkı gibi olumsuz etkileyemez. Bu açıdan, yine TROLLER'E göre tercüme hakkını, yayın hakkının dışında bırakan hüküm aslında, lafzi olarak kaçınma borcu ile çelişki içindedir. Zira, tercüme hakkını yayınlatanda bırakan hüküm, bu anlamda yayınlayanın sözleşmesel olarak telif hakkına ilişkin yetkilerini sınırlamaktadır. TROLLER, Kommentar, 38. Aksi görüş, HILTY, Basler, 2080. HILTY, eserin her kullanımı, baştan yayınlayan açısından bir tehlike oluşturamayacağını ileri sürmüştür. Yazar'a göre, örneğin, tercüme edilmiş bir eserin kamuya sunulması halinde, her ne kadar sadece ek bir sürüm alanı etkilense de, bu yayınlayana çok fazla zarar vermeyecektir.
TROLLER'in bu görüşü, FSEK m. 6 uyarınca, anlamını yitirmiştir. Zira, anılan hüküm uyarınca, çeviri hakkı, bir işleme eser olarak, yani bağımsız bir mali hak olarak, yayınlatanda kalmaya devam etmektedir.

[642] TROLLER, Kommentar, 38.

[643] BGE 59 II 351.

[644] HILTY, Basler, 2080.

[645] SCHRICKER, 202; TROLLER, II, 904; TROLLER, Kommentar, 38; FRANKO, 118. Bu konuda, her somut olay için UrhG'ye atıfta bulunulmaktadır. SCHRICKER, 202.

ilk bölümünde de belirtildiği gibi, Alman ve İsviçre Hukuku'na göre, yayınlayanın "men", yasaklama yetkileri, yararlanma haklarını aşmaktadır. Yayınlayan, eseri sadece, yayınlatanın kendisine eser üzerinde nasıl tasarruf edilmesi gerektirdiğini belirlediği ölçüde çoğaltma ve yayma hakkına yetkilidir. Ancak, yayınlayan, yayınlatanın ve üçüncü kişinin eserin bazı bölümlerinin, kısımlarının değiştirilerek veya buna benzer bir şekilde çoğaltılmasını yasaklayabilir. Hukuken, eserin sadece yayın sözleşmesi uyarınca özel bir şekildeki kullanımı korunmakta ve bu kapsam içinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, aksi kararlaştırılmadığı sürece, eseri şekli açıdan esaslı ölçüde değiştiren "işleme" hakkı bu kapsam içinde değildir. İsviçre ve Türk Hukuku, aksine bir anlaşma olmadığı sürece tercüme hakkını, yayın hakkından açıkça ayırmış, koparmıştır. Aynı şekilde AYK §2'de de, tercüme hakkı gibi, başka bir şiveye çevirme de bu kapsam içinde belirtilmiştir ki, İsviçre Hukuku açısından da "şive"nin tercüme hakkı kavramı içinde kabul edilmesi gerektiği yorumu yapılmaktadır[646].

Bu çerçevede yayınlatan, yayın sözleşmesiyle -yukarıda da açıklandığı üzere "amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisi"nin benimsenmesinin bir uzantısı olarak-, yayınlayana sadece yayma ve çoğaltma" haklarını devretmektir. Bu bağlamda, yayınlatan sadece devretmiş olduğu yayma ve çoğaltma hakkı üzerinde yayınlayanın zararına tasarrufta bulunamayacaktır. Ancak, yayınlatan devredilmiş olan mali haklar dışında kalan tüm mali haklar üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Diğer bir ifadeyle, yayınlatan devredilen mali hakların dışında kalan mali haklarla ilgili olarak dilediği hukuki işlemleri yapabilir[647], çünkü yayınlatanın bu haklar üzerindeki tasarruf yetkisi devam etmektedir.

Bu bağlamda yayınlatan, eser üzerinde başkalarına kural olarak işleme hakkı tanıyabilir, eseri temsil ettirebilir, radyo ile yayın hakkını devredebilir[648]. Yine, örneğin bir yazar bir romanın birinci basımını bir yayınevine bir yayın sözleşmesi ile bırakmışsa, bu romanın bir tiyatro eseri haline getirilmesi ya da başka bir dile çevrilmesi gibi, eser üzerinde

---

[646] AYK'nın anılan hükmünde, yayınlatanın eserden yararlanması kapsamında sayılan yetkiler de İsviçre Hukuku açısından bir yönerge niteliğindedir. TROLLER, II, 904-905. Aksi görüş, PEDRAZZINI, 579. PEDRAZZINI, AYK'da açık olarak, yayınlatanda kaldığı belirtilen her yetkinin, İsviçre Hukuku açısında da kabul edilmesinin yerinde olmadığını ileri sürerek, söz konusu yetkilerin her somut olayda sözleşmenin amacı doğrultusunda yayınlatanda kalması gerekip gerekmediğinin araştırılması gerektiğini ileri sürmektedir. PEDRAZZINI'nin bu sonucu, yayınlatanın serbest kullanımında kalan yetkilerin sözleşme amacı ile sınırlandırılması gerektiğini kabul eden görüşünün bir uzantısıdır.
Dolayısıyla, İsviçre Hukuku'nda ağırlıklı görüş, kaçınma yükümünü, AYK §2 anlamında genişletmektir. Hatta, AYK §2/3, yayınlatana bunun da ötesinde, yayına verilen eserin yayınlanmasının üzerinden 20 yıl geçtikten sonra, söz konusu eserin toplu bir eserde yayınlatmasına izin vermektedir. İsviçre Hukuku'nda buna uygun bir hüküm yoktur. Yayınlatan, yayın hakkı devam ettiği sürece, eseri toplu bir eserde dahi yayınlatamaz. Ancak, İsviçre Hukuku'nda doktrin, AYK'nın bu hükmünün uygulanmasını somut olayın durumuna bağlı tutma eğilimdedir. Bkz. TROLLER, Kommentar, 38-39

[647] TROLLER, Kommentar, 38; HILTY, Basler, 2080; PEDRAZZINI, 579.AYİTER, 241; ULMER, 439; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 95.

[648] TROLLER, Kommentar, 38; PEDRAZZINI, 579; HILTY, Basler, 2080; ULMER, 439; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 95; AYİTER, 241; TEKİNALP, 241.

başkasına işleme hakkı tanıyabilir. Ancak kaçınma yükümü bazı işlemelerin yapılmasına mani oluşturabilir. Mesela bir yazar üç öyküsünü bir yayınevine bir yayın sözleşmesiyle bırakmışsa, yayınlayanın yapmaya hakkı olan basılar bitmedikçe bu üç öyküyü yeni öykülerden oluşan bir kitabına koyamaz[649]. Ya da eser sahibi, aynı eseri kendisine ait olan eserlerini toplayan bir külliyat içine koyamaz[650]. İşlemeler konusunda, yukarıda da belirtildiği üzere, doktrinde şöyle bir kriter kabul edilmiştir: Yayın konusu eserin şeklini ve formatını önemli ölçüde değiştirmeyen tüm değişiklikler, yayınlayanın yayın hakkının kapsamı içinde kalmaktadır[651].

Yayınlatanın kaçınma yükümü kapsamı içinde olan bir diğer durum da, yukarıda da belirtildiği üzere, yayınlatanın yayınlayana bırakılan eserin özetini çıkararak bastıramaması veya eserin bazı bölümlerini rötuşlayarak yeniden basamamasıdır[652].

Uygulamada, taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile yazarın sonraki yayınlarının yayınlayanın sürümünü azaltmasını önlemek için, rekabet yasağı klozlarına yer vermektedirler. Bu tür sınırlamaların geçerliliği konusunda bir değerlendirme yapılırken, şu noktanın altı çizilmelidir. Yasanın, telif hakkı koruması kapsamı ile kaçınma yükümü kapsamı arasında çizdiği paralellik, tarafların menfaat durumları açısından her zaman adil değildir. Zira, yazarın yayın sözleşmesinden doğan sadakat yükümlülüğünün bir görünüm şekli olan, kaçınma yükümlülüğü, fikri hukuk tarafından yazarın telif hakkını kullanmasına ilişkin getirilen yasaklamalara göre daha kapsamlı olabilecektir. Somut olayda, bunu belirlerken yayın sözleşmesinin amacına ve sözleşmenin yorumuna başvurulmalıdır. Ancak, bununla birlikte yazarın menfaatleri de gözönünde tutulmalıdır. Zira, kaçınma yükümlülüğü, yazarın

---

649 TEKİNALP, 241; HILTY, Basler, 2080. İşlemeler hakkında aksi görüş, PEDRAZZINI, 579. PEDRAZZINI, kaçınma yükümlülüğünü öngören hükmün zıt anlamından, yayınlatanda kalan yararlanma yetkilerinin yayınlatan açısından, sadece "sözleşme amacı" çerçevesinde kullanıma serbest olduğunu ifade etmektedir. Bu anlamda, PEDRAZZINI'nin, bu konuyu sözleşme amacı ile ilişkilendirmesi HILTY, tarafından eleştirilmiştir. Ancak, PEDRAZZINI de, işlemelerin ve diğer mali hakların, yayınlayanın zararına da olsa, yayınlatan da kaldığını vurgulamakta, bu sonucun hem yayınlayanın kullanımına bırakılan yararlanma türlerini belirten hükmünden zorunlu olarak çıktığını, hem de devredilen yetkilerin kapsamını belirleyen kuraldan çıkarıldığını belirtmektedir.; Bkz. PEDRAZZINI, 579-580.

650 FRANKO, 114.

651 TROLLER, II, 905; ULMER, 340. TROLLER, bu konuda bir romanın gençlik kitabı haline getirilmesini örnek olarak göstermektedir. TROLLER, II, 905. Ancak, PEDRAZZINI, normal şartlarda, bir romanın gençlik kitabı haline getirilmesinin "işleme" olarak değerlendirildiğini ve doğal olarak bu işleme hakkının da yayınlatanda kaldığını ileri sürerek, TROLLER'in ulaştığı bu sonucun kendisi için çok uzak olduğunu belirtmektedir. PEDRAZZINI, 579.

Kanaatimizce, her ne kadar bir romanın gençlik kitabı haline dönüştürülmesi, FSEK m. 6 karşısında, fikri hukuk açısından bir "işleme" eser olarak nitelendirilse de, yayın sözleşmesi devam ettiği sürece, özelikle eğer eserlerin hitap ettikleri müşteri kitlesi örtüşüyor, eserin ilk yayınlayan tarafından çoğaltılmış nüshaların satışını etkiliyor ve düşürüyorsa, bu durum yayınlatanın kaçınma borcu kapsamı içinde değerlendirilmelidir. Zira, yukarıda da belirtildiği üzere, yayınlatan, eserin çoğaltılmış nüshalarının satışını aksatacak veya sürüme mani olacak çeşitli faaliyetlerden de kaçınma yükümü altındadır.

652 HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 97; REHBİNDER, Urheberrecht, 319; FRANKO, 118; PEDRAZZINI, 579; ULMER, 439.

bundan sonraki eserlerine zincir vuracak nitelikte olmamalıdır[653].

Eser sahibinin yayın sözleşmesinin kurulmasından sonra aynı konu hakkında başka bir eser yazması ve bu eserin yayınlanmasının, yayınlatanın kaçınma borcunu ihlal edip etmeyeceği sorgulanmalıdır. Öncelikle şu nokta hemen vurgulanmalıdır ki, eser sahibinin aynı konu hakkında bir daha eser yazmayacağı sonucuna varılması eser sahibinin kişilik haklarının ihlal edilmesi anlamına gelir. Zira, eser sahibinin aynı konu hakkında eser meydana getiremeyeceğinin kabulü, eser sahibinin özgürlüğünü aşırı kısıtlamak, adeta felç etmek demektir. Yine, eser sahibinin salt aynı konuyu yeniden yazmış olması da yayınlatanın kaçınma yükümünün ihlali anlamına gelmez. Ancak, burada dikkate alınması gereken kriter, eser sahibinin yeni kaleme aldığı eserle, önceki eseriyle rekabet etme kastı taşıyıp taşımamasıdır. Eğer yayınlatanın yeniden kaleme aldığı eser, önceki eserin hitap ettiği müşteri kitlesinin satış grafiği ile rekabet ediyorsa, yayınlatan kaçınma borcunu ihlal ediyor olabilir. Böyle bir durumda, hakim, iki eserden ikinci yazılanın okuyucunun zihninde birinci ile tereddüt uyandırıp uyandırmadığını tespit edecektir. Fransız mahkeme içtihadına konu olmuş böyle bir olayda, mahkeme "her iki eserin, kaleme alınış tarzlarını, hitap etmiş oldukları okuyucu kitlesinin farklılığını, eserlerden bir tanesinin roman şeklinde diğerinin tefrika şeklinde yayınlanmış olması dolayısıyla eserlerin bürünmüş oldukları basım şekli itibariyle de ayrı ayrı okurlar kitlesine hitap ettiklerini, eserlerin piyasaya sürülüş şartlarını ve özellikle fiyatlarını" dikkate alarak karar vermiştir[654]. Alman Hukuku'nda da, konusu aynı olan bir eserin, ancak benzer bir türde, şekilde ve benzer bir kapsamda ele alındığı takdirde, yazarın kaçınma borcunu, dolayısıyla rekabet yasağını ihlal edeceği kabul edilmiştir[655].

Kaçınma borcu kapsamında incelenmesi gereken bir konu da, eser sahibinin yeni yazacağı bir eser için, yayınlanan eserden yararlanıp yararlanamayacağıdır. Eser sahibi, yayınlayana bıraktığı eserden, yeni eserin hazırlanması için her zaman bağımsız olarak yararlanma hakkına sahiptir. Buna karşılık, yayınlatan ancak ilk esere atıf yaparak ondan yararlanabilir veya ondan pasajlar alabilir[656]. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi yayınlatan da artık yayın sözleşmesinin kurulmasıyla üçüncü şahıs konumundadır ve üçüncü kişiler eserden hukuken nasıl yararlanabiliyorlarsa, yayınlatan da bu şartlar çerçevesinde eserden yararlanabilecektir.

Eser yayınlanmadan önce yayınlatanın, yayınlayanın rızası olmadan eserin belli başlı özünü açıklayıp açıklamayacağı ise tartışmalıdır. ULMER, kaçınma yükümünün eser

[653] ULMER, 440; REHBİNDER, Urheberrecht, 319.
[654] Bkz. FRANKO, 113-114. Krş. ULMER, 440; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 99.
[655] BGH GRUR 73, 426; ULMER, 440; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 99.
[656] SCHRICKER, 202; FRANKO, 118.

sahibinin eserini açıklamasına, kitabın özünün tanıtılmasına engel olmayacağını, aksinin kabulünün yazarın manevi haklarının ihlali[657] olacağını belirtmektedir[658]. Başka bir ifadeyle, yayınlatanın eserin yayınlanmasından önce eseri hakkında bir konferans vererek veya sempozyumlarda eser hakkında bilgi vererek kamuyu aydınlatmasının -ki bu genellikle bilimsel eserler açısından sözkonusu olabilecektir- yayınlatanın kaçınma yükümüne aykırılık kapsamında değerlendirilmeyeceği benimsenmektedir[659]. Buna karşılık, yayınlatana böyle bir hak tanınmaması gerektiğini ileri sürenler de vardır[660] ki; bu görüşte olanlar eserin sürümünün azalması tehlikesini gerekçe olarak göstermektedirler[661].

Kanaatimizce bu konuda GİRİTLİOĞLU'nun benimsemiş olduğu çözüm tarzı hem menfaatler dengesine, hem de yayın sözleşmesinin amacına uygundur. Eserin tanıtılması hakkı, her ne kadar eser sahibinin kişilik hakları kapsamında, eser üzerindeki manevi haklarından sayılsa da, bu hakkın kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı olmaması bu anlamda, eseri artık ilgi çekici olmaktan çıkarmaması gerektiğini ileri sürmektedir[662]. Bu noktada, bir anlamda eser sahibinin manevi hakları ile yayın sözleşmesinden doğan kaçınma borcu karşı karşıya gelmektedir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, eser sahibinin kaçınma borcu, sözleşmeden doğan borçlandırıcı bir yükümdür ve fikri hukuk tarafından yayınlatanda kalan yetkiler ile karşılaştırıldığında, daha kapsamlı ve geniş bir borçlandırıcı etkiye sahiptir. Bu çerçevede, eser sahibinin eseri hakkında bilgi vermesi, eser sahibinin manevi hakları arasında yer aldığı için yayınlayanın yayın hakkını ihlal etmeyecektir. Ancak, eser sahibinin bu hakkını, yukarıda da belirtildiği üzere, dürüstlük kuralına aykırı olarak, yayınlayanın eserden beklediği yararı zedeleyecek ölçüde kullanması, kaçınma borcuna aykırılık oluşturacağından, buna ilişkin hukuki sonuçlar uygulama alanı bulacaktır.

Bu çerçevede, özellikle sözleşme ile açıkça ve özellikle kararlaştırılmış olmasına rağmen eser sahibinin buna aykırı olarak eserin yazılı olarak basımından önce, eseri sözlü olarak kamuoyuna açıklamış veya temsil ettirmişse, bu takdirde yayınlayanın bu fiillerin durdurulması ve tazminat talebi sadece sözleşme ilişkisine dayandırılabilir[663]. Ancak, eser hakkındaki kısa tanıtımların eserin sürümünü arttırabileceği de gözden kaçırılmamalıdır.

---

[657] Eserin "umuma arzı" (FSEK m. 14/I) ve umuma arzedilmemiş bir "eser hakkında bilgi verilmesi" (FSEK m. 14/II), münhasıran eser sahibine aittir ve bu yetkiler eser sahibinin manevi hakları arasında yer almaktadır.
[658] Bkz. ULMER, § 44-II; TEKİNALP, 241; FRANKO, 118. Krş. GİRİTLİOĞLU, 50.
[659] Bkz. FRANKO, 118.
[660] GİRİTLİOĞLU, 50.
[661] FRANKO, 117.
[662] GİRİTLİOĞLU, 50. Zira, yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında, yayınlatanın eserin önemli resimlerini başka bir yerde yayınlamasını İBK'nın 382. maddesinde belirtilen yayınlayan aleyhine olan kısmi tasarruflardan saymıştır.
[663] SCHRICKER, 339.

Yazarın, bu kapsamda belirlenen kaçınma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, her koşulda, yayın sözleşmesinden doğan bir borç ihlali, diğer bir ifadeyle sözleşmeye aykırılık ortaya çıkacak ve borçlar hukukunun genel ilkeleri devreye girecektir. Bu bağlamda da, yayınlayanın tazminat talebi sözkonusu olacaktır. Başka bir deyişle, eğer yazar kanun gereği veya yayın sözleşmesi ile eserin kullanımı kendisine yasaklanmış olmasına rağmen eserden yararlanırsa, bu takdirde, her halükarda kaçınma yükümüne aykırılıktan dolayı kötü ifa, dolayısıyla yayın sözleşmesinin ihlali söz konusu olacaktır. Buna ek olarak, hak sahibi olmayan bir üçüncü kişinin eserden yararlanması halinde, telif hakkı ihlalinin unsurları gerçekleşmiş kabul edilebiliyorsa, bu çerçevede yazarın da sözleşme ihlali olarak nitelendirilen davranışları, aynı zamanda yayın hakkının ihlali ile aynı anlama gelecektir. Böyle bir durumda, yayınlayan açısından taleplerin yarışmasının sözkonusu olacağına dikkat edilmelidir. Bu çerçevede yayınlayan, tazminat talebini hem sözleşme ihlaline hem de FSEK'e dayandırabilir veya her iki dayanak veya gerekçeden birini seçebilir[664].

Yayın hakkının yazarın kendisi tarafından ihlal edilmiş olması halinde, şunlara dikkat edilmesi gerekmektedir: Yazar, yayın hakkının kurulmasıyla birlikte kendisini çift yükümlülük altında bulmaktadır. Birincisi, yazar yayın sözleşmesi ilişkisinin bir tarafıdır ve bu doğrultuda, özellikle kaçınma yükümü açısından bu yükümün ve diğer borçların taşıyıcısı konumundadır. Mutlak hak olan yayın hakkı ile ilgili olarak söz konusu olabilecek diğer konularda ise, yazar "üçüncü kişi" konumundadır. Yazar, aynı zamanda FSEK veya yayın sözleşmesinde öngörülmeyen bir şekilde kendi eserini çoğaltır ve yayarsa, bu takdirde yazar hem sözleşmeden kaynaklanan yükümlerini ihlal etmiş olacak (gereği gibi ifa etmeme veya sözleşmenin müsbet ihlali), hem de yayınlayanın tekelindeki mutlak yayın hakkını ihlal etmekten dolayı sorumlu olacaktır ki, bu sonuncu durumda telif hakkı ihlali halinde söz konusu olabilecek hukuki sonuçlar devreye girecek ve uygulama alanı bulacaktır[665].

Bu bağlamda, yayınlatanın kaçınma borcu, hem sözleşmenin amacından doğan bir borçtur, hem de yayınlayana devredilmiş olan yayın hakkının (Verlagsrecht) mutlak hak

---

[664] Alman Hukuku'na göre, yayınlayan yayın konusu eser üzerinde yayın hakkını kazanmışsa, ki kural olarak bu hak eserin yayınlayana teslimi ile kazanılmaktadır, o zaman yazarın kaçınma yükümlülüğünü ihlal etmesi, aynı zamanda bir telif hakkı ihlali de oluşturacaktır. Bu çerçevede de, UrhG'nin telif hakkı ihlali halinde yürürlükte olan hükümleri devreye girecektir. SCHRICKER, 339; ULMER, 438; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 92-93.

[665] Bkz. SCHRICKER, 338; ULMER, 438; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 92-93. Ancak, taraflar aralarında yaptıkları anlaşma ile, yazarın kaçınma yükümlülüğünün kapsamını, yayın hakkından doğan yasaklamadan daha geniş bir şekilde belirleyebilirler. Zira, uygulamada, taraflar eser sahibinin eser üzerinde sahip olduğu diğer mali hakların, özellikle tercüme hakkı, filme alma hakkı, radyo ile yayın hakkı gibi, yayın uygulamasında "yan" haklar (Nebenrechte)olarak nitelendirilen hakların yayınlana devredildiğini veya tanındığını da aralarında yaptıkları sözleşme ile açıkça kararlaştırabilirler. Bkz. ULMER, 438; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 98.

niteliğinden kaynaklanmaktadır[666]. Böylece, burada yayınlayanın sözleşmeden doğan nisbi hakkı ile fikri hakkın devredilmesinden doğan mutlak hakkı yarışmaktadır[667].

Yayın hakkı ihlali ile sözleşme ihlali arasındaki ilişki hakkında bir formül belirlemek gerekirse şu sonuca varılmaktadır: Yazar tarafından yayın hakkının ihlali her zaman, aynı zamanda yazarın sözleşmeden kaynaklanan borçlarının ve yükümlerinin ihlali demektir. Buna karşılık, sözleşme ihlalleri her koşulda aynı zamanda yayın hakkının ihlal edildiği anlamına gelmez[668].

Yayınlayan, yayın hakkının ihlali yüzünden üçüncü kişilerden toplu olarak bir tazminat elde etmişse, bu takdirde, telif ücretinin sürüme göre hesaplandığı hallerde, yazarın da bu miktara katılmasına izin vermek zorundadır. Yazarın katılma miktarının hesaplanmasında, üçüncü kişi tarafından hukuka aykırı olarak üretilen eser nüshaları da tıpkı piyasaya sürülen eser nüshaları gibi dikkate alınmalıdır. Ancak, telif ücretinin götürü olarak belirlendiği hallerde, üçüncü kişiden elde edilen tazminat miktarı sadece yayınlayanda kalacaktır[669].

C. KAÇINMA BORCUNUN SÜRESİ

Yayınlatanın, yayınlayanın zararına tasarruflardan kaçınma borcunun süresini taraflar aralarında yapmış oldukları sözleşme ile açıkça kararlaştırabilirler. Ancak, taraflar arasında bu konuda bir anlaşma yoksa BK m. 374/I uygulama alanı bulacaktır. Anılan hüküm uyarınca, yayınlatanın bu borcu, yayınlayanın yapmaya hakkı olan baskı bitinceye kadar sürecektir. "Bitmek" sözcüğü ile kastedilen, çoğaltılmış eser nüshalarının tükenmesidir. Diğer bir ifadeyle, yayınlayanda ve öteki perakende satıcılarda, yani eseri satan kitapçılarda hiçbir nüshanın kalmaması "tükenme" olarak tanımlanmaktadır[670]. Ancak, yayınlayan bir bası

---

[666] SCHRICKER, 338 vd; ULMER, 438; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 92-93; AYİTER, 241; GİRİTLİOĞLU 49-50; TEKİNALP, 241; FRANKO, 111; TUNÇOMAĞ, 1140.

[667] SCHRICKER, 338 vd.; ULMER, 438; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 92-93.GİRİTLİOĞLU, 50; FRANKO, 111.

[668] SCHRICKER, 339; ULMER, 446. Örneğin, bazen yazar tarafından yapılan davranış, eserin çoğaltılması veya yayılması olmayabilir. Örneğin yazar, yukarıda da belirtildiği üzere, sözleşme ile açıkça ve özellikle kararlaştırılmış olmasına rağmen buna aykırı olarak eserin yazılı olarak basımından önce, eseri sözlü olarak kamuoyuna açıklamış veya temsil ettirmişse, bu takdirde yayınlayanın bu fiillerin durdurulması ve tazminat talebi sadece sözleşme ilişkisine dayandırılabilir. SCHRICKER, 339. Zira, bu haklar eser sahibi olarak hala yayınlatanda kalmaktadır ve yayınlatan da kalan mali ve manevi hakların kullanılması da, bu sınırlamalar dahilinde telif hakkı ve özel olarak yayın hakkı ihlali olarak nitelendirilemezler. Dolayısıyla, yayınlayan bu takdirde yarışan taleplere değil, sadece sözleşmeye dayanabilecektir.

[669] Bkz. SCHRICKER, 339.

[670] TROLLER, Kommentar, 38; AYİTER, 241; GİRİTLİOĞLU, 50. Aksi görüş SCHRICKER, 247. SCHRICKER, basının, nihai tüketici olarak müşterilere yapılan satımla veya yazarın nüshaları toptan almasıyla birlikte, en erken yayınevlerine yapılan -iade hakkı tanınmamak kaydıyla- kesin satım sözleşmesiyle

kapsamında basmaya yetkili olduğu nüshaları basmadığı sürece, eser henüz tükenmemiştir[671].

Her ne kadar, anılan hüküm sadece baskının bitmesini, bir sona erme sebebi olarak ele alsa da, aslında, aksine bir anlaşma olmadığı sürece, hiç şüphesiz yayın sözleşmesinin herhangi bir şekilde sona ermesiyle birlikte, kaçınma yükümü de aynı anda sona erecektir. Dolayısıyla, yayın ilişkisi herhangi bir sebeple daha önce sona ermişse, yayınlayan da yayma hakkını kaybedecektir, ki aynı zamanda kaçınma yükümü de sona ermiş olacaktır[672]. Örneğin, taraflar, yayın sözleşmesini belli bir süre öngörerek kurmuşlarsa, bu takdirde bası sona ermese de sürenin sona ermesiyle birlikte, kaçınma yükümü de sona erecektir. Zira, bu takdirde, yayma hakkı sona erdiğinden, yayınlatan yeniden tasarruf yetkisini tam olarak elde etmiş olacaktır[673]. BK m. 374/I'i karşılayan TBKT m. 490/I'e göre, "Yayımlatan, sözleşmede kararlaştırılan süre sona ermedikçe veya süre belirlenmemişse kararlaştırılan baskı adedinin tükenmesi için alışılmış süre geçmedikçe, eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde yayımcının zararına olacak biçimde tasarrufta bulunamaz". Anılan hükmün gerekçesinde, böylece yayımlatanın, kararlaştırılan sürenin sona ermesinden ya da kararlaştırılan baskı adedinin tükenmesi için alışılmış sürenin geçmesinden sonra, eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde tasarrufta bulunabileceği kabul edilerek, bu konuda uygulamada görülen bazı kötüye kullanmaların önlenmesi amaçlandığı belirtilmiştir ki, kanaatimizce de eser sahibinin haklarının korunması adına uygun, amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisi ile de uyumlu bir hükümdür.

Yazarın kaçınma yükümlülüğü, sözleşme ilişkisinin devam ettiği süre boyunca devam etmektedir. Bu bağlamda, kaçınma yükümlülüğü, Alman Hukuku'nda da, borçlandırıcı işlem olan yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte başlamaktadır. Yoksa, en erken yayın hakkının kurulmasıyla birlikte değildir ki, kural olarak yayın hakkı da AYK uyarınca manüskrinin teslim edilmesiyle birlikte kurulmaktadır. Kaçınma borcu, sözleşme ilişkisinin sona ermesine kadar devam etmektedir[674].

Yazarın kaçınma borcu, yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte başlamaktadır. Dolayısıyla, bu yükümlülük sözleşmenin kurulmasından önceki aşamayı kapsamamaktadır. Ancak, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada, sözleşme görüşmeleri sırasındaki güven ilişkisinden doğan, tarafların karşılıklı olarak doğru ve dürüst davranma borcu, diğer bir ifadeyle, "culpa in contrehendo" sorumluluğu söz konusu olacaktır. Yayın sözleşmesine konu

---

birlikte tükendiğini kabul etmektedir.

[671] TROLLER, Kommentar, 39.

[672] HILTY, Basler, 2080; PEDRAZZINI, 580; TROLLER, Kommentar, 39.

[673] TROLLER, Kommentar, 39.

[674] SCHRICKER, 193; ULMER, 440; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 93.

olan eser, daha önce tamamen veya kısmen çoğaltılmış ve yayılmış, örneğin daha önce bir dergide yayınlanmışsa, bu durumda yazar yayınlayana devretmiş olduğu yayın hakkı üzerinde önceden tasarruf ettiğinden, yayın hakkı da bu kapsamda daralacak ve yayın hakkının tanınmasından beklenen menfaat de tam olarak yerine getirilmemiş olacaktır, meğer ki söz konusu önceki yayın, sözleşme ile saklı tutulmuş olsun[675].

Eser sahibinin yapacağı tasarruflar açısından, eser nüshalarının tükenip tükenmemesi, çok büyük bir öneme sahiptir. Alman Yayın Kanununun 29. paragrafının 2. fıkrası, yayınlayanı yazarın isteği üzerine bu konuda gereken bilgiyi vermekle yükümlü tutmuştur. İsviçre-Türk Hukukunda da bu borç, TMK m. 2'deki dürüstlük kuralından çıkmaktadır, yani bu yolda bilgi vermek, dürüstlük kuralı gereğidir[676].

D. YAYINLATANIN YAYINLAYANIN ZARARINA TASARRUFLARDAN KAÇINMA BORCUNUN İSTİSNALARI

BK 374/II'de gazete makaleleri ve bir dergide yayınlanan kısa makalelerin yayınlatan tarafından her zaman başka bir yerde yayınlanabileceği hükme bağlanmıştır. Yine anılan maddenin 3. fıkrasında ise yayınlatanın,"ortak bir eserin kendisine ait bölümlerini veya dergilerde çıkan uzun makalelerini, yayının bitmesinden başlayarak üç ay geçmedikçe yeniden yayınlatamayacağı düzenlenmiştir[677].

Bu bağlamda, yasa gazete makaleleri ve dönemli bir dergide yayınlanan kısa makaleler ile ortak bir eserin yayınlatanın kendisine ait bölümleri ve dergilerde çıkan uzun makaleler arasında bir ayrım oluşturmuştur.

BK m. 374/II-III hükümleri irdelendiğinde, gazetelerde yayınlanan gazete makaleleri ve dönemli dergilerde yayınlanan kısa makaleleri yayınlamasının yayınlayana mutlak bir yayın hakkı vermediği dikkati çekmektedir. Dolayısıyla, yayınlatan bu nitelikteki yazılarını her zaman, serbestçe başka bir yerde yayınlayabilir veya yayınlatabilir.

---

[675] SCHRICKER, 222, 223.

[676] GİRİTLİOĞLU, 50, dn 18.

[677] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 490/II'ye göre, "Gazete makaleleri ve bir dergide yer alan kısa yazılar, yayımlatan tarafından, her zaman, başka yerde de yayımlatılabilir". TBKT m. 490/III uyarınca, "Yayımlatan, toplama bir eserin kendisine ait bölümlerini veya dergilerde çıkan uzun yazılarını, yayımın bitmesinden başlayarak üç ay geçmedikçe yeniden yayımlatamaz".Tasarının gerekçesinde de, 818 sayılı Borçlar Kanununun 374 üncü maddesinin son fıkrasında kullanılan "Müşterek bir eserin kısımlarından olan yazılar ve mevkut bir risalenin uzun olan makaleleri" şeklindeki ibare, Tasarıda "Yayımlatan, toplama bir eserin kendisine ait bölümlerini veya dergilerde çıkan uzun yazılarını" şekline dönüştürülmüştür, cümleleri yer almaktadır. Yine, gerekçede toplama esere, ünlü kişilerin hâtırasına yayımlanan armağanlar, belirli konuları değişik yazarlar tarafından kaleme alınan yazılarla oluşturulan bir ansiklopedinin çeşitli ciltleri veya fasikülleri örnek olarak gösterilebilir, ifadeleri yer bulmuştur.

Gazeteler ve dergiler arasında kesin bir sınır çizmek, bunlar bilgi, röportaj ve magazin haberlerini ilettikleri sürece, bugün için pratikte pek mümkün değildir[678]. Bu bağlamda, ikinci ve üçüncü fıkralarda belirtilen dergileri ve gazeteleri ad ve biçim gibi dış kriterler birbirinden ayıramaz. Gazete adıyla çıkan dergiler (Schweizerische Juristenzeitung) olduğu gibi, dergi adını taşıyan gazeteler de vardır. Bu yüzden bu tür yayınların içerikleri, aralarındaki farkı ortaya koyabilir[679]. Doktrinde, az çok kalıcı değerde yazılar yayınlayanlar dergi, buna karşılık günlük ve geçici önem taşıyan yazılar yayınlayanların ise gazete sayılması gerektiği ileri sürüldüğü gibi[680], aktüel haber donanımlı olanlar hakkında BK m. 374/II'nin, buna karşılık spesifik alanlardaki problemleri, derinlemesine ele alanlar hakkında ise BK m. 374/III'ün uygulanması gerektiğini kabul edenler de vardır[681]. Bu çerçevede, dergi ve gazeteler hakkında çıkan bir uyuşmazlıkta peşinen bir yargıda bulunmak yerine, her somut olayda doktrinde öngörülen bu kriterlerin bir rehber görevi görmesi daha uygun olacaktır.

Bilimsel dergilerin, bu çerçevede özel bir yeri vardır. Ancak, bu durum bilimsel dergilerin BK m. 374/II, İBK m. 382/II'nin uygulama alanı dışında kalmasına yol açmaz. Çünkü, dergilerde yayınlanan kısa makaleler de gazete makaleleri ile aynı çerçevede ele alınmaktadır. Gazete makalelerinin ve dönemli bir dergide yayınlanan kısa makalelerin yazarı, kural olarak bir yayın sözleşmesi kurmamakta, sadece bu eserlerin bir defaya mahsus olarak çoğaltılmasını ve yayılmasına izin vermektedir. Ancak, BK m. 374/II, sözleşme hükümlerinin bir istisnasını içermemekte, aksine böyle bir durumda yayın sözleşmesinin kurulmadığı ve yazara serbestçe tasarruf hakkı tanındığı konusunda bir faraziyeye yer vermektedir. Dergilerde yayınlanan kısa makaleler, daha çok yayınlanan bir eserin ana temasını içeren kitap tanıtımları ve kısa haber yazılarından oluşmaktadır[682].

Dergilerdeki uzun yazılar ve toplama eserlerin yayınlatan tarafından yeniden yayınlatılabilmesi için kanun koyucu, bir süre öngörmüştür. Bu süre, yayın tarihinden itibaren başlayacak olan 3 aylık süredir.

BK m. 374/III'de belirtilen toplama eser, ansiklopedi, armağanlar gibi birden çok yazarın makalelerini içeren, ancak periyodik olarak basılmayan, bir yayındır. Kanunun gerekçesinde, toplama esere, ünlü kişilerin hatırasına yayımlanan armağanların, belirli konuları değişik yazarlar tarafından kaleme alınan yazılarla oluşturulan bir ansiklopedinin çeşitli ciltleri veya fasiküllerinin örnek olarak gösterilebileceği belirtilmektedir. Hükümde

[678] HILTY, Basler, 2081; TROLLER, Kommentar, 39.
[679] GİRİTLİOĞLU, 51; HILTY, Basler, 2081.
[680] GİRİTLİOĞLU, 51.
[681] HILTY, Basler, 2081.
[682] TROLLER, Kommentar, 39.

öngörülen, toplama eser kavramı, editörün sadece kendine özgü bir şekilde birden fazla makaleyi toplayarak, fikri bir yaratıcılık meydana getirdiği ve böylece, fikri hukuk tarafından korunan toplu eserler kavramıyla uyuşmamaktadır. Çünkü, BK m. 374/III, bölümlerden oluşan her toplama eseri kapsamaktadır[683].

Dergilerdeki uzun yazılar ise bir konuyu derinlemesine ele alan gazetelere benzetilmektedir. Dönemli bir dergide yayınlanan kısa makalelerin aksine "dergilerde çıkan uzun yazılar ve toplama bir eserin kendisine ait bölümleri" hakkında kural olarak, yayın sözleşmesi kurulduğu kabul edilmektedir. Yayınlayan veya kendisinin temsilcisi olarak editör, söz konusu bölümlerin toplanarak bir toplama eserin veya dergilerdeki uzun yazıların oluşmasını sağlamış veya sadece bu yöndeki teklifi kabul etmişse, o zaman bu eseri kamuya sunmakla yükümlüdür. Yayınlayan veya editör, bunu teamül uyarınca olması gereken zaman dilimi içinde gerçekleştirmelidir. Bu süre de, derginin kamuya sunulma periyodu veya toplama eserin yayınlanması için öngörülen tarihe bağlıdır. Eğer editör, yazarın hiç hesaba katmak zorunda olmadığı bir şekilde eserin yayınında temerrüde düşerse, o zaman editörün bu davranışı dürüstlük kuralına aykırılık şeklinde değerlendirilip eserin sonraki kullanımı için aranan koşul (yayın tarihinden itibaren 3 aylık süre) gerçekleşmiş sayılacaktır. Eğer editör yazarın kamuya sunma yetkisi konusunda inhisari bir yetki elde etmek istiyorsa, o zaman bu konuyu, sözkonusu bölümlerin veya uzun yazıların toplanması hakkında yapılan müzakere aşamasında, yayın sözleşmesinin kurulması için yapılan teklifle birlikte veya önceden bu konu hakkında bir kabul olmamışsa, en geç kabulün açıklanmasıyla birlikte bildirmelidir[684].

IV. YAYINLATANIN YAYIN HAKKININ VARLIĞINI TEKEFFÜL BORCU

A. GENEL OLARAK

BK m. 373/II'de[685] düzenlenen yayınlatanın tekeffül borcu iki sorumluluk halini kapsamaktadır[686]:

1. Öncelikle, yayınlatan sözleşmenin kurulduğu anda yayın hakkının (verlagsrecht) -o eserde tasarruf etme hakkının- bulunmaması yüzünden yayınlayana karşı genel olarak

[683] TROLLER, Kommentar, 39, 40.
[684] TROLLER, Kommentar, 40.
[685] BK'nın bu düzenlemesini karşlayan TBKT m. 489/II'ye göre, "Yayımlatan, yayımcıya karşı, sözleşmenin kurulduğu anda eseri yayımlatma hakkının bulunmamasından sorumlu olduğu gibi, eser korunmakta ise, telif hakkının olmamasından da sorumludur".
[686] Bkz. TROLLER, Kommentar, 34; PEDRAZZINI, 580-581; HILTY, Basler, 2078; GİRİTLİOĞLU, 48; BİLGE, 274; YAVUZ, 538; FRANKO, 105; TEKİNALP, 243-244.

sorumludur.

2. Bu genel sorumluluğun yanında yayınlatan, eğer sözleşme konusu eser korunmakta ise, yayınlayana karşı bu eser üzerinde telif hakkının olmamasından da sorumludur.

Bu bağlamda, öncelikle yayınlatan yayın sözleşmesine konu olan eser üzerinde eser sahibi olabilir, ancak sözkonusu eser üzerinde bir başkasına yayın hakkı tanıyarak, sözleşmesel yetkileri üzerinde önceden tasarruf etmiş olabilir. Yine BK m. 373/II, bir adım daha ileri giderek yayınlatanı, eser korunan bir eser ise, bu eser üzerinde eser sahibi olduğu konusunda bir tekeffül yükümlülüğü yüklemiştir[687].

B. YAYINLATANIN YAYIN HAKKININ VARLIĞINI TEKEFFÜL BORCUNUN KAPSAMI

1. Genel Olarak

BK m. 373/II[688], yayınlatanın tekeffül yükümünün kapsamını belirlemektedir. Bu bağlamda, yayınlatan sözleşmenin kurulması anında, eser üzerinde, eser sahibinin mali hakları arasında yer alan "çoğaltma" ve "yayma" haklarının mevcut olduğunu ve bu haklar üzerinde tasarruf yetkisinin olduğunu tekeffül borcu altındadır. Yayınlayanın, yayın sözleşmesi ile diğer bir ifadeyle -dar anlamda- mali hakkı devralmakla edindiği yetkilerin tümü "yayın hakkı" (verlagsrecht) olarak nitelendirilmektedir. Yayın hakkı, yukarıda da belirtildiği üzere, kural olarak telif hakkının ayrılmaz bir parçasıdır, ancak yayın sözleşmesiyle birlikte, telif hakkından ayrılarak yayınlayana geçmektedir[689].

Yayınlatanın tekeffül yükümünün kapsamı belirlenirken, BK m. 373/I de dikkate alınmalıdır. Anılan hüküm "Amacın gerektirdiği ölçüde geçirme" teorisinin (Zweckübertragungstheori) biçimlendiği pozitif bir hukuk kuralıdır. Bu hüküm çerçevesinde, yayın sözleşmesiyle eser sahibinin hakları, sözleşmenin ifasının gerektiği ölçüde ve süreyle yayınlayana geçmektedir. Dolayısıyla, yayınlatanın tekeffül yükümünün kapsamı da, yayın sözleşmesinin amacının gerçekleşmesi için gerekli olan, daha doğru bir ifadeyle yayın hakkının gerektirdiği kapsamdır. Bu doğrultuda, yayın hakkının yayınlayan tarafından

---

[687] TROLLER, Kommentar, 34.

[688] Gerçek olmayan yayın sözleşmesi kavramını kabul edenler, bu hükmün zıt anlamını gerekçe olarak göstermektedirler.

[689] Bkz. HILTY, Basler, 2078; TROLLER, Kommentar, 34-35; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 60; PEDRAZZINI, Le Contrat d'Edition, 71; GUHL, 541; ULMER, 441-442; HILTY, Immaterial, 538; SCHRICKER, 272; TROLLER, Kommentar, 32; REHBİNDER, Urheberrecht, 326; STRAUS, 312; KNAAK, 267; MÖHRİNG/ NİCCOLİNİ, 83.

kullanılabilmesi için gerekli olan, yayın hakkının gerektirdiği kapsam ise, eserin çoğaltma ve yayma haklarının yayınlatan tarafından yayınlayana devredilmesidir. Dolayısıyla, yayınlatan sözleşmenin kurulması anında eser üzerinde söz konusu olabilecek tüm mali haklardan değil, sadece "çoğaltma" ve "yayma" haklarının varlığından sorumludur.

Yayınlatan, aynı zamanda eğer eser korunan bir eserse, eser üzerinde telif hakkının olmamasından da sorumludur. Eserin korunan bir eser olmasından kasıt, eserin Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku ve FSEK çerçevesinde koruma süresinin sona ermemiş olması ya da eserin mahkeme kararları, kanun, tüzük, yönetmelik gibi mevzuat niteliğinde olmasıdır. Zira bu tür eserler, "serbest" eser haline geldiklerinden, herkes herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın söz konusu eserleri yayınlayabilir. Söz konusu hükmün zıt anlamından çıkan sonuç, eğer eser korunmuyorsa yayınlatanın sadece eser üzerinde yayın hakkının varlığından dolayı sorumlu olacağıdır. Böylece, yayınlatanın sorumluluğu daraltılmaktadır.

Yayınlatanın her iki halden de sorumlu tutulabilmesi için aranan şart, tıpkı satım sözleşmesindeki zapta karşı tekeffül hükümlerinde olduğu gibi; bu hakların varlığını sözleşmenin kurulması anında tekeffül etmesidir. Dolayısıyla, yayınlatanın sorumlu tutulabilmesi için aranan zaman, sözleşmenin kurulması anıdır.

BK'da yayınlatanın yayın hakkının varlığına dair sorumluluğunu düzenleyen hükümlere paralel hükümler FSEK'de de karşımıza çıkmaktadır. FSEK, "hakkın mevcut olmaması" ve "selahiyetin mevcut olmaması" şeklinde 2 ayrı durumu ayrı ayrı düzenlemiştir:

FSK m. 53, "hakkın mevcut olmaması" kenar başlığı ile; "mali bir hakkı başkasına devreden veya kullanma ruhsatını veren kimse, iktisap edene karşı hakkın mevcudiyetini BK m. 169 ve 171. maddeleri hükmünce zamindir" hükmünü içererek, 2. fıkrasında da "haksız fiillerden ve sebepsiz mal iktisabından doğan talepler mahfuzdur" hükmüne yer vermiştir.

FSEK m. 54 ise, "selahiyetin mevcut olmaması" kenar başlığı ile, "mali bir hakkı yahut kullanma ruhsatını devre selahiyetli olmayan kimseden iktisap eden, himaye görmez" ve 2. fıkra "salahiyeti olmaksızın mali bir hakkı başkasına devreden veya kullanma ruhsatını veren kimse; salahiyeti bulunmadığına diğer tarafın vakıf olduğunu veya vakıf olması lazım geldiğini ispat etmedikçe tasarrufun hükümsüz kalmasından doğan zararı tazminle mükelleftir. Kusur halinde mahkeme; hakkaniyet gerektiriyorsa daha geniş bir tazminata hükmedebilir" hükümlerine yer vererek, son fıkrasıyla haksız fiillerden ve sebepsiz mal iktisabından doğan taleplerin mahfuz olduğunu düzenlemiştir.

Bu bağlamda, kanaatimizce yayınlatanın tekeffül borcunun görünüm şekilleri incelenirken, BK ve FSEK hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğinden, yayınlatanın tekeffül borcunun görünüm şekilleri de BK ve FSEK'de öngörülen kapsamda ele

alınacaktır.

2. Yayın Sözleşmesinin Kurulma Anında Yayın Hakkının Mevcut Olmaması

Yayın sözleşmesinin kurulma anında yayın hakkının mevcut olmaması, iki şekilde karşımıza çıkabilir: Yayın hakkını devretmek isteyen kişi, ya aslında yasal olarak "yayınlatan" sıfatına sahip olmadığından dolayı yayın hakkına da sahip değildir, ya da eser üzerinde yayın hakkına sahip olmasına rağmen, yayın hakkı üzerinde daha önceden tasarruf etmiştir.

Yayınlatan kavramının içine -yukarıda da açıklandığı üzere- eser sahibi, eser üzerindeki hakları miras yoluyla iktisap etmiş olan mirasçıları ve mali hakkı eser sahibinden veya mirasçılardan iktisap etmiş olan kimselerle, bu kimselerin mali hakları devrettikleri kişiler girmektedir. Ancak, bu noktada, FSEK'in "aslen iktisap" ve "devren iktisap" olarak nitelendirdiği durumların, yayın hakkının devri üzerindeki etkisinin farklı olduğunu vurgulamakta yarar vardır. FSEK. m. 48, eser üzerindeki mali hakların eser sahibinden veya mirasçılarından kazanılmasını "asli iktisap" olarak nitelendirmiştir. Asli iktisap nitelendirmesi, hukuk terminolojisi bakımından, yanlış anlamalara yol açabilecek isabetsiz bir sözdür[690].

Bu bilgiler ışığında, aslen iktisabın sözkonusu olabilmesi için devreden kişinin hak sahibi, yani bizzat eser sahibi, ya da eser üzerindeki hakkı miras yoluyla iktisap eden kimse olması gerekir. Bu bağlamda, sözkonusu kişiler -eser sahibi veya mirasçıları- FSEK uyarınca, eser üzerindeki mali haklarda tasarruf edebilmek için ayrıca, başka birinin onayına da gerek duymazlar. Ancak eğer bu kimseler, gerçek hak sahibi değillerse, malvarlıklarında bulunmayan bir mali hakkı devir de edemezler. Yine, bir kimsenin ilk bakışta eser sahibi olarak görünmesi, fakat bu görünüşün haklı karşılığı olmaması mümkündür. Örneğin bir kimse FSEK'in isim lehine koymuş olduğu karineden yararlanarak, eser sahibi olarak görünmektedir ve bu durumda mali bir hakkı görünüşte bir tasarruf işlemi ile bir başkasına devretmiştir. Fakat sonradan bir dava ile asıl hak sahibinin karinenin aksini ispat ettiğinde yayınlatanın tekeffül yükümlülüğünün ihlali söz konusu olacaktır[691]. FSEK, m. 49 "devren iktisap" nitelendirmesini, üçüncü kişilerin, bir mali hakkı veya kullanma ruhsatını eser sahibinden veya mirasçılarından iktisap etmiş olanlardan, yani ikinci elden devralmaları hali

[690] AYİTER, 208. Zira, Medeni Hukuk anlamında aslen iktisap, hakkın doğrudan doğruya, ilk sahibi olarak iktisap edilmesidir. Sahipsiz mallar üzerinde sahiplenme, ihraz, işgal, kazandırıcı zamanaşımı sonucu kazanım bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz. OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, Medeni Hukuk, İstanbul 2006, 172.

[691] AYİTER, 209.

için kullanmıştır[692]. Devren iktisabın geçerli olması için eser sahibinin veya mirasçılarının yazılı onayı gerekmektedir. Bu bağlamda, hemen belirtilmelidir ki, mali hakkı eser sahibinden veya mirasçılarından devralan kişiler yayın hakkına sahiptirler. Ancak, her ne kadar yayın hakkına sahip olsalar da, yayın hakkını tekrar devretmek istediklerinde, eser sahibinin veya mirasçılarının yazılı onayını almak zorundadırlar. Aksi takdirde, yayın hakkına devretmeye yetkili değildirler, ki bu durum da FSEK m. 54'de, selahiyetin mevcut olmaması olarak nitelendirilmiştir. Biz de bu durumu ayrı bir başlık altında incelemenin daha uygun olacağı görüşündeyiz

Yayın hakkının mevcut olmaması başlığı altında inceleyeceğimiz ikinci durum, yayınlatanın eser üzerinde yayın hakkına sahip olmasına rağmen, yayın hakkı üzerinde daha önceden tasarruf etmiş olmasıdır. Zira, yayınlatanın daha önceden yapmış olduğu bir yayın sözleşmesi varsa, yayınlatan tasarrufi nitelikteki bu sözleşmeyle yayın hakkı üzerinde tasarruf yetkisini kaybetmiştir. Dolayısıyla, ikinci devir -yayınlayan iyiniyetli bile olsa- hüküm doğurmayacaktır. Zira, yayın hakkı artık yayınlatanın malvarlığından çıkmıştır[693].

3. Eserin "Korunan" Bir Eser Olması Halinde Yayınlatanın Eser Üzerinde Telif Hakkının Olmamasından Dolayı Sorumluluğu

Yayınlatan, aynı zamanda eğer eser korunan bir eserse, eser üzerinde telif hakkının olmamasından da sorumludur. Eserin korunan bir eser olmasından kasıt, eserin Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku ve FSEK çerçevesinde koruma süresinin sona ermemiş olması ya da eserin mahkeme kararları, kanun, tüzük, yönetmelik gibi mevzuat niteliğinde olmamasıdır.

---

[692] Aslen iktisap konusundaki terminoloji sakıncası burada da vardır. AYİTER, 208. Zira, bir hakkın bir kişiden diğerine geçmesi halinde yeni hak sahibinin hakkı iktisap tarzı devren iktisaptır. OĞUZMAN/BARLAS, 173. Bu bağlamda, FSEK'in aslen iktisap ve devren iktisap şeklinde nitelendirdiği iktisap tarzının ikisi de aslında Medeni Hukuk anlamında devren iktisaptır. YAVUZ, 534.
Ancak, buradaki terimlerin fikri hukukta kendilerine özgü bir anlam taşıdıkları ve Medeni Hukuktaki benzer terimlerle karıştırılmamaları gerektiği hakkında bkz. EREL, 269. Fikri hukukta yapılmış olan aslen iktisap ve devren iktisap ayırımı, tasarruf işleminde bulunan şahıslar bakımından yapılmıştır.

[693] Yayınlatan, yayın hakkı üzerinde bir başkası lehine basit veya tam ruhsat tanıyarak, yayın hakkının kullanılmasını bir üçüncü kişiye bırakmış olabilir. Böyle bir halde, gerçi yayınlatan özellikle tam ruhsatta, tıpkı intifa hakkında olduğu gibi kendisine kalan "çıplak mülkiyet" içindeki çekirdek haklarla ilgili olarak mali hakların devri sözleşmelerini yapabilir. Ancak, sorun acaba tam lisansta lisans alanın bu hakkını yayınlayana karşı kullanıp kullanmayacağı noktasında düğümlenmektedir. AYİTER, 209. EREL, mali hak üzerinde önceden kullanma ruhsatı (lisans) tesis edilmişse, hakkın bu ruhsatla birlikte devredilmiş olduğunu ve yeni müktesibin ruhsattan haberi olmadığını ve mali hakkı böyle bir kayıt olmadan kazandığını ileri süremeyeceğini belirtmektedir. EREL, 273. Bu durumu eşyaya bağlı borç ilişkisine benzeten GÖKYAYLA da, eser üzerindeki mali hakları devralan üçüncü kişinin eser üzerindeki tasarruflarla bağlı olduğunu belirtmektedir. GÖKYAYLA, 259. Bu halde, neredeyse ayni etkisi olan tam ruhsatların ruhsat sahibine sağladığı geniş men yetkileri, mali hakkı devralan için kullanılmaz hale getirirler. AYİTER, 209. Aslında sorun, lisans hakkının nisbi bir hak mı, yoksa mutlak bir hak mı olduğudur. Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, §2, II Yayın Sözleşmesinin Lisans Sözleşmesi ile Karşılaştırılması.

FSEK m. 27'de, 7.6.1995 tarihinde, yapılan değişiklik ile koruma süresi eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder. FSEK, genel menfaat mülahazasıyla, mevzuat ve içtihatlar ile (m. 31), nutukların (m. 32)[694] kullanımını serbest hale getirmiştir. FSEK m. 31 uyarınca, resmen yayımlanan veya ilan olunan, kanun tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi bir suretle bunlardan faydalanma serbesttir.

Bu bağlamda, bu tür eserler "serbest" eser haline geldiklerinden, herkes herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın söz konusu eserleri yayınlayabilir. Söz konusu hükmün zıt anlamından çıkan sonuç, eğer eser korunmuyorsa yayınlatanın sadece eser üzerinde yayın hakkının varlığından dolayı sorumlu olacağıdır. Böylece, yayınlatanın sorumluluğu daraltılmaktadır.

Örneğin A, hiçbir notu, kararı, atfı veya açıklamayı içermeden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun basımı konusunda B ile bir yayın sözleşmesi yapsa, A'nın B'ye karşı bu eser üzerinde telif hakkı bulunduğun ilişkin bir garantisi yoktur. Başkasının, mesela C'nin aynı metni bir diğer yayınlayana, mesela D'ye bastırıp yayınlatması halinde B, A'ya karşı hiçbir talepte bulunamaz[695].

C. YAYINLATANIN TEKEFFÜL BORCUNA AYKIRILIK HALİNDE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Yayınlatanın yayın hakkının varlığını tekeffül borcuna aykırılık halinde, doktrinde BK'da satım sözleşmesinde zapta karşı tekeffül hükümlerinin (BK m. 189 vd.) kıyasen uygulanacağını kabul edilmektedir[696]. Yayınlatan, yayınlayana eser üzerinde gerekli hukuki durumu sağlamakla yükümlüdür. Bu bağlamda, yayınlatan özellikle üçüncü kişinin eser üzerinde hak sahibi olarak bu hakkını ileri sürmesinden ve yayını engellemesinden dolayı sorumlu olacaktır[697]. Dolayısıyla, yayınlatan, eseri yayına vermeye yetkili olmaması ve

---

[694] FSEK m. 32'ye göre, "Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların haber ve malumat verme maksadıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımı serbesttir. Hadisenin mahiyeti ve vaziyetin icabı gerektirmediği hallerde söz ve nutuk sahiplerinin adı zikredilmeyebilir. Bu söz ve nutukları birinci fıkrada zikredilenden başka bir maksatla çoğaltmak veya diğer bir suretle yaymak eser sahibine aittir".

[695] TEKİNALP, 242.

[696] Bkz. BİLGE, 274; YAVUZ, 538; ZEVKLİLER, 354; FRANKO, 105; TROLLER, Kommentar, 34; PEDRAZZINI, 580-581; HILTY, Basler, 2078; BUCHER, 219; GİRİTLİOĞLU, 48 ve dn 13'de anılan yazarlar. Ancak, zapta karşı tekeffül hükümlerinin kıyasen uygulanması meydana gelen eserler açısından kabul edilmektedir. Henüz meydana gelmemiş, diğer bir ifadeyle gelecekte meydana gelecek eserler için eser sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanmasının daha yerinde olacağı belirtilmektedir. HILTY, Basler, 2078.

[697] PEDRAZZINI, 580.

korunan eserde bir telif hakkına sahip olmaması yüzünden kendisinin neden olduğu zararlar dolayısıyla yayınlayana karşı sorumludur[698]. Ancak, satıcının zapta karşı tekeffül yükümlülüğü ile eser üzerindeki ayıplardan dolayı sorumluluğu birbiriyle karıştırılmamalıdır[699].

Bu bağlamda, FSEK'deki mali hakların devrinde tekeffülü düzenleyen 53. ve 54. maddesi karşısında artık "zapta karşı tekeffül hükümlerinin" uygulama alanının kalmadığını, bu konudaki özel hükümlerin ve bu anlamda FSEK m. 53 ve 54'ün uygulanacağını da kabul eden yazarlar mevcuttur[700], ki kanaatimizce de bu yorum cismani varlığı olmayan yayın hakkının bünyesine de daha uygundur. Hakkın mevcut olmaması halinde, FSEK m. 53, BK'nın 169. ve 171. hükümlerine yollama yapmıştır. BK m. 169 alacağın temlikinde temlik edenin garanti sorumluluğunu, 171. madde ise bu sorumluluğun kapsamını belirlemektedir. BK m. 169 uyarınca "alacak bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını garanti etmiş olur. BK m. 171 uyarınca temlik eden, tekeffülden dolayı ancak faizleriyle birlikte almış olduğu karşılıktan ve bunun dışında da temlik masraflarıyla borçluya karşı yapılan semeresiz takip masraflarından sorumludur.

BK'nın bu düzenlemesini karşılayan TBKT m. 192 uyarınca ise, "devralan garanti ile yükümlü olan devredenden aşağıdaki istemlerde bulunabilir: 1. İfa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini, 2. Devrin sebep olduğu giderleri, 3. Borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri 4. Devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararlarını[701].

Zapta karşı tekeffül halinde ise BK m. 192 gereğince, alıcı sözleşmenin kendiliğinden sona ermesinden dolayı uğradığı menfi zararın yanında satıcının kusursuzluğunu ispat edememesi halinde, alıcının kar yoksunluğu gibi uğradığı müsbet zararların da tazminini talep edebilecektir[702].

BK m. 171 ve BK m. 192 irdelendiğinde, alacağın temlikinde, devredenin sorumluluğunun daha dar bir tarzda düzenlenmiş olduğu, bu anlamda devredenin kusursuzluğunu ispat etmedikçe, devralanın uğramış olduğu diğer zararlardan sorumluluğunun kapsam dışında bırakıldığı görülmektedir. Bu yüzden, doktrinde

---

[698] TROLLER, Kommentar, 34.

[699] Her ne kadar, yasada düzenlenmemiş olsa da, eserin ayıplı olmasından kasıt, yukarıda da belirtildiği üzere, özellikle yayınlatanın eserde belirli bir özelliği garanti ettiği halde, örneğin eserin ahlaka uygun bir eser olması gibi, meydana getirilen eserin bu özelliği taşımamasıdır. Bkz. HILTY, Basler, 2078; PEDRAZZINI, 581; TROLLER, Kommentar, 35.

[700] TUNÇOMAĞ, 1139-1140.

[701] TBKT ile devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe, devralanın uğradığı diğer zararlarının da sorumluluk kapsamına alınması satım sözleşmesindeki zapta karşı tekeffül hükümleriyle paralellik arz etmektedir.

[702] Bkz. YAVUZ, 89; TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 1988, 161.

ARSLANLI[703], mali hakların devrindeki tekeffül sorumluluğunun kapsamı açısından BK m. 192 hükmünden kıyasen yararlanılacağını ileri sürmektedir ki, kanaatimizce de bu fikir yayınlayanın korunması açısından daha yerinde bir çözümdür. Buna karşılık AYİTER, tasarruf konusunun niteliğine uygun bir biçimde düzenlenmiş olan FSEK m. 53 hükmündeki sorumluluğu genişleteceği için bu görüşü sakıncalı bulmaktadır[704]. Ancak, TBKT kabul edildiği takdirde bu konudaki tartışmalar önemini yitirecektir. Zira, TBKT m. 192 ile, alacağın temlikindeki sorumluluğun kapsamı zapta karşı tekeffül hükümlerine paralel bir düzenlemeyle genişletilmiştir.

Aslında alacağın temlikinde devredenin sorumluluğu ve satım sözleşmesinde zapta karşı tekeffülde sorumluluğun dayandığı temel, ortaktır. Her iki sorumluluk da bir "garanti sorumluluğu"dur. Alacağın temlikinde devredenin sorumluluğu, başta satım sözleşmesi olmak üzere bazı borç ilişkileri için yasaca öngörülmüş olan garanti sorumluluğunun özel bir halidir[705].

Alacağı devralmak isteyenin bu şekilde özel olarak korunmak istenmesinin sebebi, onun cismani varlığı olmayan bir malvarlığı değerini devralmak istemesi yüzünden karşı karşıya olduğu tehlikelerdir. Cismani varlığı olan bir malın alıcısından farklı olarak, elle tutulup, gözle görülen bir varlığa sahip olmayan alacak hakkını devralmak isteyen kişi, alacağı devredecek kişinin o alacağın varlığına ilişkin beyanlarına, alacağın içeriğine ilişkin iddialarına, satın almak istediği şeyi kontrol edebilen maddi bir şeyin alıcısı ile karşılaştırıldığında, çok daha fazla güvenmek zorundadır[706]. Gerek zapta karşı hükümler, gerekse ayıba karşı tekeffülü düzenleyen hükümlere bakıldığında, bu hükümlerin bir malvarlığı konusu üzerindeki hakkın, özellikle de maddi varlığı olan mallar üzerindeki hakkın (mülkiyet) hakkının devrine yönelik borçlandırıcı işlemler bakımından kaleme alındığı dikkati çekmektedir. Özellikle maddi ayıp denilen ve satım konusundaki maddi şeydeki bozukluklara ilişkin düzenlemeler (şeyi muayene ve ihbar külfetleri), alacak haklarının niteliği gereği söz konusu olamayacaktır[707]. Bu bağlamda, kanaatimizce de yayın sözleşmesi açısından da, yayınlatanın yayın hakkının varlığını tekeffül borcunda, tekeffül konusu "şey"in cismani bir varlığı olan somut bir mal olmamasından dolayı ve özellikle fikri hukuk açısından devredilen hakkın bünyesinden kaynaklanan özellikler dolayısıyla, satım sözleşmesindeki zapta karşı

[703] ARSLANLI, 183.
[704] AYİTER, 209-210.
[705] ENGİN İlkay Baki, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, 48.
[706] ENGİN, 56.
[707] Ancak, alacağı temlik edenin garanti sorumluluğuna ilişkin düzenlemeye ilişkin boşlukların doldurulmasında, satım ve bağışlamaya ilişkin garanti sorumluluğu hükümlerinden kıyasen yaralanmaya bir engel yoktur. ENGİN, 67 ve dn 45'de anılan yazarlar.

tekeffül hükümleri yerine alacağın temlikinde devredenin garanti sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması hem işin niteliği gereğidir, hem de FSEK sistemine uygundur.

Alacağı devredenin sorumluluğu da tıpkı ayıba ve zapta karşı tekeffül borçlarından doğan sorumlulukta olduğu gibi bir kusursuz sorumluluk halidir[708].

Ancak, alacağı devralanın alacağın varlığına ilişkin eksikliği bildiği ihtimalinde devredenin sorumluluğunun kendisine sağladığı haklardan zımnen feragat etmiş olduğu kabul edilmektedir[709].

D. YAYIN HAKKINI DEVREDEN KİŞİNİN DEVRE YETKİLİ OLMAMASININ SONUÇLARI

1. Devren İktisapta Eser Sahibinin veya Mirasçılarının Onayı

FSEK m. 49 ise "devren iktisap" nitelendirmesini, üçüncü kişilerin, bir mali hakkı veya kullanma ruhsatını eser sahibinden veya mirasçılarından iktisap etmiş olanlardan, yani ikinci elden devralmaları hali için kullanmıştır[710]. Devren iktisabın geçerli olması için eser sahibinin veya mirasçılarının yazılı onayı[711] gerekmektedir. Böylece, eser sahibi veya

---

[708] Ancak, acaba alacağın temlikindeki garanti sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler emredici nitelikte midir? Diğer bir deyişle taraflar, aralarında yaptıkları sözleşme ile "yasal garanti sorumluluğunun" aksini kararlaştırabilirler mi? BK'da her ne kadar bu konuda açık bir hüküm yoksa da, ayıba ve zapta karşı tekeffül borcuna ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olmamasına paralel bir şekilde, alacak hakkını devredenin sorumluluğunun da emredici nitelikte olmadığı, tarafların bu sorumluluğun kapsamını daraltabilecekleri kabul edilmektedir. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 260; OĞUZMAN/ÖZ, 949 vd.; ENGİN, 70.

[709] ENGİN, 120; İNAN Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, 405. Devralanın bu durumu biliyor olması halinde, garantinin sorumluluğunun söz konusu olmadığını kabul etmek mümkündür. ENGİN, 120; TUNÇOMAĞ, 1101; OĞUZMAN/ÖZ, 949 vd.

[710] Aslen iktisap konusundaki terminoloji sakıncası burada da vardır. AYİTER, 208. Zira, bir hakkın bir kişiden diğerine geçmesi halinde yeni hak sahibinin hakkı iktisap tarzı devren iktisaptır OĞUZMAN/BARLAS, 172. Bu bağlamda, FSEK'in aslen iktisap ve devren iktisap şeklinde nitelendirdiği iktisap tarzının ikisi de aslında Medeni Hukuk anlamında devren iktisaptır. YAVUZ, 534.
Ancak, buradaki terimlerin fikri hukukta kendilerine özgü bir anlam taşıdıkları ve Medeni Hukuktaki benzer terimlerle karıştırılmamaları gerektiği hakkında bkz. EREL, 269. Fikri hukukta yapılmış olan aslen iktisap ve devren iktisap ayırımı, tasarruf işleminde bulunan şahıslar bakımından yapılmıştır.

[711] Yazılı şeklin ispat şekli mi, yoksa geçerlilik şekli mi olduğu doktrinde tartışmalıdır. AYİTER, buradaki şeklin bir geçerlilik şekli olduğunu ileri sürerek, muvafakat beyanı yazılı değilse, mali hakkın aslen iktisap edenden, devren iktisap edenin malvarlığına geçmeyeceğini, ancak devir işlemi yapıldıktan sonra buna yazılı olmak şartıyla icazet verilmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir. AYİTER, 208. Buna karşılık ARSLANLI, yazılı muvafakati ispat şartı saymanın menfaatler durumuna daha uygun olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, hak ve ruhsat eser sahibinin veya mirasçılarının zımni muvafakatiyle da intikal edebilmeli ve bunların uzun süre kullanılmasına muhalefet etmemek de zımni muvafakat sayılmalıdır. Ayrıca sözleşme ve tasarruflarda geçerlilik şeklini düzenleyen FSEK m. 52 hükmünde yazılı muvafakatten söz edilmemiş olması, bunun ispat şartı sayıldığını gösterir. ARSLANLI, 184-185. EREL ise, eser sahibi veya mirasçılarının da devrettikleri bir hak veya ruhsatın tekrar devrine izin verirken, bunların kime intikal edeceğinin ve nasıl kullanılacağını düşünerek karar vermek durumunda olduklarını belirtirken, yazılı muvafakatin ispat şartı sayılmasının devren iktisabı zımni muvafakatle de mümkün kılacağını ve bu durumun hakkı bir defa iktisap edenin bunu dilediğince ve serbestçe devretmesi sonucuna götüreceğini gerekçe olarak

mirasçıları mali hakkın tedavülünü önleyebilir. Devir sözleşmesiyle mali hakkı devralan kişinin bunu başkasına devretmesini yayınlatan yasaklayabilir. Zira, devren iktisap eden kişinin yetkisi bu hakları kendisine devreden kişinin hakları ile sınırlıdır. Bu bağlamda devir veya ruhsata ilişkin sözleşmede başkasına devir hakkı öngörülebilir veya bu hak ayrı bir sözleşme ile açıkça verilebilir[712].

İkinci devrin böyle güç bir hale konmasının sebebi, her mali hakkın aynı zamanda manevi unsurlar da içermesidir. Dolayısıyla, mali hak üzerindeki her hukuki işlem, eser sahibinin kişiliğini yakından ilgilendirir ve bu itibarla eser sahibi ile devralan arasında güvene dayanan bir ilişkinin kurulmasına neden olur[713]. Fikri hukukta devir alınan bir mali haktan veya kullanma ruhsatından kural olarak sadece devir alan yararlanır. Zira, malvarlığına giren diğer hakların devrinden farklı olarak, mali hak veya ruhsatın devredilmesi eser sahibinin eserle alakasını kesmez ve onun eser üzerindeki manevi hak ve menfaatleri devam eder. Bu hak ve menfaatlerin gözetilmesi bakımından mali hak veya ruhsatı iktisap edenin kişiliği önem taşır. O yüzden hak veya ruhsatın iktisap eden tarafından bizzat kullanılması ve eser sahibi yahut mirasçıların onayı olmadan başkalarına devir edilememesi gerekir. Gerçi, manevi haklar himaye altındadır ve tecavüz halinde kanuni müeyyideler uygulanır. Ancak, bazı durumlarda manevi hakların ihlali bu müeyyidelerin uygulanmasını gerektirecek ölçüye varmasa bile, yine de eserin değerini zedeleyebilir; mesela eser çirkin bir baskı veya kapakla yayınlanmış, acemi bir ekip tarafından temsil olunmuş yahut akıcı olmayan bir üslupla tercüme edilmiş olabilir[714]. Eserini yayınlanmak üzere, tanınmış bir yayınlayana bırakan kimse, bu tanınmış yayınlayanın eseri çoğaltmasını ve yaymasını arzu eder. Tercüme hakkını iyi dil bilen ve titiz olan A'ya bırakan kimsenin, bu zatın kendisinin muvafakati olmaksızın, dili o kadar iyi bilmeyen ve daha az titiz olan B'ye devretmesi ihtimaline karşı korunması gerekir[715]. Nitekim devren iktisabın düzenlendiği FSEK m. 49/III, özel olarak işleme hakkının devrinde, devren iktisap eden kimse hakkında da eser sahibi veya mirasçılarının aynı suretle (yazılı muvafakat) muvafakatini şart koşmuştur[716].

Bu şekildeki ihlalleri gerçekleşme ihtimali, mali hak veya ruhsatın birden fazla devriyle eser sahibinin tanımadığı şahıslara intikali halinde daha fazladır. Kanun, bu

---

göstererek, buradaki şeklin "geçerlilik şekli" olarak kabul edilmesi gerektiği fikrini benimsemektedir. EREL, 270. Kanaatimizce de, mali bir hakkın veya ruhsatı devralan kişinin, anılan hakları devretmesi için eser sahibinin veya mirasçılarının vereceği onayın yazılı olması, onların hukuken korunması adına bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmelidir

[712] Bkz. HIRSCH, II, 229; EREL, 270. Krş. TEKİNALP, 216.

[713] HIRSCH, II; 229; EREL, 269.

[715] HIRSCH, II; 229.

[716] Buradaki onayın, işleme hakkını devralan kişinin "şahsına" da özel olarak verilmesi gerekir (EREL, 271).

sebeplerle, mali hak veya ruhsatı aslen iktisap eden kişilerin bunu serbestçe başkalarına devretmelerini caiz görmemiş ve eser sahibi veya mirasçılarının muvafakatine bağlamıştır[717].

Ancak, mali hak veya ruhsatın bizzat iktisap eden tarafından kullanılması, başkalarının emeğinden yararlanmaya ve bu anlamda yayınlayanın ifa yardımcısı kullanmasına engel değildir. Hatta, çoğu zaman yayınlayan işin görülmesi için yardımcı şahıs kullanmaya mecburdur. Ancak, yayınlayan bu halde ifa yardımcısının işlemiş olduğu borcun ifasına yönelik fiillerden genel hükümler (BK m. 100) uyarınca prensip olarak kusursuz da olsa sorumludur. Zira, ifa yardımcılarının borcun ifası amacıyla ve borcun ifası esnasında sebep olduklarından dolayı yayınlayanın sorumluluğu BK'da öngörülen bir kusursuz sorumluluk halidir. Bu bağlamda, çoğaltma ve yayma haklarını devralan yayınlayan, eserin basılması için bir başka matbaayla, dağıtılması için de bir dağıtım şirketiyle sözleşme yapabilir. Bu sözleşmeler mali hak veya ruhsatın matbaa yahut şirkete devri anlamına gelmez[718].

2. Onayın Verilmemesinin Sonuçları

Yukarıda açıklanan bütün bu hallerde eser sahibinin, hakkın tekrar başkasına devredilmesine muvafakat etmiş bulunması, işlemin geçerlilik şartıdır. Bu onay olmadan yapılacak tasarruf askıda hükümsüzdür: Eser sahibi icazet vermezse, tasarruf baştan itibaren geçerli hale gelecek, izin vermezse, tasarruf baştan itibaren geçersiz olacaktır. Suistimallere meydan vermemek için zımni izin veya icazet yeterli sayılmamıştır[719]. Ancak, doktrinde mali hak ve ruhsatın zımni icazetle de devir edilebileceğini kabul eden yazarlar mevcuttur[720]. Kanaatimizce, mali bir hakkın veya ruhsatı devralan kişinin, anılan hakları devretmesi için eser sahibinin veya mirasçılarının vereceği onayın, yazılı olması bir geçerlilik şartıdır ve bu onayın zımni olarak değil, açık olarak verilmesi gerekir. Zira, yukarıda da açıklandığı üzere, fikri hakkın bünyesinden kaynaklanan özel sebepler ve bu bağlamda eserle bağlantısı kesilmeyen eser sahibi veya mirasçıların menfaatleri de bunu gerektirmektedir. Yazılı şekil, eser sahibini veya mirasçılarını yeniden düşünmeye sevk edecektir.

Eser sahibi veya mirasçılarının devren iktisaba verecekleri muvafakat bir defaya mahsustur. Hak veya ruhsatın yeniden devri için her seferinde ayrıca muvafakat gerekir.

---

[717] ARSLANLI, 184; TOPÇUOĞLU Hamide, Fikri Haklar Ders Notları, Ankara 1964, 125-126.
[718] Bkz. ARSLANLI, 184; TOPÇUOĞLU, 125.
[719] HIRSCH, II, 229; EREL, 270.
[720] ARSLANLI'ya göre, hak ve ruhsat eser sahibinin veya mirasçılarının zımni muvafakatiyle de intikal edebilmeli ve bunların uzun süre kullanılmasına muhalefet etmemek de zımni muvafakat sayılmalıdır. Bkz. ARSLANLI, 184-185. Yine, TEKİNALP, devir sözleşmesi ile verilen iznin zımni de olabileceğini kabul etmektedir. TEKİNALP, 216.

Yoksa bir kere verilmiş muvafakatle devren iktisap olunan bir hak veya ruhsat üzerinde serbestçe tasarruf edilemez[721]. Aksi halde eser sahibi ile mali hak veya ruhsatı kullanan şahıs arasındaki bağ ortadan kalkar[722].

Devren iktisabın meydana gelebilmesi için hak üzerinde tasarruf edenin bu tasarrufa yetkili olması gerekir. Eser sahibi veya mirasçıların mali hakkın müktesip tarafından başkalarına devredilmesine rıza göstermemişlerse, devreden FSEK m. 54/I anlamında yetkisizdir. Bu halde hak, devredenin malvarlığında mevcuttur, fakat hakkı başkalarında devir yetkisi, eser sahibinin veya mirasçılarının onayına bağlıdır. Bu anlamda, devredecek olan kişinin tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır. Dolayısıyla, onay olmadan yapılan devir işlemi, yani tasarruf işlemi hakkı karşı tarafa geçirmez[723]. Zira, tasarruf işlemi hükümsüzdür. Karşı tarafın iyiniyetli olması da işlemi geçerli hale getirmez, yani devralan iyiniyetli olsa bile mali hakkı veya ruhsatı iktisap edemez. Kanunda belirtilen iyiniyet, tasarruf işleminde bulunanı, bunu yapmaya yetkili zannetmekten doğan sübjektif iyiniyettir[724]. Bu bağlamda FSEK, TMK'daki taşınır ve taşınmaz malların kazanılmasında sözkonusu olan iyiniyetin korunmasından farklı olarak devralanın sübjektif iyiniyetini korumamıştır

Yetkisiz devir halindeki tekeffül borcunun kapsamı, BK'nın "yetkisiz" temsil hükümlerine paralel şekilde düzenlenmiştir (BK m. 39). Dolayısıyla, yetkisi olmaksızın bir mali hak veya ruhsatı devreden kimse BK m. 39 uyarınca tasarruf işleminin hükümsüz olmasından doğan menfi zararını tazminle mükelleftir. Yetkisi olmayan kişi kusurluysa veya hakkaniyet gerektiriyorsa, -örneğin karşı taraf yetkinin bulunduğuna ve tasarruf işleminin geçerli olduğuna güvenerek mali hakkı kullanmak için büyük masraflara girmişse -mahkeme daha geniş bir tazminata hükmedebilir. Buradaki tazminat, müsbet zararın tazminine yöneliktir[725].

Devredenin (yetkisi olmayan kişi) bu sorumluluktan kurtulması, devralan kişinin kötüniyetli olduğunu, yani devredenin yetkisi olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiğini ispatlamasına bağlıdır. Bu halde devreden tasarrufun hükümsüz kalmasından doğan zararı ödemekten kurtulacaktır. Aksi halde, devreden kusursuz olsa bile, ispat yükünü yerine

---

[721] ARSLANLI, 189; EREL, 270-271. Aksi görüş AYİTER, 208. Ancak, bu hakları geçerli olarak ilk müktesipten devralan kimse, yani eser sahibi ve mirasçılarına göre üçüncü şahıs durumunda olan kimse, devraldığı hak üzerinde artık bir onay ya da icazete gerek kalmaksızın tasarruf edebilir. AYİTER, 208-209.

[722] ARSLANLI, 189; EREL, 270-271.

[723] AYİTER, burada devredecek olan kişinin hakkı başkalarına devir yetkisi olmadığını belirtmektedir.; AYİTER, 210.

[724] Tasarruf işleminde bulunan kişinin tasarrufa yetkili olmadığını bilmeyen ve gerekli özeni göstermiş olsa dahi bilemeyecek durumda olan, bilmesi gerekmeyen kişi TMK m. 3 çerçevesinde iyiniyetli kişidir. OĞUZMAN/BARSLAS, 161.

[725] HIRSCH, II, 232; AYİTER, 210; EREL, 273-274; TEKİNALP, 221.

getirmedikçe tazminat ödeme yükümlülüğü altındadır.

Yetki olmaksızın yapılan bir devirde, devreden hem devralana karşı, hem de eser sahibi veya mirasçılarına karşı şartları varsa haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme uyarınca sorumlu olabilir (FSEK m. 54/III). Haksız fiilden sorumlu olabilmesi için, haksız fiil sorumluluğunun şartlarının (BK m. 41) gerçekleşmesi ve özellikle devredenin kusurlu olması ve eser sahibi veya mirasçılarının bu kusurlu davranış dolayısıyla zarara uğramaları gereklidir. Şartları varsa, devralan işlemin geçerli olmadığını bilmesine rağmen hakkı veya ruhsatı kullanmışsa bu da bir haksız fiil teşkil edebilir[726] . Eğer sözleşmede açıkça devir yasaklanmışsa, devreden kişi devralana karşı sözleşmeye aykırılıktan dolayı da sorumludur. Bu halde, iki sorumluluk türü (sözleşmeden doğan sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu) birbiriyle yarışmaktadır.

Tasarruf işleminin geçersiz kalması sonucu, tarafların ifa ettikleri edimlerin sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca iadesi gereklidir (BK m. 61)[727].

V. ESERİN KISMEN VEYA TAMAMEN ÖNCEDEN YAYINLANMIŞ OLMASI HALİNDE YAYINLATANIN BİLDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

BK m. 373/III'e göre[728], eserin tamamı veya bir kısmı yayınlanmak üzere başka bir yayınlayana bırakılmış ya da yayınlatanın bilgisi altında yayınlanmış ise, yayınlatan, yayın sözleşmesinin kurulmasından önce, bunu karşı tarafa bildirmek zorundadır.

Anılan hüküm, BK m. 373/II'den farklı olarak, yayınlayanın ne telif hakkını ne de diğer haklarını garanti etmemekte, aksine kendisine sadece ticari işletme rizikosunu değerlendirme ve tahmin etme konusunda yardım etmeyi amaçlamaktadır[729]. Bu anlamda, söz konusu hüküm, fikri hukuk değil, borçlar hukuku sonuçları olan bir hükümdür[730].

Söz konusu hüküm sadece, eserin "yayınlanmış" olmasından bahsetmekte, yoksa daha önce yapılmış olan bir yayın sözleşmesinin neticesinde yayınlanamayan durumlardan söz etmemektedir. Bu bağlamda, sadece yayın sözleşmesinin kurulmuş olması BK m. 373/III'ün değil, yayınlatanın tekeffül yükümlülüğünü düzenleyen BK m. 373/II kapsamında

[726] AYİTER, 210; EREL, 274.
[727] EREL, 274.
[728] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 489/III'e göre, "Eserin tamamı veya bir bölümü yayımlanmak üzere başka bir yayımcıya bırakılmış ya da yayımlatanın bilgisi altında yayımlanmış ise yayımlatan, yayım sözleşmesinin yapılmasından önce, bunu karşı tarafa bildirmek zorundadır".
[729] HILTY, Basler, 2078-2079; HILTY, Immaterial, 549.
[730] HILTY, Immaterial, 549.

değerlendirilecektir[731].

Yayınlayanın, daha önce yapılmış yayınlar hakkında bilgi sahibi olmasında menfaati vardır. Zira, yayınlayan piyasaya hiç bilinmeyen, tanınmayan bir eseri sürmek ya da, eğer eser daha önce yayınlanmış ise bu eserin piyasada bıraktığı izlenimi bilmek istemektedir[732]. Bu bağlamda, genellikle yayınlayan "editio princeps" olarak da nitelendirilen, o eserin ilk bası, ilk defa kamuya sunulması önceliğine sahip olmak istemekte, böylece eserin ilk basısına sahip olmanın avantajlarından yararlanmak istemektedir[733]. Mesela, bir ressam bir posterini daha önce az veya çok sayıda taş basması ile kağıda veya tişörtlere bastırmışsa, aynı baskının şimdi renkli ipek baskısı konusunda bir yayın sözleşmesi yapıyorsa bunu yayınlayana bildirmelidir. Çünkü, ilk bası daha sonraki yayınlayan tarafından eserin ticari değerini etkileyici bir neden olarak değerlendirilebilir[734]. Başka bir ifadeyle, eserin ekonomik değeri, daha önce yayınlanmış olması yüzünden olumsuz etkilenmiş olabilir[735].

Yayınlatan, yayınlayana önceki yayını bildirmemişse, bu durumda yayınlatan, yayınlayan için önemli olan bir hukuki durumu gizlemiştir. Bu çerçevede, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olmasından dolayı, tipik bir "culpa in contrehendo"[736] sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu sorumluluk, temelini sözleşmenin kurulmasından önceki safhada söz konusu olan sözleşme müzakerelerinde bulmaktadır. Doktrindeki hakim fikir uyarınca culpa in contrehendo sorumluluk bir sözleşmesel sorumluluk olarak nitelendirilmektedir[737].

Culpa in contrehendo sorumluluğun bir uzantısı olarak, talep edilecek olan tazminat konusunda ortaya çıkabilecek olan ispat yükü ve zamanaşımı gibi sorunlarda da borçlar hukukunun sözleşmelere ilişkin genel hükümleri devreye girecektir[738]. Bu bağlamda,

---

[731] TROLLER, Kommentar, 35.
[732] TROLLER, Kommentar, 35.
[733] Bkz. HILTY, Basler, 2079; HILTY, Immaterial, 549; TROLLER, 100 JAHRE URG, 151.
[734] Yine, bir çeviri beş yıl önce yayınlanmış ve kitap tutulmamışsa, çevirmen aynı çeviriyi yeni bir çeviri gibi takdim etmemelidir. TEKİNALP, 242.
[735] BUCHER, 119-120.
[736] Temelini dürüstlük kuralında bulan ve "sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur" olarak nitelendirilen culpa in contrehendo, tarafların, sözleşme müzakereleri sırasında dürüstlük kuralı uyarınca birbirlerine zarar vermeme konusunda gerekli özeni göstermeme, birbirlerini aydınlatma yükümlülüklerinin ihlali, açıklanması gereken hususları açıklamama, yanlış bilgi verme şeklinde somutlaştırılabilir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 321 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 439, 975.
[737] TROLLER, Kommentar, 36; HILTY, Basler, 2079; SCHRICKER 222-223. Aksi görüş PEDRAZZINI, 581. PEDRAZZINI, anılan hükmün hem hukuki, hem de maddi ayıba karşı tekeffül yükümlülüğünü içerdiğini, dolayısıyla yayınlatanın yayına konu olan eser üzerinde daha önce başka bir yayınlayan lehine tasarrufta bulunmadığına ilişkin sorumluluğunun doğal olduğunu, üstelik eserin daha önce yayımlanmış olması halinde, bu durumu yayınlayana önceden bildirmediği takdirde yine yayınlatanın sorumlu olduğunu belirtmektedir. PEDRAZZINI'nin bu görüşü HILTY tarafından eleştirilmektedir. HILTY, buradaki sorumluluğun doktrindeki hakim fikir uyarına kabul edildiği üzere, bir culpa in contrehendo sorumluluk olduğunu ileri sürülmektedir. Bkz. HILTY, Basler, 2079.
[738] TROLLER, Kommentar, 36; HILTY, Basler, 2079. Culpa in contrehendo sorumluluğunun dayanağının

yayınlatan tarafından açıklama yükümlülüğünün ihlal edilmesinin sonuçları da, bu genel ilkelere göre belirlenecektir.Yayınlatan, kusurlu olmadığına ilişkin ispat yükümü altındadır. Tazminat talebi de, BK ve İBK m. 60 uyarınca, yayınlayanın önceki yayın sözleşmesini ve önceki yayımı öğrenmesinden ve zarar miktarını tayin etmesinden itibaren bir yıl içinde zamanaşımına uğrayacaktır. On yıllık zamanaşımı süresi ise, her koşulda yayın sözleşmesinin kurulmasından itibaren başlamaktadır. Zira, ancak bu andan itibaren, yayınlayan eserin bilinmeyen, tanınmayan bir eser olduğuna güvenerek, bir takım masraflara girişecek ve tedbirler alacaktır[739].

Bu sorumluluğun yanısıra, kanun koyucunun, eserin yayınını, sözleşmenin esaslı bir unsuru veya temeli olarak vurgulaması da önemlidir. İşte bu sorumluluğunun bir uzantısı olarak yayınlayan, sözleşmeyi "esaslı hata" mertebesine ulaşabilecek bir "temel hatası" (saik hatası) sebebiyle iptal edebileceği gibi, (BK m. 24/4) gerekirse yayınlatanın hilesine de (BK m. 28) dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir[740] ve sözleşmenin hükümsüz kalmasından dolayı uğradığı menfi zararın tazminini talep edebilir.

VI. YAYINLATANIN ESERDE DÜZELTME VE İYİLEŞTİRME YAPMA HAKKI

A. GENEL OLARAK

Eser üzerinde düzeltme ve iyileştirme yapma hakkı, hem eserin piyasadaki değeri hem de eser sahibinin ünü açısından son derece önemlidir. Zira, eserdeki gerek imla ve yazı hataları, gerekse aktüel gelişmelerin, değişikliklerin ve kaynakların esere eklenmemiş veya eserde işlenmemiş olması eserin kalitesini doğrudan doğruya düşüren etkenler arasındadır. Bu bağlamda, eser üzerindeki düzeltmeler ve iyileştirmeler hem eser sahibinin eser üzerindeki manevi haklarının bir uzantısı olarak karşımıza çıkmakta, hem de özellikle eserin güncelleştirilmesinde eseri ölü bir eser olmaktan kurtarmaktadır. Bu durum, hem yayınlatanın, hem de yayınlayanın menfaati gereğidir.

BK m. 377/I uyarınca, yayınlayanın çıkarlarını zedelememek ve onun sorumluluğunu arttırmamak koşuluyla, "yazar" eseri üzerinde düzeltme ve iyileştirme yapabilir. BK'nın bu

---

haksız fiil veya borca aykırılık olması gerektiği konusundaki tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 323 vd. TROLLER ve HILTY'e göre, özen yükümünün ihlal edilmesi halinde, özen yükümünü ihlal eden taraf İBK m. 97 uyarınca kusuru olmadığını ispat etmekle yükümlüdür. Zamanaşımı hakkında da İBK m. 60'ın uygulanmasının uygun olduğunu kabul etmektedirler.

[739] TROLLER, Kommentar, 36.

[740] TROLLER, Kommentar, 36; HILTY, Basler, 2079.

düzenlemesini karşılayan TBKT m. 493'e göre ise, düzeltme ve değişiklik yapma hakkı, "yazar"a veya genel anlamda yayınlatana değil, sadece "eser sahibi"ne tanınmıştır. Bunun bir uzantısı olarak da tasarıdaki anılan hükümle, "eser sahibinin halefleri"ne, sadece eserde güncelleştirme hakkı tanınmıştır. Tasarının gerekçesinde de, BK m. 377/I'den farklı olarak, eser sahibinin haleflerine de, aynı koşullar altında, eseri güncelleştirme hakkı tanındığı belirtilmiştir[741].

Böylece, tasarıdaki düzenlemeyle doktrinde bu konuda ortaya çıkan tartışmalar ve sorunlar giderilmeye çalışılmıştır[742]. Kanaatimizce de, kural olarak eserde düzeltme ve iyileştirme yapma hakkı, yayınlatana değil münhasıran eser sahibine aittir. TBKT ile eser sahibinin haleflerine tanınan, eserde güncelleştirme yapma hakkı da, eseri ölü bir eser olmaktan çıkarmak adına doğru bir çözümdür.

B. ESERDE DÜZELTME VE İYİLEŞTİRME YAPMA HAKKININ KAPSAMI

Eser üzerinde düzeltme ve iyileştirme yapma, içerik ve kapsam olarak çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

Eser üzerindeki "iyileştirme" (Verbesserung) hakkı ile kastedilen, eserde "değişiklik" yapma, "düzeltme" ise eserin gerek içerik gerekse biçimiyle ilgili olmayan imla ve yazı hatalarının düzeltilmesidir[743]. Eserde iyileştirme (değişiklik) yapma hakkının kapsamına eserin aktüel kaynaklarla güncelleştirilmesi girdiği gibi, eser sahibinin görüşlerinde değişiklik

---

[741] TBKT m. 493'ün gerekçesinde, "Genellikle ilim eserlerinde söz konusu olabilecek güncelleştirme hakkı, ancak eser sahibi tarafından kullanılabilen düzeltme hakkını kapsamamakla birlikte, onun haleflerine, meselâ, bir hukuk kitabındaki görevli mahkemeye veya değere ya da miktara ilişkin bilgileri, bunlarda bir değişiklik olması durumunda, yenileriyle değiştirme yetkisini verir. Bu yeni düzenlemeyle, eser sahibinin ölümünden sonra, mirasçılarının da eseri güncelleştirmek suretiyle, bu eserden doğan malî haklardan, gerektiği gibi yararlanmaları amaçlanmıştır" ifadelerine yer verilmiştir.

[742] Zira, düzeltme ve iyileştirme hakkının eser sahibi olmayan yayınlatana, bu anlamda eser sahibinin haleflerine ve özellikle mirasçılarında tanınıp tanınmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu tartışmaların temelinde yatan nokta ise, 1881 tarihli eski İsviçre BK'nın 379. maddesinde, değiştirme ve iyileştirme hakkının mirasçılara intikal etmeyeceğini hükme bağlayan düzenlemedir. Bunun temelinde yatan ise, iyileştirme ve düzeltme hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğu, dolayısıyla eser sahibinin kişilik hakkının bir parçası olan bu hakkın başkası tarafından kullanılamayacağı düşüncesiydi. Ancak, 1912 tarihli değişiklikten sonra, anılan hükümdeki yasak İBK'nın 385. maddesiyle kaldırılmıştır. Böylece, kanun koyucunun bu hakkın mirasçılara geçmesini engellemeye ilişkin görüşünü bıraktığı genel olarak kabul edilse de bu konuda aksi fikirde olan yazarların tartışmaları devam etmekteydi[742]. Doktrinde, sözkonusu maddenin geniş yorumlanıp, değişiklik yapma hakkının yalnız yazara değil, yazarın mirasçılarına ve diğer hukuki haleflerine de ait olduğunu kabul etmenin amaca uygun olduğu görüşü benimsendiği gibi (GİRİTLİOĞLU, 55), eser sahibinin mirasçısının bu hakkı kullanmasında; eser sahibinin ünü açısından bir zarar doğuracağı düşüncesinin de iddia edilemeyeceği kabul edilmekteydi. Zira, eser sahibinin mirasçılarının, murislerinin şöhret ve itibarına zarar verecekleri düşüncesi kabul edilmez. Kaldı ki, bu hakkın mirasçılar tarafından kullanılması, bizzat eserin, dolayısıyla eser sahibinin, ünü ve itibarı bakımından da gerekli olabilir. Zira, eser ilmi bir eserse veya eğitimle ilgili bulunursa, düzeltme ve iyileştirme, eserin aktüelliğini sürdürebilmesi ve dolayısıyla değerini koruyabilmesi için gereklidir. Bkz. FRANKO, 212.

[743] TROLLER, Kommentar, 53.

olması dolayısıyla eserinde değişiklikler, eklemeler, kısaltmalar, çıkartmalar yapması da girmektedir[744]. Yine, iyileştirme hakkının kapsamına, örneğin bir hukuk kitabına o sırada yürürlüğe giren kanun değişikliklerinin işlenmesi, yeni yayınlanan yazılı eserlerin ilave edilmesi, eserin bölümlerinin tamamen biçimsel olarak değiştirilmesi de girmektedir[745].

Düzeltme ve iyileştirme hakkı ancak 2 şekilde söz konusu olabilir:

1. Eserin ilk basısında, yayınlayan yayınlatana baskı provalarını vermek zorundadır. Eser sahibi, bu aşamada orijinal (özgün) metinde bulunan veya bulunmayan yanlışları düzeltme hakkına sahiptir. Hatta, eser sahibi yasal sınırlar içinde eserde değişiklik ve ek de yapabilir[746]. Yayınlayanın, baskı provalarını veya uygulamadaki adıyla aydıngerleri, düzeltme metinlerini, eser sahibine verme yükümlülüğü, bir yan edim yükümlülüğüdür[747]. Yayınlayanın bu yükümlülüğü yerine getirmeden eseri piyasaya sürmesi halinde, eser sahibi sözleşmeye aykırılıktan dolayı tazminat talep edebilecektir.

İBK ve BK'dan farklı olarak AYK, yazarın eseri değiştirme hakkı ile eserin düzeltilmesini ayrı ayrı hükümlerle düzenlemiştir. AYK §12, yazarın eseri değiştirme hakkını düzenlerken, AYK §20 "düzeltmeleri" ele almıştır.

Yayınlayanın eserin bir kopyasını düzeltme amacıyla yazara verme yükümlülüğü, AYK §20 de açıkça hükme bağlanmıştır. Anılan hüküm uyarınca, yayınlayan düzeltmeleri sağlamakla yükümlüdür. Yayınlayan, eserin bir kopyasını, uygun bir zamanda eseri tashih etmek için yazara sunmak zorundadır. Yazar, uygun bir süre içinde, bu kopyaya itiraz etmezse, kopyayı kabul etmiş sayılacaktır.

2. Eserin birden çok basısına ilişkin hak bir yayınlayana devredilmişse, eser sahibinin eserini her yeni basıya hazırlarken düzeltme ve iyileştirme hakkı vardır. Bu hak sadece eser sahibine tanınmıştır. Ancak, TBKT ile eserde sadece güncelleştirme yapma hakkı eser sahibinin haleflerine de tanınmaktadır[748].

---

[744] HILTY, Basler, 2089; FRANKO,218; GİRİTLİOĞLU, 53. Eğer kanaat değişikliği, iyileştirme hakkının kapsamını aşarak, eserin yayınlanmasına engel olacak düzeydeyse, bu noktada sözleşmenin sona ermesi de gündeme gelebilecektir. Kanaat değişikliği nedeniyle sözleşmeden cayma hakkı UrhG §42'de açıkça düzenlendiği halde, Türk ve İsviçre Hukuku'nda bu konuda herhangi bir hüküm yoktur. Ancak, her ne kadar bu konuda açık bir hüküm olmasa da, eser sahibinin manevi hakları, özellikle eseri kamuya sunma yetkisinin de eser sahibinin tekelinde olduğu dikkate alınarak kanaat değişikliğinin de bir haklı sebeple fesih sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Aynı yönde, HILTY, Basler, 2089. Aksi görüş, TROLLER, II, 696.
Ancak, eser sahibinin eser üzerindeki iyileştirme yapma talebi, ilk baskı esnasında yalnız eser sahibinin düşüncelerinde meydana gelmiş değişiklikler sebebiyle ortaya çıkarsa, o zaman iyileştirme hakkının kullanılması yayınlayanın çıkarlarının zedelenmemesi şartına bağlayan görüşler de vardır. FRANKO, 221; YARSUVAT, 151; DALAMANLI, 705. Ancak sonraki basılar için böyle bir şart söz konusu olamayacaktır.

[745] HILTY, Basler, 2089; SCHRICKER, 356.

[746] TEKİNALP, 243; GİRİTLİOĞLU, 53; SCHRICKER, 427; HILTY, Basler, 2089.

[747] SCHRICKER, 427.

[748] TBKT m. 493'in gerekçesinde, bu hükümle 818 sayılı Borçlar Kanununun 377. maddesinin ikinci fıkrasından

Yayınlayan, her yeni basıdan önce, BK m. 377/II uyarınca eser sahibine eseri iyileştirme imkanını vermek zorundadır. Yayınlayan bu yüzden ortaya çıkan masrafları karşılamak zorundadır[749]. Yayınlayanın bu yükümlülüğü, TBKT m. 493/2'de "yayınlayan, eser sahibine eserini iyileştirme, haleflerine de güncelleştirme olanağı vermeden yeni bir basım yapamaz ve onu çoğaltamaz" şeklinde hükme bağlanmıştır.

Alman Yayın Kanunu'nun §12/I uyarınca da, yayınlayan yeni bir bası yapmadan önce, değişiklik yapma imkanını yayınlatana tanımak zorundadır.

Bu bağlamda, yasa koyucu, yeni bir basının o zaman dilimi içinde ortaya çıkan yeni gelişmelerin ve tamamlamaların esere işlenmesi gerektiğini dikkate alarak, yayınlayana, yazara böyle bir imkan vermesi konusunda bir yükümlülük öngörmüştür.

Eser sahibinin eserini yeni basıya hazırlarken değiştirme ve iyileştirme hakkı, ilk baskıdaki provaları düzeltme hakkına göre çok daha kapsamlıdır. Eser sahibi, her yeni basımda eserini istediği gibi değiştirebilir. Bu hak özellikle bilimsel eserlerde daha da geniştir[750]. Zira, bilimsel eserlerin her yeni basısında eseri güncelleştirme ve böylece ortaya çıkan yeni sorunların ve çözümlerin ilavesi, bilimsel eserin niteliği gereği kaçınılmaz olduğu gibi, eserin sürümünün düşmemesi için de zorunludur.

Buna karşılık, edebiyat eserlerinde, bilimsel eserlerin aksine, eserin tüm basılarında ana metnin değiştirilmeden korunması gereklidir. Zira, aksinin kabulü yayınlayanın çıkarlarının önemli ölçüde ihlali anlamına gelecektir[751].

Yayınlayan, her yeni basıda, yayınlatana yeni bası konusundaki planını önceden bildirmek ve özellikle bilimsel eserlerde, aktüel değişikliklerin yapılması için uygun bir süre tanımak zorundadır. Yeni basıda, BK m. 377/I'den farklı olarak, yayınlayanın zorunlu olan değişikliklerin uyarlanmasına karşı çıkmasını gerektirecek ve itiraz hakkına temel teşkil edecek bir sebep yoktur. Zira, sözkonusu değişiklikler her şeyden önce genel olarak eser sahibinin kişilik hakkını ilgilendirmektedir. Ancak, yine de yeni basıda yapılacak olan değişiklikler, yayınlayanın çıkarlarını zedeliyor, diğer bir ifadeyle yayınlayanın sorumluluğunu arttırıyorsa, yayınlayanın itiraz edebileceği kabul edilmektedir[752].

Yayınlayan, yazara iyileştirme imkanı tanımadan, eserin yeni basısını yapmışsa,

---

farklı olarak, yayımcının, eser sahibinin haleflerine güncelleştirme olanağı vermeden, yeni bir basım yapamayacağı ve onu çoğaltamayacağı kabul edilmiştir

[749] TROLLER, Kommentar, 53.

[750] TEKİNALP, 243; SCHRICKER, 357 ; BUCHER, 220; GİRİTLİOĞLU, 55; TROLLER, Kommentar, 53; TROLLER, II, 907; HILTY, Basler, 2090; STRAUS, 321.

[751] SCHRICKER, 357. Krş. STRAUS, 321.

[752] HILTY, Basler, 2090.

yayınlayanın bu davranışı sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir[753]. Ancak, hemen vurgulanmalıdır ki, eser sahibinin manevi hakları yer alan, eseri umuma arz yetkisinin kapsamına, aynı zamanda, eserin sunulma tarzı da girmektedir. Dolayısıyla, eserin kamuya sunulma tarzını belirleyecek olan kişi kural olarak eser sahibidir[754] ve yayınlayan, eser sahibine eseri iyileştirme imkanı tanımadan yeni bası yapmışsa, aynı zamanda eser sahibinin telif hakkını da ihlal etmiş olacaktır. Aynı durum, yazarın yeni bası için düzeltme ve iyileştirme yapmayı hedeflemesi ve düzeltilmemiş metnin yeni bası olarak yayınlanmasına rıza göstermemesi, bu arzusunu da açıkça yayınlayana bildirmesine rağmen yayınlayanın eseri, eski hali ile basması durumunda da geçerlidir. Yine, telif hakkı ihlali, ancak yazarın

---

[753] Bkz. TROLLER, II, 912-913.

[754] Bu noktada, eser üzerinde düzeltme ve iyileştirme hakkının üçüncü kişilere tanınıp tanınamayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bu konuda BK ve İBK'da açık bir hüküm yoktur. Ancak, Alman Yayın Kanunu, "eserdeki değişikleri" düzenleyen 12. paragrafının 2. fıkrası ile açıkça "yazarın bu değişiklikleri üçüncü kişiye yaptırabileceği"ni hükme bağlamıştır. AYK'nın, yazara bu konuda izin vermesinin arkasında yatan hiç şüphesiz bir takım gerekçeler vardır. Bunların başında-, yazarın değişiklik yapma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlanan bir hak olmadığı yatmaktadır. Ancak, yasa eserin yazarın özgünlüğünü yansıtması ve onun tarafından meydana getirilmesinin şart olduğunu ve üçüncü kişi tarafından yapılacak olan değişikliklerin, eserin özgünlüğünü, temel özelliklerini kaybettirmemesi gerektiğini dikkate alarak, bu izni yazara bahşetmiştir. Yine yasa, üçüncü kişi tarafından yapılan işlemin, yazara tabi olarak, onun denetimi altında yapılan yardımcı bir fiil olarak gözönüne almış ve bu fiillerin yazar tarafından kabul edilmiş sayılacağını, bu yüzdendir ki değişikliği yapan üçüncü kişinin isminin yazarın isminin altında yer alabileceğini benimsemiştir. Ancak, yeni basılarda yapılan işlemler hakkında, işlemeyi yapan üçüncü kişinin yazar ve yayınlayan karşısında isminin, yazarın yanında yer alması konusunda bir talep hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Bkz. SCHRICKER, 360. Ancak, Alman literatüründe de, bunların "değişiklik" niteliğini aşıp yeniden işleme mahiyetinde olmaması ve fikri eserin dış biçiminin özdeşliğinin saklı kalması gerektiğini kabul eden yazarlar da mevcuttur. Bkz. GİRİTLİOĞLU, 54.

Türk ve İsviçre hukuk doktrini de, düzeltme ve iyileştirme yapma hakkının üçüncü kişilere tanınabileceğini kabul etmektedir. Eser sahibi, eserinin kimin tarafından düzeltilip iyileştirilebileceğini herkesten daha iyi seçebilir, böylece ortaya çıkabilecek tehlikeleri önleyebilecektir. Hatta, bazen özellikle, eser sahibinin hasta olması veya gaip olması halinde, söz konusu hakları bizzat kendisi kullanamayacaktır ki, böyle hallerde düzeltme ve iyileştirme haklarının üçüncü kişilere devredilmesi kaçınılmazdır. Bkz. FRANKO, 209-210 ve dn. 25'de anılan yazarlar.

Ancak, böyle durumlarda da, doktrinde yazara bir denetim yetkisi tanımanın doğru olacağı kabul edilmektedir. Gerek, eser sahibinin üçüncü kişiye yalnız düzeltme ve iyileştirme yetkisini tanındığı, gerekse üçüncü kişiye yayın hakkının devredildiği hallerde, eser üzerindeki manevi haklar eser sahibinde kaldığı için, eser sahibi eser üzerindeki manevi haklarını ihlal eden, kişilik haklarına aykırı nitelikteki değişikliklere engel olabilir. Bu bağlamda, bu işi üzerine alan kişinin işinin ehli olması ve hem yazarın, hem de yayınlayanın çıkarlarını zedelememesi gerekir. GİRİTLİOĞLU, 55.

Eser sahibinin haleflerinin kendilerine devredilmiş olan bu hakları üçüncü kişiye devredebilip devredemeyecekleri ise tartışmalı olmakla birlikte (Bu konudaki tartışmalar için bkz. FRANKO, 213), bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Eser sahibinin haleflerine böyle bir yetkinin tanınması halinde, bu yetkinin kullanılması eser sahibine ve esere zarar verebilecektir. Kanaatimizce böyle bir yetki sadece eser sahibine tanınmalıdır. Eser sahibinin menfaatinin, kişilik haklarının, eser üzerindeki manevi haklarının ve eserin değerinin korunması bunu gerekli kılmaktadır.

Üzerinde durulması gereken bir nokta da, eser sahibinden yayın hakkını devralan yayınlayanın düzeltme ve iyileştirme hakkına sahip olup olmadığıdır. Bu nokta da hemen şu belirtilmelidir ki, yayın hakkının kapsamı içinde düzeltme ve değiştirme hakkı yoktur. Dolayısıyla, kural olarak yayınlayanın böyle bir yetkisi yoktur. Ancak, doktrinde bu genel kuralın istisnaları kabul edilmektedir. Öncelikle, yayınlayan nüshada bulunan baskı hatalarını düzeltebileceği gibi, -eğer eserde özel bir önemi yoksa- eserdeki açık imla hatalarını da düzeltebilir. Yine, eser sahibi düzeltme ve iyileştirme hakkını yayınlayana açıkça devretmiş olabilir. Yayınlayan bu hakkın kapsamı içinde, sayıların düzeltilmesi, isimlerde değişiklik yapılması, istatiki bilgilerin kontrol edilmesi gibi işlemleri yapabilir. FRANKO, 216.

manüskrinin iyileştirilmiş ve düzeltilmiş halini yayınlayana önceden göndermesine rağmen veya sadece yeni bası için söz konusu olabilecek iyileştirme ve düzeltmeleri yayınlayana bildirmesine rağmen, yayınlayanın eski metni aynen basması halinde de uygulama alanı bulabilir[755]. Hatta, somut olayın şartlarına göre, eser sahibine bu hakkın tanınmaması, genel olarak eser sahibinin kişilik haklarının ihlali anlamına da gelebilir[756].

BK m. 377/II ve İBK m. 385/II sadece "iyileştirme hakkı"ndan bahsetmiş, ancak "iyileştirme yükümlülüğü"nden bahsetmemiştir. Dolayısıyla, eser sahibinin iyileştirme yükümlülüğü altında olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Doktrinde bu konu tartışmalıdır. HILTY, hem eserin ilk basısı için, hem de yeni basılar için böyle bir yükümlülüğün prensip olarak söz konusu olmadığını benimsemektedir. Hatta, tam aksine, yayınlayanın, telif hakkına ilişkin sebeplerden, özellikle "amacın gerektirdiği ölçüde geçirme" teorisinin uygulanmasından dolayı -bu hak saklı tutulmadığı sürece- eserin bir üçüncü kişi tarafından işlenmesi için, bu kişiyi istihdam etmeye yetkili dahi olmadığını vurgulamaktadır. Zira, eser sahibinin manevi hakları, yayınlayanın yeni basıda bir üçüncü kişiyi "işlemeci" olarak kullanmasını yasaklamaktadır. Ancak, yayınlayan yeni bası yapma hakkını elde etmişse, bu anlaşma ile güdülen amacın gerçekleştirilebilmesi için eserin yeniden gözden geçirilmesi ve işlenmesini gerekli kılabilir. Böyle bir durumda, eser sahibinin, örneğin yeni yapılan bir araştırma sonucuna rağmen, diğer bir ifadeyle objektif olarak eserin iyileştirilmesinin ve değiştirilmesinin zorunlu olduğu durumlara rağmen, dürüstlük kuralına aykırı olarak reddetmesi halinde, en azından yayınlayanın eserin bütünlüğünün korunması kaydıyla, eseri işlemesi için bir üçüncü kişiyi devreye sokabilmesinin mümkün olacağını kabul etmektedir[757]. HILTY, bu sonucun özellikle çeşitli yazarlara ait eserlerin birarada olduğu toplu eserlerde, örneğin "şerhlerde" kabul edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır[758]. Buna karşılık, TROLLER, iyileştirme yükümlülüğünün, eserin piyasada satılabilmesi için yeni gelişmelere uyarlanmasının zorunlu olduğu durumlarda dürüstlük kuralı uyarınca söz konusu olacağını benimserken, eser sahibinin kapsam ve türünü benimsediği değişiklikleri eser üzerinde yapmayı reddetmesi halinde, yayınlayanın bu değişiklikleri üçüncü kişiye

---

[755] Bkz. SCHRICKER, 357; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 143.

[756] STRAUS, 321; HILTY, Immaterial, 559. Eğer, yayınlayan sözleşmede sınırlı olarak, kendisine tanınan, bir üçüncü kişinin "işlemeci" olarak kullanılmasına ilişkin yetkisine dayanarak, bu hakkı kullanır, ancak böyle bir işleme, eserin şeklini ve içeriğini bozarsa, bu durum eser sahibinin manevi haklarını ihlal edecektir. Dolayısıyla, "iyileştirme"nin ne olduğu ve ne zaman eserin tahrip, deforme edildiği, bir dereceye kadar sübjektif kriterlere göre belirlenecektir. Ancak, eserin bir üçüncü kişi tarafından işlenmesinin rizikosunu yayınlayan taşıyacaktır. Yayınlayan için de, yeni bir basıdan vazgeçmekten başka çaresi kalmadığı zaman, içinde bulunduğu şartlar bu işlemeyi haklı kılabilecektir. HILTY, Immaterial, 559.

[757] HILTY, Basler, 2090; HILTY, Immaterial, 559-560.

[758] HILTY, Immaterial, 559-560.

yaptırma imkanının olmadığını, yayınlayanın sadece sözleşme yükümlülüğünün ihlal edilmesi yoluna başvurarak, buna bağlanan sonuçları talep edebileceğini belirtmektedir[759]. Kanaatimizce de bu görüş, fikri hukuka da uygun bir görüştür. Zira, eser üzerinde değişiklik ve düzeltme yapma hakkı, münhasıran eser sahibine aittir. Eser sahibinin bu manevi hakkının bir üçüncü kişi tarafından kullanılması, yalnız sözleşmeye aykırılık değil, telif hakkı ihlali de oluşturacaktır.

AYK §20 ile yayınlayanın düzeltmeleri yapması için eserin bir kopyasını yazara sunmak zorunda olmasına karşılık, yazarın yasa gereği düzeltmelerin yapılmasında sadece yetkili olduğu, ancak böyle bir yükümlülük altında olmadığı prensip olarak kabul edilmektedir. Yazarın böyle bir yükümlülüğünün ancak sözleşmede açıkça bu noktanın kararlaştırılmış olması halinde ortaya çıkabileceği benimsenmektedir. Ancak, yine İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi Alman Hukuku'nda da dürüstlük kuralından kaynaklanan istisnaların söz konusu olabileceği, özellikle sadece yazar tarafından yapılması gereken, uzmanlık gerektiren bir takım düzeltmelerin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir[760].

Kanaatimizce, eser sahibi, dürüstlük kuralına aykırı olarak bu değişiklikleri yapmaktan kaçınırsa, yayınlayan eserden beklediği ekonomik yararı alamayacağından, sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilmelidir. Zira, sözleşmenin ticari rizikosunu taşıyan yayınlayanın bu şartlar altında sözleşmeye devam etmesini beklemek dürüstlük kuralına da aykırı olacaktır.

C. DÜZELTME VE İYİLEŞTİRME YAPMA HAKKININ KULLANILMA SÜRESİ

BK m. 377 ve İBK m. 385/I, eserin yayınlayana teslim edildikten sonraki aşamada yapılacak olan düzeltme ve iyileştirmeleri düzenlemektedir. Dolayısıyla, eser yayınlayanın elinde olmadığı sürece veya eser, sözleşmenin konusunu oluşturacak şekle ulaşmadığı, bu biçimi karşılamadığı sürece, yayınlatan yayın sözleşmesi çerçevesinde eserde arzu ettiği değişiklikleri yapmakta özgürdür[761].

Eser, yayınlayana teslim edildikten sonra yayınlatanın gerek eserde düzeltme yapabilmesi, gerekse eserde iyileştirme yapma hakkını kullanabilmesi için, yayınlayan mümkün olan en kısa süre içinde baskı provalarını yayınlatana vermek zorundadır. Yayınlayan ayrıca eser sahibine, eserde düzeltme ve iyileştirme yapabilmesi için "uygun bir

[759] TROLLER, Kommentar, 53-54. Zürih Kommentarının eski basısında, SCHÖNENBERGER, yayınlayanın yayın sözleşmesini sona erdirme imkanı olduğunu, ancak burada bir "dönme"nin değil, "fesih"in söz konusu olduğunu belirtmişti. Ancak, bu çözüm de, sadece sözleşmeden kaynaklanan problemleri çözmekte, buna karşılık telif hakkına ilişkin sorunları halletmemektedir. Bkz. HILTY, Immaterial, 560.
[760] Bkz. SCHRICKER, 427.
[761] TROLLER, Kommentar, 53.

süre" tanımak zorundadır[762]. İBK ve BK'da sürenin ne kadar olacağı konusunda herhangi bir açıklık yoktur.

Yazara tanınması gereken iyileştirme ve düzeltme imkanı, özellikle süre açısından önemlidir. Zira, yazara tanınması gereken süre yeterli bir süre olmalıdır. Yazar, kendisine tanınan bu süre içinde eseri yeni değerlendirmelerine ve yorumlarına, o sırada oluşan genel duruma uyarlayabilecek durumda olmalıdır. Örneğin, bir hukuk kitabı, o sırada yayınlanmış olan aktüel kaynakları, yasa değişikliklerini ve bu konuda doktrindeki görüşleri de yansıtmalıdır[763].

Alman Yayın Kanunu'nun 12. paragrafının birinci fıkrasına göre, yazar çoğaltma faaliyetinin sonuna kadar eserinde değişiklik yapabilir[764].

Fransız Fikri Haklar Kanunu'nda da bu konuda açık bir hüküm yoktur, ancak, düzeltme ve iyileştirme hakkı ya sözleşme ile belirlenebilir, ya da sözleşmede bu konuda herhangi bir hüküm yoksa teamüle göre saptanır[765]. Türk Hukukunda hakimin her somut olayda, düzeltme ve iyileştirme hakkının ne zamana kadar kullanılabileceğini tespit edeceği ileri sürülmüştür[766]. Bu bağlamda, kanaatimizce söz konusu uygun süre, dürüstlük kuralı uyarınca, eserin niteliği, eser sahibinin içinde bulunduğu durum ve yeni gelişmelerin esere işlenmesinin gerektirdiği süre dikkate alınarak saptanmalıdır.

Buna karşılık yayınlatan kural olarak basımevi düzeltmelerini yapmakla yükümlü değildir. Buradaki düzeltmeler baskı sebebiyle ortaya çıkan hatalardır. İsviçre-Türk Hukukunda da yayınlayan eseri aynen çoğaltma borcunda olduğundan, gerekli basımevi düzeltmelerini de yapmak ya da basımevine yaptırmakla kendisi yükümlüdür. Bu doğrultuda, çoğaltılmış nüshaların asılla uygunluğunu sağlamak yayınlayanın işidir. Ancak, güç durumlarda, örneğin yabancı dilde yazılmış eser veya yollamalarda, karışık tablolarda veya el yazısının basılacak durumda olmaması hallerinde yayınlatan, yayınlayana yardımla yükümlüdür ve onun bu yardımı teamüle de uygun düşer[767].

Bu bağlamda, Alman Yayın Kanunu §20/I, açıkça düzeltmenin yapılıp yapılmadığını saptamanın yayınlayanın görevi olduğunu belirterek, yayınlayanın yazara baskı provalarını,

---

[762] TROLLER, Kommentar, 53; GİRİTLİOĞLU, 53.
[763] SCHRICKER, 357; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 143.
[764] Ancak, doktrinde, "çoğaltma işleminin sonuna kadar" tabiri ile bir basının tüm nüshalarının dağıtıma verilmeye hazır hale getirilmesi değil, yayınlayanın baskıya geçebilmesi için yapılması gereken teknik işlemlerin bitmesinin ifade edilmek istendiği belirtilmektedir. Bkz. SCHRICKER, 355; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 142.
[765] FRANKO, 229.
[766] TUNÇOMAĞ, 1143.
[767] OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 384, N. 3; BİLGE, 277; GİRİTLİOĞLU, 60; FRANKO, 155; HIRSCH, II, 252.

eserin revize edilmesi için uygun bir süre içinde göndermek zorunda olduğunu hükme bağlamıştır. Eğer yazar, uygun bir süre zarfında yayınlayana itirazlarını bildirmezse, baskı provaları onaylanmış sayılacaktır.

Ancak, ülkemizde de yayınlatanın gerek eserin aynen dizilmiş olup olmadığını okuyup denetlemesi, gerekse gereğinde değişiklik yapma hakkını kullanabilmesi için kendisine ayrıca baskı provası gönderilmesi ve ancak son prova arkasına "basıla, tamam" diye yazdıktan sonra formanın basılması yönünde bir teamül vardır[768]. Dolayısıyla, düzeltmeleri kontrol edebilmesi ve gerektiğinde var olan hataları yeniden düzeltebilmesi için uygulamada, eser sahibine baskı provası gönderilmektedir. Böylece, yayınlatan bu baskı provasıyla hataların ve kısaltmaların düzeltilmesini talep etme imkanına sahip olacaktır[769].

Ancak, AYK §20'de öngörülmüş olan çözüm tarzının bizde de uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle yazar, uygun bir süre zarfında yayınlayana itirazlarını bildirmezse, baskı provaları onaylanmış sayılmalıdır. Zira, eser sahibinin, eserde düzeltme ve iyileştirmeyi zamanında yapmaması yüzünden yayınlayanın çıkarları zedelenebilir. Örneğin, halka belirli bir yayın tarihi bildirilmiş olabilir veya gecikme yüzünden o arada aynı konuda başka bir kitap yazılmış olabilir. Birkaç ihtara rağmen, değiştirilmiş nüshayı gereksiz yere yayınlayana teslimde geciken eser sahibinin, eğer yayınlayan eseri değişiklik yapılmaksızın yayınlarsa, değiştirme hakkını ileri sürememesi gerekir[770].

D. DÜZELTME VE İYİLEŞTİRME YAPMA HAKKININ KULLANILMASININ SINIRLARI

Eser sahibi veya halefleri, düzeltme ve iyileştirme haklarını ancak yasal sınırlar çerçevesinde, kanunun buna imkan ve izin verdiği ölçüde kullanabilirler. Bu ölçü, "yayınlayanın çıkarlarını zedelememek ve onun sorumluluğunu arttırmamak"tır. Zira, yayınlayan, eser sahibinin iyileştirme veya düzeltme yapma hakkına ancak yayın çıkarları zedelenirse ya da sorumluluğu artarsa itirazda bulunabilecektir[771]. BK ve İBK'nın anılan hükmü, aynı zamanda eser sahibinin düzeltme ve iyileştirme yapma hakkının, istisnasını da oluşturmaktadır.

Yayınlayanın çıkarlarını zedelememek ve onun sorumluluğunu arttırmamak kriteri, her

[768] GİRİTLİOĞLU, 60; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 384, N. 3; BİLGE, 278; TUNÇOMAĞ, 597; FRANKO, 156.
[769] TROLLER, Kommentar, 48; BİLGE, 277; TUNÇOMAĞ, 1146; FRANKO, 155.
[770] GİRİTLİOĞLU, 53.
[771] TEKİNALP, 243; GİRİTLİOĞLU, 53; TROLLER, Kommentar, 53; HILTY, Basler, 2089.

şeyden önce eserin içeriğiyle ilgili değişikliklere atıfta bulunmaktadır, yoksa şekli değişikliklerin kural olarak yayınlayanın zararına olabilecek bir takım sonuçları yoktur[772].

BK m. 377 ve İBK m. 385/I, yayınlayanı sonradan yapılacak olan düzeltmeler ve iyileştirmelerin yol açacağı fazla masraflara karşı korumaktadır. Aynı zamanda, hüküm çoğaltma işleminin gecikmesine karşı da yayınlayanı korumayı hedeflemektedir[773].

"Yayınlayanın çıkarlarını zedelememek ve onun sorumluluğunu arttırmamak", kriteri her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir durumdur[774]. Ancak, yukarıda da vurgulandığı gibi, özellikle bilimsel eserlerde eser üzerinde iyileştirme yapılması kaçınılmazdır. Bu bağlamda, bilimsel eserlerde yapılacak olan iyileştirmeler, yayınlayanın çıkarlarını zedelese ve bu anlamda yayınlayana zarar verse de, eser sahibi gerekli iyileştirmeleri yapma hakkına sahiptir.

Bu çerçevede, yeni gelişmelerin ve olayların neden olduğu değişikliklerin gözardı edilmesi eseri olumsuz etkileyecekse (hukuk eserlerinde yasa değişiklikleri veya yeni bilimsel gelişmeler gibi) eser sahibi yayınlayan hesabına bunları işlemeye yetkilidir[775].

Alman Yayın Kanunu §12/2, eser üzerindeki değişikliklere ancak, bu durumun yayınlayanın haklı menfaatlerini ihlal etmediği takdirde izin verilebileceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla, yayınlayanın menfaatlerini ihlal eden her değişiklik, anılan hükmün kapsamı içinde değildir. Menfaat ihlali, nitelikli olmalıdır. Bu genel sorumluluk klozunun uygulanması, eser sahibi ve yayınlayanın menfaatlerinin tartılmasını zorunlu kılmaktadır. Menfaatler dengesinin kurulmasında, eser sahibinin manevi hakları da dikkate alınmalıdır. Hiç şüphesiz, eserin türünün de rolü vardır. Ne zaman eser üzerinde planlanan değişikliğin yayınlayanın haklı menfaatlerini ihlal edebileceği, sadece somut olayın koşullarının irdelenmesine bağlıdır. Öncelikle, eserin yayını beklenilmeyecek ölçüde geciktirerek, eserin sürümünü düşürecek olan veya eserin özel amacını boşa çıkaracak olan değişiklikler gözönünde bulundurulmalıdır[776]. Buna karşılık, eserde yapılan her değişikliğin zorunlu olarak bağlandığı masraflar, yayınlayan için red sebebi oluşturamaz. Dolayısıyla, yayınlayan üretim masraflarının düşürülmesindeki menfaatine dayanarak, bu değişiklikleri kabulden

---

[772] TROLLER, Kommentar, 53.

[773] TROLLER, Kommentar, 53.

[774] Doktrinde, yayınlayanın sorumluluğunu arttırmamaktan kastın, yayınlayanın eser sahibi ile aralarındaki sözleşmesel sorumluluğun değil, yayınlayanın üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğu olduğu belirtilmektedir. FRANKO, bu fikrin bir uzantısı olarak, buradaki sorumluluk hakkındaki taleplerin haksız fiillerle ilgili hükümlerle ilişkili olduğunu benimsemektedir. FRANKO, 222.

[775] TROLLER, II, 907.

[776] Bunun dışında yayınlayanın, yazarın yayınlayanın işletmesinin bilinen eğilimlerine ters düşen, belirli bir politik görüş veya bakış açısı etkisi altında yaptığı değişikleri geri çevirebileceği, kabul edilmektedir. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 143; SCHRICKER, 361; HILTY, Basler, 2089. Kanaatimizce, bu durum yayınlayanın sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilmesi için, önemli bir dayanak oluşturmaktadır.

kaçınamayacaktır[777]. Diğer bir ifadeyle, düzeltme ve iyileştirme hakkının kullanılmasında ortaya çıkacak olan masraflar, yasanın öngördüğü kriterler içinde kalmak kaydıyla, yayınlayan tarafından reddedilemeyecektir. Ancak, HILTY, eserin içeriğinde yayınlayanın konseptini bozan kaba değişikliklerin de yayınlayanın çıkarlarını zedelediğini benimsemektedir[778].

Yayınlayanın sorumluluğunu arttırmaması konusunda ise, genellikle değişikliklerin hukuka ve ahlaka aykırı unsurlar içermesi gösterilmektedir. Ancak, göreceli kriterlerde herhangi bir sınır öngörülemez. Özellikle, eser sahibinin sanatsal veya stile ilişkin değişikleri sadece kendi arzusuna bırakılmaktadır[779].

E. ÖNGÖRÜLMEYEN GİDERLERİN YAYINLATAN TARAFINDAN KARŞILANMASI

BK m. 377 ve TBKT m. 498 çerçevesinde, düzeltme ve iyileştirme hakkının gerektirdiği öngörülemeyen giderler, yayınlatan tarafından karşılanır. Bu hükmün zıt anlamından çıkan sonuç olağan giderlerin yayınlayan tarafından karşılanacağıdır. Bu yüküm sadece basılmakta olan eserler için sözkonusudur, yoksa sonraki baskılar için -sözleşmede aksi öngörülmemişse- eser sahibinin eserini değiştirme hakkı mutlaktır[780].

Özellikle, yukarıda da belirtildiği gibi bilimsel eserlerin, özellikle yeni basılarında iyileştirme hakkı zorunlu olduğu için, eser üzerindeki değişiklikler yayınlayanın çıkarlarını zedelese de, yayınlayan için öngörülmeyen giderlere yol açsa da, yayınlayan bu giderlere katlanmak zorundadır[781].

"Öngörülmeyen gider" kriteri ve miktarı belirlenirken, düzeltme yüzünden yapılan masrafların miktarı, eserin tamamı dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu konuda, doktrinde düzeltme giderlerinin, eserin toplam baskı masraflarının % 10 oranında aşması halinde öngörülmeyen giderin söz konusu olacağı kabul edilmektedir[782]. Zira, yazılı eserlerde bu tür düzeltmeler, belirli bir ölçüye kadar olağan, diğer bir ifadeyle öngörülebilir olarak kabul

---

[777] Eserdeki değişikliklerin yayınlayanın menfaatlerinin ihlal ettiği noktasındaki ispat yükümlülüğünün yayınlayanın üzerinde olduğu kabul edilmektedir. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 143; SCHRICKER, 361; HILTY, Basler, 2089.

[778] HILTY, Basler, 2089.

[779] HILTY, Basler, 2089.

[780] TEKİNALP, 243; GİRİTLİOĞLU, 55; TROLLER, Kommentar, 53; HILTY, Basler, 2090; SCHRICKER, 357-359.

[781] TROLLER, Kommentar, 53; TROLLER, II, 907; HILTY, Basler, 2090; SCHRICKER, 357-359.

[782] ULMER, 431; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 143-144; TROLLER, Kommentar, 53; HILTY, Basler, 2089; SCHRICKER, 362; FRANKO, 224.

edilmekte ve bunların masrafları sık sık hesaplanabilmektedir. Yayınlayan da, bu masraflar toplam baskı masraflarının % 10'nunu aşmadığı takdirde, bunları taşımakla yükümlüdür. Eğer, bu oranı geçen bir düzeltme söz konusu olursa, artık bunu yayınlayan değil eser sahibi üstlenecektir[783]. Dolayısıyla yayınlatan, ancak ya baskı masraflarının sözleşmede belirlenen oranı geçmeyen değişiklikleri ya da teamüle uygun olarak, yani baskı masraflarının ortalama olarak % 10'unun geçmeyecek şekildeki değişiklik ve düzeltmeleri yayınlayan aleyhine yapabilecektir[784].

Ancak, küçük hataların yanısıra, yazı veya baskı sırasında ortaya çıkan durumların gerekli kıldığı iyileştirmeler dolayısıyla -yeni bir kanunun kabul edilmesi veya yeni bir kitabın basılması gibi durumlarda- meydana gelen masraflar, öngörülmeyen masraflar grubu içinde kabul edilmemektedir[785].

Alman Yayın Kanunu §12/3 ise, yazar çoğaltma faaliyetinin başlamasından sonra eserde teamül gereği, alışılmışın üzerinde bir değişiklik yaparsa, bu yüzden meydana gelen giderleri yayınlayana ödemek zorundadır. Ancak, yazar şartların gerektirdiği veya haklı kıldığı değişiklikler için böyle bir gider ödemek zorunda değildir. AYK'nın anılan hükmü uyarınca yazarın eserde meydana gelen değişiklik masraflarını taşıması için gerçekleşmesi gereken bir takım şartlar vardır: 1. Çoğaltma işlemine başlanmış olması gereklidir. 2. Değişikliklerin kapsamı, alışılmışın dışında olmalıdır, meğer ki bu sırada ortaya çıkan şartlar, bu değişikliklerin yapılmasını haklı kılsın.

a) Eğer, yapılacak olan değişiklikler çok geniş kapsamlıysa, özellikle eserin büyük bir bölümüne ilişkinse, kural olarak alışılmış ölçü aşılmaktadır[786].

b)Ancak, yazarın masrafları üstlenme yükümlülüğü, yine hükümde öngörülen istisnai durumda düşmektedir. Bu istisnai durum, manüskrinin teslim edilmesinden sonra, bu sırada ortaya çıkan yeni koşulların geniş ölçekli, kapsamlı değişiklikleri haklı kılmasıdır. Bu tür koşullar, özellikle hukuki eserlerde kanun değişikliklerinde ortaya çıktığı gibi, hiç şüphesiz, yeni araştırma sonuçları ve yeni yayınlar da bu çerçevede değerlendirilmektedir. Zira, bu tür değişikliklerin, esere işlenmemesi, eserin sürümünün düşmesi tehlikesini de beraberinde getirecektir. Dolayısıyla, yeni koşulların ve değişikliklerin bu sırada meydana geldiğini yazar

[783] HILTY, Basler, 2089; SCHRICKER, 362; TROLLER, Kommentar, 53, TROLLER, II, 907.
[784] TROLLER, Kommentar, 53.
[785] FRANKO, 224. HILTY, örneğin eserin ilk basısında, hukuk kitaplarında belirtilen yeni bir hukuki görüşün, objektif ve zorunlu olarak öngörülen bir masraf olup olmadığının, somut olayın koşullarına bağlı olduğunu kabul etmektedir. Bkz. HILTY, Basler, 2089.
[786] Alışılmış ölçü de, yukarıda da belirtildiği gibi, yayın uygulamasında ve doktrinde toplam baskı masraflarının %10'unun aşılmamasıdır. Bkz. SCHRICKER, 362. ULMER, 431; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 143-144; TROLLER, Kommentar, 53; HILTY, Basler, 2089; FRANKO, 224.

ispatlamak zorundayken, bunun aksini yayınlayan ispat etmekle yükümlüdür[787]. Kanaatimizce, AYK'da kabul edilen bu kriterler Türk Hukuku açısından da yol gösterici nitelikte olmak kaydıyla benimsenmelidir.

VII. YAYINLATANIN BİRARADA BASIM VE AYRI AYRI YAYIN HAKKI

BK m. 378/I'e göre, aynı yazarın birbirinden farklı eserlerini yayınlama hakkı, onları birlikte (birarada) yayınlama hakkını vermez. BK m. 378/II'ye göre, aynı şekilde bir yazarın tüm eserlerini ya da eserlerinden bir kategoriyi yayınlama hakkı, bunların ihtiva ettiği çeşitli eserleri ayrı ayrı yayınlama hakkını kapsamaz[788].

BK m. 378/ İBK m. 386, aslında "amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisinin" uygulama alanının doğal bir uzantısıdır. Yayınlayan, inhisari olarak yetkili olduğu çoğaltma ve yayma hakkını ancak sözleşmede öngörülen şekilde ve kapsamda kullanabilir. Aksine bir anlaşma olmadığı veya yayınlayana telif hakkı, anılan hükümde bahsedilen hakkı da içerecek şekilde devredilmediği sürece, hükmün anlamından çıkan sonuç yayınlayanın eseri toplu basım yetkisinin olmadığıdır. Bu anlamıyla, BK m. 378/İBK m. 386, ilk etapta telif hakkına ilişkin değil, sadece sözleşmesel bir sınırlamayı içermektedir[789]. Yukarıda da vurgulandığı gibi, yayın sözleşmesinde yayınlayanın yasaklama yetkileri, kullanma yetkilerini aşmaktadır. Yayınlayan, sözleşmenin konusunu oluşturacak şekilde, yayınlatan veya üçüncü kişi tarafından eserin çoğaltılmasını ve yayılmasının her türünü yasaklayabilmekte, ancak kendisi eseri sadece sözleşmede öngörülen şekilde kullanmaya yetkili olmalıdır. BK m. 378 ve İBK m. 386, her bir eserin tek tek yayınlanarak kullanılması ile, birden çok eserin biraraya getirilerek kullanılmasını net olarak birbirinden ayırarak, her iki kullanım türünü de, biri diğerinin karşısında olacak, karşı karşıya gelecek şekilde belirlemiştir[790].

BK'da ifade edilen, bir eser sahibinin ayrı ayrı yayınlanmış olan birden çok eserini birarada yayımlaması FSEK m. 6/ 5 çerçevesinde "işlenme"dir. Zira, FSEK m. 6, "bir eser sahibinin bütün veya aynı cinsten olan eserlerinin külliyat haline konulması"nı işlenme olarak nitelendirmiştir. Yine FSEK m. 21'e göre, "işleme hakkı münhasıran eser sahibine aittir". Zira, işlenme hakkı eser sahibinin mali hakları arasında yer almaktadır. Dolayısıyla, aslında

[787] SCHRICKER, 362.
[788] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 494 uyarınca, bir eser sahibinin birden çok eserini ayrı ayrı yayımlama hakkı, yayımcıya bunların birarada basılması yetkisini vermez. Aynı şekilde, eser sahibinin bütün eserlerini veya bunlardan yalnız bir türünü birarada yayımlama hakkı, yayımcıya bunlar içinden her birini ayrı ayrı basıp yayma hakkını vermez.
[789] HILTY, Basler, 2091; TROLLER, Kommentar, 56.
[790] TROLLER, Kommentar, 56. Krş. SCHRICKER, 235.

BK m. 378/I'de, FSEK'te düzenlenen bu kural başka bir şekilde, daha doğru bir deyişle ters yönden ifade edilmiştir. Bu çerçevede, BK m. 378/I uyarınca, bir yayınlayana, bir eser sahibinin birden çok eserini ayrı ayrı yayınlama hakkının verilmiş olması, yayınlayana bu eserleri birarada basma hakkı, FSEK'teki teknik nitelendirmeyle "külliyat" yapma hakkını vermez. Zira, külliyat yapma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Ancak, bu hüküm emredici bir hüküm değildir. Taraflar aralarında yaptıkları sözleşmeyle bu hükmün aksini kararlaştırabilirler. Bu doğrultuda, yayınlatan "eser üzerinde külliyat yapma" şeklindeki işleme hakkını yayınlayana tanıyabilir, devredebilir. Ancak, külliyat yapma hakkının eser sahibinde kalması ve eser sahibinin bu hakkı kullanma yetkisine sahip olması, eser sahibinin yayın sözleşmesi çerçevesinde yayınlayana zarar verebileceği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, eser sahibinin bu hakkı, yayınlatanın yayınlayanın zararına tasarruflardan kaçınma borcu sınırları içerisinde değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle, külliyat yapma borcu, eser sahibine, yayınlayanın zararına tasarruflardan kaçınma borcunu ihlal etme yetkisi sağlamaz. Mesela bir yazar üç öyküsünü bir yayınevine bir yayın sözleşmesiyle bırakmışsa, yayınlayanın yapmaya hakkı olan basılar bitmedikçe bu üç öyküyü yeni öykülerden oluşan bir kitabına koyamaz[791].

Zira, yukarıda da ifade edildiği gibi, BK m. 374/I'e göre, yayınlayanın yapma hakkına sahip olduğu basılar bitmedikçe, yayınlatan, eserin tamamında veya bir kısmında yayınlayanın zararına tasarrufta bulunamaz. Bu doğrultuda, eser sahibi külliyat yapma hakkını ancak, yayınlayanın yapma hakkına sahip olduğu basılar bittiğinde, yani perakendecilerde de eserin basısı tükendiğinde kullanabilecektir. Bu yükümlülük, taraflar arasında kurulan yayın sözleşmesinin amacından doğan ve özel güven ilişkisinin uzantısı olan menfaatler dengesinin bir gereğidir.

Yayınlayana külliyat yapma hakkının tanınmamış olmasının bir izdüşümü de, yine anılan maddede hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda, eser sahibinin bütün eserlerini veya bunlardan yalnız bir türünü bir arada yayımlama hakkının yayınlayana tanımış olması, kendisine bunlar içinden her birini ayrı ayrı basıp yayma hakkını vermez. Doktrinde bu hükmün amacına uygun bir biçimde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Bir yayınlayan, bir yazarın eserlerini toplu olarak yayınlama hakkına sahipse, eserlerin nitelikleri ve hacimleri elvermediği takdirde bunları tek cilt halinde yayınlamak zorunda değildir. Başka bir deyişle, anılan hükümler, yayınlayanın, sadece pratik ihtiyaçlardan dolayı tek bir eseri gerektiğinde birden fazla cilde veya bölüme ayırarak yayınlamasını engellememektedir. Eser sahibinin

[791] TEKİNALP, 241; HILTY, Basler, 2080.

birden fazla eserini birarada yayınlayacak olan yayınlayanın, bu eseri de ciltler halinde satışa sunup sunamayacağı, somut olayın koşullarına bağlıdır[792].

Mesela Melih Cevdet Anday'ın bütün şiirleri tek kitap halinde getirilebilir; buna karşılık Yaşar Kemal'in bütün romanlarını bir ciltte toplamak olanaksızdır. Eserler bir değil birkaç -hatta bir çok- cilt olarak verilecekse, ciltler düzenli aralıklarla çıkmalı, yani öngörülen sürede, yayın sözleşmesinin konusunu oluşturan eserlerin tümü yayınlanmış olmalıdır. Yoksa, yayınlayan tutunan birkaç veya bir eseri yayınlayarak edimini ifa etmiş sayılmaz, yükümünden kurtulmuş olmaz[793].

Yayınlatan, aynı zamanda BK m. 378 ve İBK m. 386 uyarınca, yetkileri birbirinden ayırarak, bir yayınlayana eserin tek olarak basılma yetkisini verirken başka bir yayınlayana eserin diğer eserlerle birlikte yayınlanması yetkisini veya bunun tam tersini de tanıyamaz. Zira, yayınlayanın yayınlatana karşı, eserin çoğaltılması ve yayılmasına ilişkin yasaklama yetkisi vardır[794].

Tek bir eserin veya külliyat şeklindeki eserlerin herbirinin, piyasaya dağıtımında, eser sahibinin menfaati üzerinde hem maddi hem de manevi birtakım etkileri vardır. Külliyat, toplu eserlerden farklıdır. Külliyatlarda, genellikle piyasada pek rağbet görmeyen eserlerin satılmasını sağlamak için, bu eserler piyasada bilinen ve tutulan önemli eserlerle birlikte biraraya getirilmektedir. Böylece, pek rağbet görmeyen, piyasada tutunamayan eserlerin sürümü artmakta, zaten bilinen eserlerin ise sabit kalmaktadır[795]. Uygulamada özellikle müzik yayını sözleşmelerinde bu tür yöntemlere başvurulmaktadır. Böylece, aynı sanatçıya veya müzisyene ait eski ve yeni parçalar, kaset veya müzik CD'sine, satış grafiği yüksek, uygulamadaki ismiyle adeta "klasikleşmiş" veya "çok tutulmuş" olan parçalarla birlikte, sönük kalan, tutulmayan parçalar biraraya getirilerek piyasaya sunulmaktadır. Yayınlayanın veya müzik yapımcısının amacı, satış grafiğini yükseltmektir. Ancak, eser sahibi her zaman yayınlayanla aynı amacı paylaşmamaktadır.

Aslında eser sahibi, eserlerinin tümünün basılmasından memnun olabilir, ancak piyasada tutulmayan, kötü eserlerinin geçmişte kalmasını isteyen ve bu eserlerin iyi eserleri de olumsuz etkilemesinden korkan eser sahipleri de mevcuttur. Ancak yayınlatan, sözleşmenin

---

[792] HILTY, Basler, 2091; TROLLER, Kommentar, 56; SCHRICKER, 238; TEKİNALP, 245.
[793] TEKİNALP, 245.
[794] Eğer, eser sahibi veya halefleri aynı zamanda iki yayınlayana birden, birine eserin tek olarak basılmasını, diğerine eserin toplu olarak basılması yetkilerini tanımak istiyorlarsa, yayın hakkını inhisari bir yetki olarak bölemeyecekleri için, sadece birine yayın hakkını tanıyacak, diğerine de ilkinin iznini alarak bir lisans hakkı tanıyacaklardır. Bkz. TROLLER, Kommentar, 56. SCHRICKER, bu konuda, ilk tanınan yayın hakkından, külliyat yapılması hakkının ayrılabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. SCHRICKER, 240. Kanaatimizce, bu durum yayınlatanın kaçınma borcu kapsamında değerlendirilmelidir.
[795] TROLLER, Kommentar, 55.

kurulması aşamasında bazen bunları düşünemez. İşte, BK m. 378/ İBK m. 386 de bu önemli boşluğu doldurmaktadır[796].

AYK §4 de, BK m. 378'e paralel bir hüküm içermektedir. Ancak, AYK'nın söz konusu hükmünde, BK m. 378 ve İBK m. 386'da belirtilenlerin dışında, yayınlayanın eseri, çeşitli yazarlara ait eserlerin biraraya getirildiği seçme ve toplama eserlerde ve özel baskılarda da kullanma yetkisine sahip olmadığı belirtilmektedir. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, yayınlayanın İsviçre ve Türk Hukuku'nda da, eser sahibinin izni olmadan, yayına verilmiş olan eseri, farklı yazarlara ait eserlerle biraraya getirme yetkisi yoktur[797]. Bu durum, FSEK uyarınca korunan eserler için aynı zamanda, eser üzerinde telif hakkının bulunmasından da çıkarılmaktadır. Ancak, örneğin masallar gibi korunmayan eserler için, yayınlayanın, aksine bir anlaşma olmadığı sürece bu eserleri toplu olarak yayınlama yetkisinin olduğu kabul edilmektedir[798]. Aynı şekilde, AYK §4, herhangi bir kişinin, eserin koruma süresi devam ettiği sürece, eseri hükümde belirtilen şekillerde kullanmaya yetkili olması halinde, yayınlayanın da bu konuda aynı şekilde izinli olduğunu kabul etmektedir. AYK'nın ilgili hükmü, yayınlayana bırakılan eserin çoğaltılması ve yayılması konusundaki mutlak hakkına getirilen bir sınırlamayı içermektedir. Zaten hükmün kenar başlığı da "yayın hakkının sınırlanmasıdır". Sözkonusu hüküm, aynı eser sahibine ait eserlerin birarada yayınlanması, toplama eserler ve özel baskıların sadece biçimsel olarak değil, nitelik ve içerik açısından da, eserin yayın hukukundaki farklı kullanım çeşitleri olduğundan hareket etmektedir. Bu anlamda, yayın hakkı, hakkın konusuna olan etkisi açısından bölünmektedir. Şüphe halinde de, yasal hüküm uyarınca bölünecektir. İlgili hüküm, yayınlayanı, eseri yayın sözleşmesinde kararlaştırılan şekilden başka bir şekilde basılmaktan kaçınma yükümlülüğü altına sokmuştur. Ancak, Almanya'da, aynı durum onlarca yıldan beri değişmeyen müzik yayını uygulaması açısından kabul edilmemektedir. Zira, müzik yayınında, yayınlayan veya müzik yapımcıları, büyük müzik eserlerinin daha iyi dağıtılması ve piyasaya sunulması için, bu eserleri tek tek bölümlere ayırarak çoğaltma ve basma hakkına sahiptirler. Müzik piyasasındaki bu uygulama, AYK'ya hakim olamamıştır. Çünkü, o zamanlar yazarların ve bestecilerin aynı menfaatlere sahip oldukları kabul edilmekteydi. Dolayısıyla, müzik yapımcısı, bu yasal hükümden kurtulmak için, bu yasaklamaları aralarında yaptıkları sözleşmelerle kaldırmaktadırlar[799].

Ancak, AYK §4'te saptanan yayınlayanın haklarına getirilen sınırlamalar, yazarın hukuki durumunun genişlemesi anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, yazarın yayınlayanın

[796] TROLLER, Kommentar, 55-56.
[797] HILTY, Basler, 2091; TROLLER, Kommentar, 56.
[798] HILTY, Basler, 2091; SCHRICKER, 239.
[799] SCHRICKER, 235.

zararına olacak tasarruflardan kaçınma yükümlülüğüne, bu anlamda da halel gelmemektedir[800].

Eğer, yayınlayan, BK m. 378'e aykırı hareket ederse, telif hakkı ihlaline ilişkin sonuçlar devreye gireceği gibi, bu durum aynı zamanda sözleşme ihlali de teşkil edecektir[801].

VIII. YAYINLATANIN ÇEVİRİ HAKKI

BK m. 379 uyarınca, aksine anlaşma olmadıkça, tercüme hakkı münhasıran yazarda ya da haleflerinde saklı kalır[802]. Aslında sözkonusu hüküm, yayın sözleşmesinde uygulama alanı bulan "amacın gerektirdiği ölçüde geçirme" teorisinin bir yansımasıdır[803]. Yukarıda da belirtildiği üzere, yayın sözleşmesiyle yayınlayana devredilen haklar, aksi kararlaştırılmamışsa, sadece sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesi için gerekli olan haklardır ve anılan teori uyarınca yayınlayana devredilen haklar "dar" yorumlanmalıdır. Bu bağlamda, sözleşmenin amacının gerektirdiği haklar, "çoğaltma" ve "yayma" hakları ve bu hakların kullanılabilmesi için zorunlu olarak gerekli olan eserin kamuya sunulması hakkı, umuma arz yetkisi olan eser sahibinin manevi hakkıdır. Belirtilen hakların dışında kalan ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun eser sahibine tanımış olduğu tüm mali ve manevi haklar eser sahibinde kalmaya devam edecek ve eser sahibi yayın sözleşmesinin sınırları içinde bu haklar üzerinde her türlü tasarrufu yapabilecektir.

BK'da böyle bir düzenleme yer almamış olsaydı bile aynı sonuca FSEK'in açık hükümleriyle de ulaşılabilirdi. Zira, çeviri hakkı da, tıpkı "külliyat yapma hakkı" gibi, FSEK m.6/1 çerçevesinde eser sahibinin mali hakları arasında yer alan bir işlemedir ve FSEK m. 21 doğrultusunda da, bu hak eser sahibine aittir. Diğer bir ifadeyle, çeviri hakkı da taraflar aksinin kararlaştırmamışlarsa eser sahibinde kalmaya devam edecektir. Eğer, yayınlatan eser üzerindeki çeviri hakkını, diğer bir ifadeyle işleme hakkını yayınlayana devretmek istiyorsa, bu durum açıkça yayın sözleşmesinde belirtilmelidir. Bu düzenleme, FSEK m. 52 çerçevesinde devredilecek olan mali hakların açıkça ve ayrı ayrı yazılı olarak belirlenmesi gerekliliğini düzenleyen hükme de paralel bir hükümdür. Zira, eser sahibi, eseri üzerindeki çeviri hakkını yayınlayan dışında bir üçüncü kişiye de devredebilir.

---

[800] SCHRICKER, 240.

[801] Bkz. SCHRICKER, 240, ULMER, 444.

[802] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 495 uyarınca, çeviri hakkının yayımcıya geçebilmesi, bunun sözleşmede açıkça belirtilmiş olmasına bağlıdır.

[803] Her ne kadar İBK ve BK'nın ilgili hükmü, sadece "çeviri" hakkından bahsetse, "diğer işleme haklarından" bahsetmese de, aslında bu sonuca- aksi kararlaştırılmadığı sürece, amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisinden de ulaşabilmek de mümkündür. Bkz. HILTY, Basler, 2092. Yine, aynı sonucu FSEK m.6'nın açık hükmü de desteklemektedir.

Bu çerçevede, BK'nın çeviriye ilişkin hükmü, aslında öncelikle korunamayan eserler için bir anlam taşımaktadır. Bu hükmün de sadece borçlandırıcı bir etkisi vardır[804].

Eser üzerindeki çeviri hakkının kullanılması, çevirisi yapılan eserin çoğaltılması ve yayılmasını da kapsamaktadır. Alman Yayın Kanunu §2/II de, yazarın, eserin başka bir dile veya şiveye çevrilmesine ilişkin yayma ve çoğaltma hakkını saklı tuttuğunu hükme bağlamıştır. Dolayısıyla AYK, BK ve İBK'dan farklı olarak, "şive"yi de "çeviri" gibi ele almıştır[805]. İsviçre Hukuku açısından da "şive"nin tercüme hakkı kavramı içinde kabul edilmesi gerektiği yorumu yapılmaktadır[806].

BK m. 379 ve İBK m. 387, yayın hakkının, sözleşmenin konusunu oluşturan cisimleşmiş şeklinin, sadece çoğaltma ve yayma hakları üzerindeki kullanım ve yasaklama etkilerine dayanmasına ilişkin genel ilkenin, bir uygulama biçimidir. Bunun dışındaki diğer tüm yararlanma çeşitleri, yayınlatanın kullanımına açıktır[807].

Ancak, yayın uygulamasında, tarafların açıkça sözleşmede bunun aksini kararlaştırdıkları görülmektedir. Yayınlayan, çoğunlukla, kendisi tarafından yayınlatana 1sunulan sözleşmede, çeviri yetkisi üzerindeki tüm tasarruf yetkisini almayı planlamaktadır. Bazen de sadece, çevirisi yapılan eser üzerinde kendisine yayın hakkının tanınmasını tasarlamaktadır. Ancak, yayınlayan öncelikle, İsviçre'de olduğu gibi birden fazla dilin konuşulduğu ülkelerde, eserin bu konuşulan dillerden birine çevrilmiş şeklinin derhal veya yakın bir süre içinde piyasaya sunulmasının, asıl nüshaya ilişkin sürümü olumsuz etkilemesinden korkmaktadır. Buna ilave olarak, yayınlayan henüz hiç tanınmayan veya az tanınan eser sahiplerinin, eserlerini piyasaya tanıtarak kar elde etme fikrini taşıdığından, bunun için de eserin çeviri hakkını elde etmenin şart olduğunu ileri sürmektedir. Böylece, yayınlayan, çeviri hakkının kullanılmasıyla elde edilecek gelirde pay sahibi olacaktır. Bazen de yayınlayan, yayın sözleşmesinin kurulduğu sırada, başka bir yayınlayanın, eserin başka bir dile çevrilmiş haliyle ilgilenmesini sağlar. Yayınlayanın bu düşünceleri, dikkate değerdir. Zira, yayınlayan, sözleşmede çeviri hakkına ilişkin maddeler üzerinde iyi düşünüp, kendisi için içinde bulunduğu özel koşulların, çeviri yetkisi üzerinde serbestçe tasarruf yetkisine sahip olmasını haklı kılıp kılmayacağı, kendi menfaatine uygun olup olmayacağı konusunda

---

[804] Dolayısıyla, korunmayan eserler açısından, yayınlayanın çeviri hakkının yasaklanması halinde, bu yasaklamanın diğer dil ilgili eserlere dönüştürülmesini de engelleyeceği gibi bir sonuç, sadece BK'nın ilgili hükmünden -telif hakkı dışında- çıkarılamaz. Bkz. HILTY, Basler, 2092.

[805] TROLLER, Kommentar, 57.

[806] Bkz. TROLLER, II, 904-905.

[807] TROLLER, Kommentar, 57. Ancak uygulamada nerdeyse istisnasız bir şekilde, çeviri hakkı yayınlatan tarafından devredilmektedir. HILTY, Basler, 2092.

doğru bir değerlendirme yapmak zorundadır[808] .

IX. YAYINLATANIN BEDAVA NÜSHA ALMA HAKKI

Çok eski zamanlardan beri, kitap yayınında, çoğaltma işleminin bitmesinden sonra, yayınlayanın yayınlatana eser nüshalarından bazılarını ücretsiz olarak, kendi kişisel kullanımı için veya armağan etmesi amacıyla vermesi teamül uyarınca kabul edilmektedir. Bu bağlamda, yasa da, bu ihtiyacın bir uzantısı olarak, aksi kararlaştırılmadığı sürece, yayınlayanın bedava nüsha vermesini yasal bir yükümlülük olarak öngörmüştür. Bu durum, aslında yayın sözleşmesinin tarafları için teamül gereğidir, ancak bedava nüsha sayısı bu noktada farklılık gösterebilmektedir[809].

BK m. 381/III uyarınca[810], aksi kararlaştırılmadıkça yayınlatanın, eserden teamül uyarınca verilmesi gereken miktarda bedava nüsha alma hakkı vardır. Türk ve İsviçre Hukuku'nda bedava nüsha sayısı AYK'dan farklı olarak sabit bir rakam olarak belirtilmemiştir. Oysa AYK §25/I uyarınca, edebi bir eserin yayınlayanı, yazara her 100 adet için 1 tane olmak üzere, basının tamamında 5'ten az ve 15'ten fazla olmamak kaydıyla bedava nüsha vermekle yükümlüdür. Ayrıca AYK §25II, müzik eserinin yayını halinde, yayınlayanın yazara adet, teamül uyarınca verilmesi gereken bedava nüshayı vermek zorunda olduğunu da düzenlemiştir[811].

Bu bağlamda, Türk ve İsviçre Hukuku'nda bedava nüsha sayısının bu konudaki teamül dikkate alınarak belirlenmesini öngören düzenleme, aslında yayınlayanla yayınlatan arasındaki eski bir teamülün müeyyideye bağlanmasıdır. Doktrinde GİRİTLİOĞLU, AYK'daki katı formülden vazgeçilmesinin ve kanundaki düzenleme tarzının yerinde olduğunu, "teamül uyarınca" formülünün iyi uygulanması halinde amaca, AYK'daki çözümden daha uygun olacağını benimsemektedir[812]. Buna karşılık TUNÇOMAĞ, kanunun teamüle yollama yapmak yerine, kesin bir sayının tespit edilmesinin ülkemizin gerçeklerini daha iyi cevaplandırmış olacağını, zira ülkemizde teamülün bir çok durumlarda henüz belirli bir açıklıktan yoksun olduğunu gerekçe olarak göstererek Türk Hukukunda bedava nüsha konusunda bir teamülün tespit edilemediği hallerde, AYK'nın yukarıdaki maddesinin kıyasen

[808] TROLLER, Kommentar, 57.
[809] Bkz. PEDRAZZINI, 589; BUCHER, 220.
[810] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 497 uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça yayımlatanın, eserden teamül uyarınca verilmesi gereken miktarda bedelsiz alma hakkı vardır.
[811] Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHRICKER, 467 vd; REHBİNDER, Urheberrecht, 322.
[812] GİRİTLİOĞLU, 68, aynı yönde FRANKO, 198 vd.

uygulanmasının isabetli olacağını belirtmektedir[813]. İsviçre Hukuku'nda da AYK'nın anılan hükmünün doğrudan doğruya uygulanabileceği, ancak yine de bu hükmün kısmen dahi olsa İsviçre'deki uygulamayı yansıtması gerektiği ileri sürülürken[814], söz konusu hükmün en azından bir çıkış noktası olarak görülebileceğini belirten yazarlar[815] ve son olarak, aksi ispatlanmadığı sürece, bu hükümden İsviçre'de tamamlayıcı olarak yararlanılması gerektiğini kabul eden yazarlar da mevcuttur[816].

Kanaatimizce, bedava nüshanın teamül uyarınca tespiti her somut olayda eserin niteliği dikkate alınarak belirleneceğinden esnek bir çözüm tarzıdır, ancak kötüye kullanmaları önlemek ve sözleşmenin zayıf tarafını teşkil eden yayınlatanın menfaatini korumak adına AYK'da düzenlenmiş olan asgari miktarlar Türk ve İsviçre Hukuku'nda da uygulama alanı bulabilir. Böylece, alt sınır olarak AYK'daki çözüm tarzı devreye girecek, üst sınır ise teamül uyarınca belirlenebilecektir.

Yayınlatanın bedava nüsha alma hakkı, aynı zamanda yayınlayanın yan edim yükümlülüklerinden biridir. borçlarından birini oluşturmaktadır. Yayınlatan, her yeni basıda, bedava nüsha alma konusunda yeni bir talep hakkına sahiptir[817].

Doktrinde, bedava nüshaların bedelin bir çeşidi olup olmadığı tartışmalıdır[818]. Kanaatimizce, yayınlatanın bedava nüsha alma hakkı bedelden bağımsız bir haktır. Dolayısıyla, yayınlatan bedelin yanısıra teamül uyarınca verilmesi gereken bedava nüshaları talep etme hakkına da sahiptir. Kaldı ki, BK'nın anılan hükmü de yayınlatanın bedava nüsha alma hakkını bedelden ayrı olarak düzenlemiştir. Ancak, taraflar aralarında anlaşarak yayınlatanın sözleşme uyarınca hak kazandığı bedelin tamamı ya da bir kısmı yerine eser nüshalarının verilmesini kararlaştırabilirler[819]. Böyle bir anlaşmanın olmaması halinde, telif ücreti miktarının belirlenmesinde de, bedava nüshalar dikkate alınmayacaktır[820].

Yayınlayan tarafından kendisine verilen bedava nüshalar üzerinde, yazar kural olarak serbestçe tasarruf edebilir. Zira, yayınlayanın yayma hakkı FSEK uyarınca tükenmiştir[821]. Dolayısıyla, yayınlatan/yazar, bu nüshaları kendi ihtiyacını karşılamak üzere kullanabileceği,

---

[813] TUNÇOMAĞ, 604.
[814] HILTY, Basler, 2095.
[815] PEDRAZZINI, 589.
[816] TROLLER, II, 908, dn. 83.
[817] SCHRICKER, 467; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 135; PEDRAZZINI, 591. Yeni basıda, bedava nüsha adedi konusunda aksine bir anlaşma olmadığı takdirde, bir önceki basıda yazara verilen nüsha adedi ile aynı sayının verileceği kabul edilmektedir. SCHRICKER, 468.
[818] Bedava nüshanın bedelin bir çeşidi olarak kabul edilmesi hakkında bkz. GİRİTLİOĞLU, 68. Aksi görüş FRANKO, 196; SCHRICKER, 467; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 135.
[819] Aynı yönde SCHRICKER, 467; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 135.
[820] SCHRICKER, 467.
[821] ULMER, 457; RINTELEN, 307; SCHRICKER, 468.

örneğin yakın dostlarına ya da meslektaşlarına takdim edebileceği gibi, yine bu nüshaları ücretsiz olarak kamunun yararlanmasına da sunabilir[822].

Bedava nüsha konusunda üzerinde durulması gereken bir başka nokta ise, yayınlatanın kendisine verilen bedava nüshaları satma hakkına sahip olup olmadığıdır. Doktrinde bu konuda, yayınlayanın bedava nüshaları satmasının ya da bağışlamasının yayınlayanı ilgilendirmediği, çünkü her iki durumda da alıcının ya da bağışlananın ikinci bir nüshayı alıcılar çevresinden çıkardığı, bu yüzden bağışlama hakkı gibi, satma hakkının da yazara tanınması gerektiği ileri sürülmekte[823], yazarın bu davranışının yayınlayan zararına zenginleşme anlamını taşımadığı kabul edilmektedir[824]. Buna karşılık yazarın, ancak sınırlı sayıda devir yetkisinin olduğunu kabul eden yazarlar olduğu gibi[825], yazarın bu davranışının yayınlayanın inhisari yayın hakkını ihlal etmemekle birlikte, yazarın yayınlayan zararına zenginleşmesini yasaklayan dürüstlük kuralına aykırı düşeceği de ileri sürülmektedir[826].

GİRİTLİOĞLU, yazarın almış olduğu bedava nüshaları satmamak ve ancak meslektaş ve yakınlarına armağan etmek üzere aldığının ve buna aykırı olarak bedava nüshalar satmasının, yayınlayanın hukuk çevresine, özellikle yayın hakkına haksız bir karışma (müdahale) mahiyetinde bulunduğunun kabul edileceği durumlarda, BK m. 414 (vekaletsiz iş görme) deki haksız karışma kazancı isteminin özel bir uygulama durumu olan FSEK m. 68, 70/III deki hükmün uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Zararın tazmini ve sebepsiz zenginleşme istemlerinden farklı olarak, burada yayınlayanın zarara uğraması ya da yoksullaşması aranmaz[827]. Yine, doktrinde yayınlatanın kendisine verilen bedava nüshaları başkalarına satamayacağı, ancak bunları sadece bağışlayabileceği ileri sürülürken[828], bedava nüshanın yayınlatanın bedel hakkını oluşturduğu durumlarda yayınlatanın bu bedava nüshaları satabileceği, böylece yayınlatanın ayni olarak aldığı bedava nüshaları paraya çevirebileceği de kabul edilmektedir[829]. Ancak, yazarın profesyonel olarak, yani ticari olarak bedava nüshaları satarak devretmesini, yayın sözleşmesindeki sadakat ve güven ilkesine aykırılık olarak gören yazarlar da mevcuttur[830].

---

[822] SCHRICKER, 468.
[823] ALLFELD, 118. Yazar, üçüncü kişinin eseri ücret karşılığı veya ücretsiz alıp almaması arasında fark olmadığını ileri sürmektedir. Aynı yönde GOLDBAUM Wenzel, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, Baden-Baden 1961, 269.
[824] Bkz. GİRİTLİOĞLU, 69; TUNÇOMAĞ, 1156.
[825] RINTELEN, 353; HOFFMANN Willy, Das Reichgesetz über das Verlagsrecht, Berlin 1925, 103.
[826] Bkz. GİRİTLİOĞLU, 69.
[827] GİRİTLİOĞLU, 69.
[828] DALAMANLI, 707.
[829] FRANKO, 201.
[830] PEDRAZZINI, 589-590; HILTY, Basler, 2095; SCHRICKER, 468; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 137; REHBİNDER, Urheberrecht, 322; Her türlü satışa karşı çıkması açısından bkz. SCHACK, 458.

Kanaatimizce, yayınlatan yayın hakkını yayınlayana devrettiği süre boyunca yayın hakkı kapsamında tıpkı üçüncü kişi gibidir. Dolayısıyla, yayınlatan da tıpkı üçüncü kişiler gibi, yayınlayanın yayın hakkını ihlal etmemekle yükümlü olduğu gibi, aralarındaki yayın sözleşmesinin gerektirdiği özel güven ilişkisi ve bizzat sözleşmeden doğan bir borç olan yayınlayanın zararına tasarruflardan kaçınma borcu uyarınca da bedava nüshaları, en azından yayınlayana rekabet oluşturacak şekilde, ticari olarak satma yetkisine sahip değildir. Ancak, yayınlatan hiç şüphesiz bedava nüshaları bağışlayabilecektir.

AYK §25/III, ortak eserlerin basımında, ortak eserin ayrı olarak yazara verilebileceğini düzenlemektedir. Bu hüküm İsviçre'de de teamül gereğince uygulanmaktadır. Özellikle, armağanlarda, tam bir eser nüshası, özel baskılarda da bu özel baskı teamül uyarınca yayınlatana verilmektedir[831]. Ancak uygulamada dergilerdeki yazılar için de ayrı basılar verilmektedir. Gazetelerde çıkan yazılar için ise bedava nüsha verme teamülü yoktur[832].

AYK §26, yayınlayanın düşük fiyat üzerinden eser nüshalarını yazara devretmesini düzenlemektedir. Anılan hüküm uyarınca, yayınlayan, yazar talep ettiği takdirde, kendi tasarrufu altına bulunan eser nüshalarını, kendi yayınevinde satışa sunduğu en düşük fiyat üzerinden yazara devretmekle yükümlüdür. Yayınlayanın bu yükümlülüğü, yazarın talebine bağlanmıştır. Yazarın talebi, yayınlayanın kabul etmek zorunda olduğu, satışa ilişkin bir icap değildir. Yazarın bu talebi, daha çok yayın sözleşmesinin içeriğinde yer alan devir yükümlülüğünün oluşmasını sağlar, diğer bir ifadeyle, bu devir yükümlülüğünü ortaya çıkarır[833].

AYK §26, emredici bir hüküm değildir. Taraflar, aralarında yaptıkları sözleşme ile bunun aksini kararlaştırabilecekleri gibi, aynı zamanda birebir ilişkilerinde de bu hükmü değiştirebilirler. Yayın uygulamasında, taraflar yayın sözleşmesi ile, yazara devredilecek olan eser nüshalarının fiyatını belirleyerek, yazarın bu nüshalar üzerindeki tasarruf yetkisini de düzenlemektedirler[834]. Yazarın satın alma hakkı sadece yayınlayanın tasarrufu altındaki eser nüshalarını kapsamaktadır. Dolayısıyla, yazar sadece yayınlayanın depolarında olan eser nüshaları veya hala yayınlayanın tasarruf yetkisine sahip olduğu nüshalar üzerinde, bu hakkını kullanabilecektir. Yayınlayanın, yazara teslim ederken belirleyeceği uygun fiyat, yayınlayanın kendi yayınevinde satışa sunduğu, en düşük fiyat olmalıdır. Bu fiyat da kural olarak, normal satış fiyatının %25 ile %35 arasında bir oran altındadır.

---

[831] TROLLER, Kommentar, 62; HILTY, Basler, 2095; PEDRAZZINI, 589.
[832] GİRİTLİOĞLU, 69.
[833] GOLDBAUM, 269; ULMER, 457; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 136, SCHRICKER, 473; REHBİNDER, Urheberrecht, 322; RINTELEN, 356.
[834] SCHRICKER, 473.

AYK'nın ilgili hükmü uyarınca yazarın satın alma hakkına sahip olduğu nüshaları yazar çeşitli amaçlar için kullanabilir. Yazar, bu nüshaları, tıpkı bedava nüshalar gibi kendi özel ihtiyaçları için kullanıp, tanıtım olarak veya armağan olarak üçüncü kişilere bağışlayabilir. Yazarın bu nüshalar üzerinde serbestçe tasarruf yetkisine sahip olması, yazarın bu nüshaları ücret karşılığı bir üçüncü kişiye devretmesini de kapsamaktadır. Dolayısıyla, yazar bu nüshaları, kendisine satılan düşük fiyattan daha yüksek, daha doğrusu, normal satış fiyatına satma yetkisine de sahiptir. Yayınlatanın eser nüshalarını bu şekilde satması, yayın hakkını ihlal etmeyecektir. Zira, yayınlayanın yayın hakkı, bu nüshaları yazara vermesiyle birlikte zaten tükenmiştir. Ancak, yazarın bu nüshaları ticari bir işletme gibi kar elde etme amacıyla satması, yayın sözleşmesinden kaynaklanan sadakat ilkesine ve yayınlatanın kaçınma yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceği gibi, eserin sürümünü de olumsuz etkileyecektir[835] .

Her ne kadar İBK ve BK'da bu konuda açık bir hüküm yoksa da, bu hükmün İsviçre'de de uygulanmakta olduğu ve tarafların zaman zaman, formüler sözleşmelerde, bu tür klozları kullandıkları ileri sürülmektedir[836]. Yukarıda da belirtildiği üzere, İsviçre Hukuku'nda da tıpkı bedava nüshalar gibi, düşük fiyatlı nüshalar da, yayınlatan tarafından yayınlayana rekabet oluşturacak şekilde satılamaz. Bu sonuç, sözleşmesel sadakat yükümlülüğünden çıkmaktadır[837]. Zaten, özellikle bilimsel eserlerin dışındaki eserler hakkında yapılan yayın sözleşmelerinde, çoğunlukla, yayınlatanın eserin satış fiyatının altında bir fiyattan satamayacağına ilişkin hükümler yer almaktadır[838]. Alman Hukuku'nda kabul edilen bu kriterlerin ve hükmün, Türk Hukuku açısından da dikkate alınmasının menfaatler dengesine daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

---

[835] Bkz. SCHRICKER, 475-476; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 137; ULMER, 457; REHBİNDER, Urheberrecht, 322. Ancak, bu konuda kesin bir sonuca varmak için, somut olayın şartlarına bakmak gereklidir. Zira, eserin kitabevi tarafından satışından nerdeyse hiç bir sürüm beklenmiyorsa, bu durumda yazarın bu nüshalar konusundaki satışı taraflar arasındaki ilişkiyi zedelemeyeceği gibi, dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil etmeyecektir. REHBİNDER, Urheberrecht, 322.

[836] TROLLER, II, 908; PEDRAZZINI, 589-590; HILTY, Basler, 2095; REHBİNDER, Urheberrecht, 322. Ancak, PEDRAZZINI, İsviçre Hukuku açısından, yayınlayanın böyle bir yükümlülüğünün olduğu sonucuna varılamayacağını kabul etmektedir. Bkz. PEDRAZZINI, 590. Aynı görüş LÜDİN, 110.

[837] PEDRAZZINI, 590.

[838] TROLLER, II, 908; ULMER, 348; SCHRICKER, 476.

§ 4. YAYINLAYANIN BORÇLARI VE HAKLARI

I. YAYINLAYANIN ÇOĞALTMA BORCU

A. GENEL OLARAK

BK m. 376/I'e göre[839], yayınlayan eseri belirli bir şekil altında, hiçbir kısaltma, ilave ya da değişiklik yapmaksızın uygun biçimde çoğaltmakla yükümlüdür.

Yayınlayanın çoğaltma borcu, yayınlayanın asli borçlarından biri olup, yayınlayanın diğer asli borcu olan yayma borcu ile birlikte yayın sözleşmesinin çekirdeğini oluşturur. Bu anlamda çoğaltma ve yayma borcu, yayınlayanın borçlarının kilit unsurlarıdır. Zira, çoğaltma ve yayma borcunun yayınlayanın üzerinde olması, yayın sözleşmesinin varlığı için zorunludur. Yayınlayan, bu borcundan sadece telif ücretinin tamamını ödeyerek kurtulamayacaktır[840].

Yayınlayanın çoğaltma borcu, yayma borcunun yerine getirilebilmesi için gerekli olan bir önşarttır.

Yayınlayanın çoğaltma ve yayma borcu aynı zamanda, bir taraftan da yayınlayanın hakları arasında da yer almaktadır. Zira, yayınlayan kendisine devredilen yayın hakkı ile birlikte, eser üzerinde çoğaltma ve yayma yetkilerini de kazanmaktadır.

Yayınlayanın çoğaltma ve yayma borcu BK m. 372/İBK m. 380'de temel olarak düzenlenmiş, BK m. 376/İBK m. 384'de ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu asli borcun temelinde, doğal olarak yayınlayanın anılan işlemlerde aynı zamanda yayın hakkına sahip olması yatmaktadır[841].

Bu bağlamda, yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, yayınlayan sadece çoğaltma ve yayma yetkilerini kazanmaz, aynı zamanda eseri çoğaltma ve yayma borcu altına da girer. Çoğaltma ve yayma borcu yayın sözleşmesinin esaslı unsuru olduğu ve bir anlamda yayınlayanın "olmazsa olmaz" borçlarından olduğu için, yayınlayana çoğaltma ve yayma borcu yüklemeyen bir sözleşme yayın sözleşmesi değildir. Bu bağlamda, yayınlayan bu konuda bir yüküm altına girmemiş, sadece çoğaltma ve yayma iznini (ruhsat) almışsa, yayın

---

[839] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 492/I'e göre, "Yayımcı, eseri hiçbir kısaltma, ekleme ve değişiklik yapmaksızın uygun biçimde çoğaltmakla yükümlüdür; yayımcı, ayrıca satışın artırılması için gerekli tanıtım ve dağıtımı yapmak ve bu konuda her türlü önlemi almak zorundadır".

[840] Bkz. PEDRAZZINI, 582; ULMER, 433; SCHACK, 425; SCHRICKER, 142; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 75; REHBİNDER, Urheberrecht, 320; BUCHER, 220; LÖSSL, 16; HIRSCH, 1948, 227; AYİTER, 242; FRANKO, 130.

[841] HILTY, Basler, 532.

sözleşmesi meydana gelmez[842].

Yayın sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için, yayınlayanın her iki borcu, yani hem çoğaltma hem de yayma borcunu kendi hesabına taşıması, üzerine alması gereklidir. Zira, yayınlayan yayınlatan karşısında genellikle bağımsız bir ticari işletme olarak, ticari rizikoyu, bu anlamda kar veya zarar rizikosunu taşımaktadır. Bu çıkarım, bazen yayın sözleşmesinde bazen yayın işindeki rizikonun yayınlayan lehine indirildiği hallerde de geçerlidir. Bu bağlamda, yayınlatanın telif ücretinin, satılan eser nüshalarının satış fiyatının belirli bir yüzdesine bağlanması veya yazarın net kazanca katılması da, yayınlayanın ekonomik rizikoyu taşıdığı gerçeğini etkilemeyecek, bu unsurlar yayın sözleşmesinin kavramsal özelliğini zedelemeyecektir[843]. Zira, önemli olan yayınlayanın kendi hesabına taşıyacağı rizikonun, her halükarda ekonomik rizikonun ağırlıklı bir kısmını oluşturmasıdır[844].

Yayınlayan, yukarıda da belirtildiği üzere sadece telif ücretini ödeyerek de çoğaltma ve yayma borcundan kurtulamaz; çünkü eserin gerçekten çoğaltılıp yayınlanmasında yazarın da fikri çıkarları vardır[845].

Bu bağlamda, çoğaltma, eser sahibinin eserinden ekonomik olarak

---

[842] Bkz. BGH GRUR 1984, 754,755; ULMER, 433; HILTY, Immaterial, 529; HILTY, Basler, 2074; PEDRAZZINI, 577, 582; TROLLER, II, 902; SCHACK, 425; SCHRICKER, 142; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 75; KNAAK, 274; REHBİNDER, Urheberrecht, 320; LÖSSL, 16; HIRSCH, 1948, 227; AYİTER, 242; FRANKO, 130.
Yayınlayanın, çoğaltma ve yayma yükümü altına girmeden, sadece çoğaltma ve yayma hakkına sahip olduğu sözleşmeler, yukarıda da belirtildiği üzere yayın sözleşmesi değildir. Bu sözleşmeler eser veya hizmet sözleşmeleri olabilir. Eser sözleşmeleri, yazarın eser meydana getirme yükümlülüğü karşılığında, yayınlayanın sadece bir ücret ödeme borcu altına girdiği sözleşmelerdir. Örneğin, gazete yayınında, gazeteyi yayınlayanın, serbest olarak çalışan gazetecinin makale kaleme almasını kendisinden talep etmesine rağmen, bu makaleleri yayınlama yükümü altına girmediği sözleşmeler bu kapsamda sayılmaktadır. Buna karşılık, gazete yayınlayanı ile tek tek eserlerle sınırlı olarak yapılmayan, örneğin gazetede çalışan memur olarak çalışan kişilerle yayınlayan arasında kurulan sözleşmesel ilişkilerde, hizmet sözleşmesi söz konusu olmaktadır. ULMER, 433.
Yayınlayanın tamamlanmış bir eser üzerindeki çoğaltma ve yayma hakkının, bir kerede ödenen bir ücret karşılığında, çoğaltma ve yayma yükümü olmadan kazandığı sözleşmeler önceleri, genellikle satım sözleşmesi olarak değerlendiriliyordu. Hatta, bazı durumlarda "telif hakkı"nın satıldığına ilişkin İmparatorluk Mahkemesi kararlarına da rastlanmaktadır. Bkz. RGZ, 123, 132.

[843] ULMER, 433; SCHACK, 448; SCHRICKER, 138; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 75; REHBİNDER, Urheberrecht, 320; STRAUSS, 312; LÖSSL, 16; BUCHER, 215; FROMM/NORDEMANN, 268; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, 83.

[844] BGH GRUR 1959, 384, 387. Ancak, yayınlayanın eserin çoğaltılması ve yayılması işini kendi adına, fakat başkası hesabına yaptığı ve ticari rizikonun yayınlayan tarafından değil de, yazar tarafından taşındığı sözleşmeler, yayın sözleşmesi değil komisyon sözleşmeleridir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ULMER, 433; SCHRICKER, 138-139; REHBİNDER, Urheberrecht, 314; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 74-75; SCHACK, 448. Bkz. Birinci Bölüm, §2, III Yayın Sözleşmesinin Yayın Komisyonculuğu Sözleşmesi ile Karşılaştırılması.

[845] ULMER, 433; PEDRAZZINI, 582; GİRİTLİOĞLU, 56. Çoğaltma ve yayma yükümü, eser sahibi açısından manevi tarafı da bulunan, bu sebeple manevi hakların kullanılmasına da imkan veren bir haktır. Çünkü, eserin çoğaltılıp yayınlanması ile eser sahibi bir taraftan ün sahibi olacak veya ününü yaygınlaştırıp yükseltecek, diğer taraftan da eserinden ekonomik yararlar sağlayacaktır. Yayınlayan eseri çoğaltma ve yayma yükümünü gereği gibi yerine getirirse eser yeni basılar yapabilir, yeni basılar eser sahibine hem ün kazandırır veya ününü pekiştirir, hem de ona yeni mali yararlanmalar sağlar. Bu yükümün yerine getirilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde yazar ünü ve ekonomik menfaatleri açısından olumsuz etkilenebilir. TEKİNALP, 244.

yararlanabilmesinin en eski, en olağan ve en yaygın yoludur. Bugünkü Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun çekirdeğini çoğaltma hakkı oluşturur. Diğer haklar bu haktan türemiştir. Bütün dünyada Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunu simgeleyen "copyright[846]" kelimesi de çoğaltma hakkını ifade eder. Kavram zamanla genişlemiş ve başka anlamlar da kazanmıştır[847].

Bu çerçevede "çoğaltma" hakkı, eser sahibinin mali hakları arasındaki en önemli haklarından birini oluşturmaktadır. Çoğaltma deyimi, bugünkü kullanımda, eserden geniş bir halk kitlesinin yararlanmasını sağlayacak kadar çok sayıda nüsha çıkarılmasını ifade eder. Ancak, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda, aslının yerine eserden yararlanmayı sağlayacak "tek bir" nüshanın çıkarılmış olması dahi çoğaltma sayılmaktadır[848].

Çoğaltma, eserin aynen tekrarlanmasını ve maddi bir varlık olarak (nesne) tekrarlanacak şekilde tecessüm etmesini (nesneleştirme) sağlayan teknik bir işlemdir[849]. Zira, fikri ürün, FSEK kapsamında gerekli şartları taşıyorsa "eser" statüsünü taşıyacak ve eser olarak korunacaktır, ancak, gayri maddi bir varlık olan eserin çoğaltma hakkına konu olabilmesi için mutlaka sahibinin kişiliğinden çözülmesi, bir "nüsha" olması gerekir[850]. Bu bağlamda eserin yayın sözleşmesi kapsamında çoğaltılabilmesi için de eserin "çoğaltmaya elverişli hale getirilmesi", bu anlamda maddi bir varlık kazanması, "cisimleştirilmesi" gereklidir.

Bir toplantıda söylenen söz ve nutuklar gerekli nitelikleri taşıyorsa, eserdir. Onun yazı ile veya bant üzerine tespiti ile, tekrarlanabilecek bir nüsha elde edildiği için, söz halindeki eser çoğaltılmış olur. Uçucu bir nesne olan sözün aksine, heykel gibi, resim gibi zaten bir maddeyi şekillendirmekle meydana gelen sanat eserleri ya da bir yazarın düşünce ve tasavvurlarını yazması halinde, çoğaltmaya yarayan bir orijinal ya da asıl meydana gelir. Bu hallerde de yararlanmak için asla ihtiyaç göstermeyen bir nüshanın elde edilmesi çoğaltmadır[851].

Çoğaltmada belirgin özellik eserin az çok kalıcı ve maddi tespit vasıtasına kaydedilerek, yine bu nitelikte ikinci bir kopyanın çıkmasıdır. Bu tespit vasıtasıyla asıl eserden hangi yoldan yararlanmak mümkünse, eserin o yoldan tekrarına imkan verecek bir

---

[846] Bu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GİRİŞ, I. Genel Olarak.
[847] TEKİNALP, 170.
[848] EREL, 139; ARSLANLI, 97; AYİTER, 128; ÖZTRAK, 57; GENÇ ARIDEMİR, Çoğaltma ve Yayma Hakları, 52 vd. 1957 tarihli Fransız Kanunu, çoğaltmayı (reproduction) "eserin kamuya vasıtalı olarak iletilmesine elverişli olan her türlü usulle maddi tespiti" olarak tanımlamakta, böylece çoğaltma ile kamuya vasıtasız iletme şekli olan temsili ayırmaktadır. AYİTER, 128.
[849] TEKİNALP, 172.
[850] AYİTER, 128.
[851] AYİTER, 128.

örneği çıkarılmaktadır[852].

FSEK m. 22/II'de yer alan, "eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile, mimarlık eserlerine ait plan proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir" hükmünde, hem çoğaltma hakkı tanımlanmakta hem de çoğaltma teknikleri ve yöntemleri konusunda sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesini benimsememiştir. Bu hüküm irdelendiğinde, FSEK'in çoğaltma hakkının tanımında "eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılmasını" merkez olarak aldığı, ancak çoğaltma teknikleri konusunda da geniş bir yelpazeye yer verdiği görülmektedir. Anılan hüküm, çoğaltma hakkını sadece matbaa baskısıyla sınırlı tutmaması[853], çoğaltma tekniklerini ve yollarını sınırlayıcı olarak saymaması konusunda hukuk tekniği açısından da yerinde bir hükümdür. Zira, aksi takdirde teknik ve yeni gelişmelerin yasalardaki çoğaltma tanımını dar bir alana sıkıştırması tehlikesi ortaya çıkabilir, ki "internet yoluyla çoğaltma"[854] bunun en güzel örneğini oluşturmaktadır[855]. Buna ilave olarak, eser türlerinin özellikleri dikkate alındığında her eser türüne ait çoğaltma teknikleri ve yollarının çeşitlilik göstermesi hem bir zorunluluk hem de doğal bir sonuçtur.

Dolayısıyla, çoğaltmada önemli olan ve belirleyici olan nokta, cismani veya maddi bir şekilde saptanan eserin doğrudan veya dolaylı olarak algılanmasını sağlayan tespitlerdir[856]. Bu bağlamda, çoğaltılmış nüshaların hangi usul ve yöntemle elde edildiği önem taşımaz[857]. Zira, yeni teknik gelişmelerin ortaya çıkması, yeni kullanım ve yararlanma şekillerini ve çoğaltma yöntemlerini de beraberinde getirmektedir[858].

Nesneleştirme (cisimleştirme) bazen baskı ve fotoğraf çekme yoluyla, bazen plağa, diskete, banda ya da işaretin, sesin, görüntünün tekrarına ve taşınmasına yarayan bir araca (ekrana, bilgisayara, internete) kayıt edilerek, biçimlendirilerek veya kalıplara (rölyefler, heykelcikler, el işleri) dökülerek sağlanabilir. Bu anlamda eserin ana veya yan bilgisayarlara

---

[852] Eserin aslının aynı yoldan tekrarına imkan vermeyen bir tespit, mesela sahnelenen bir tiyatro eserinin fotoğrafının çekilmesi çoğaltma değildir. EREL, 139.

[853] EREL, 139.

[854] Eserin dolaylı olarak algılanabilmesi şartının bilgisayar ekranı aracılığı ile de mümkün olabildiği ve ayrıca elektronik yayının son kullanıcıya gerektiğinde eserin yazılı çıktısının alınması imkanını da garanti ettiği kabul edilmektedir. SCHMAUS, 43.

[855] Bkz. TEKİNALP, 173; EREL, 139. 4110 sayılı kanunla FSEK m. 22'ye eklenen son fıkra, bilgisayar programlarında, ikinci bir kopyanın çıkarılmasından başka, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması iletilmesi ve depolanması fiillerini de programın çoğaltılması olarak kabul etmiştir.

[856] SCHMAUS, 41.

[857] AYİTER, 128; STEWART, 6; PEDRAZZINI, 557; SCHMAUS, 41.

[858] Örneğin, eserin bir filmde, radyo aracılığı ile veya televizyon aracılığı ile kullanılması gibi müzik eserinin kasete kaydedilmesiyle çoğaltılması veya fotokopi veya mikrokopi yoluyla çoğaltılması gibi yeni gelişmeler de bu kapsamda sayılmaktadır. SCHMAUS, 44.

(uploading, downloading) geçirilmesi dahil her türlü dijital depolama ve gönderme, bir fotoğraf eserini kitap kapağına, bir haritayı davetiyeye, bir motifi broşüre, bir şiiri ilanlara bir şarkı güftesini reklamlara koyma, bir sanat eserinin fotoğrafını çekip dostlara yılbaşı tebriği olarak yollama çoğaltmadır[859]. Ancak, eserin çoğaltılabilmesi için kullanılan aracın mutlaka mekanik olması da şart değildir; bir bilim ve edebiyat eserinin el yazması kopyası da çoğaltma sayılır[860].

B. BK m. 372 ÇERÇEVESİNDE YAYINLAYANIN ÇOĞALTMA BORCU VE KAPSAMI

1. Genel Olarak

Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda, -yukarıda da belirtildiği üzere- teknik olarak aslının yerine eserden yararlanmayı sağlayacak "tek bir" nüshanın çıkarılmış olması dahi çoğaltma sayılmaktadır. Ancak, yayın sözleşmesi perspektifinden bakıldığında tek bir nüshanın elde edilmesi, diğer bir ifadeyle aslından ikinci bir kopyanın çıkarılmış olması sözleşmeyle ulaşılmak istenilen amaca aykırıdır. Zira, eser sahibinin eserden ekonomik olarak yararlanabilmesi ve kamuoyu tarafından tanınması için eserin geniş kitlelere yayılmasını hedeflemektedir.

Yayın sözleşmesinin niteliği gereği, eserin tek bir nüsha olarak tekrarlanması, eserin "çoğaltılması" anlamına gelmemektedir. Bu çerçevede, BK m. 372'nin yayınlayana yüklediği, eseri çoğaltma borcu doğrultusunda, yayınlayanın eserden tek bir nüsha çıkararak, onu piyasaya sürmesiyle yayınlayanın borcunu ifa etmiş sayılamaz. Nitekim, İsviçre içtihadına göre de, kanunun terminolojisi karşısında bir eserin "çoğaltılması" demek, aslının birden fazla nüsha şekline konmasıdır[861]. Özetle, BK m. 372 anlamında "çoğaltma", kavramı ile bir tek kopyanın elde edilmesi değil, eserin aslından (orjinalinden) birden fazla nüsha elde edilmesi anlaşılmalıdır.

Nitekim AYK, çoğaltma kavramını yayın hukuku açısından tanımlamaktadır. Ancak, hemen vurgulanmalıdır ki, AYK'da kullanılan çoğaltma ve yayma kavramı UrhG'de kullanılan kavramlardan daha dar kapsamlıdır. Oysa UrhG, çok kapsamlı bir çoğaltma hakkı kavramına yer vermiştir. UrhG §16, uyarınca, çoğaltma hakkı, hangi teknik yöntemle veya

[859] TEKİNALP, 172-173.
[860] EREL, 139.
[861] FRANKO, 133; TROLLER, Kommentar, 46.

hangi sayıda olursa olsun, eserin çoğaltılmış nüshalarını üretme hakkı olarak tanımlanmıştır. Ancak, tarihsel gelişime paralel olarak AYK hükümleri altında, çoğaltma kavramından yayın hukuku çerçevesinde, "kağıt" merkez alınarak, baskı, matbaa veya buna benzer teknik yöntemlerin anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, yayın hukuku açısından çoğaltma kavramı, yayın işinde kullanılan "klasik çoğaltma tekniklerine" indirgenmiştir. Bu tekniklerin, geleneksel olarak bağlanma noktası ise mekanik "baskı" tekniğidir. Ancak, fotokopi, mikrokopi, elektronik cümle, bilgisayarda yazılan bir cümle, körler alfabesi şeklindeki modern çoğaltma teknikleri de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu noktada belirleyici olan, eserin cisimleşmiş bir varlık olarak yüz veya duyu organları (körler alfabesi) aracılığı ile algılanabilmesidir. Yayın hukuku açısından, cisimleşmiş nüshaların çok sayıda çoğaltılmış olması önem taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle, AYK açısından da bir veya birden fazla nüshanın çoğaltılması yeterli değildir[862].

AYK çerçevesinde, eserin ses veya görüntü taşıyıcılarına, kasede, plağa, video bandına alınarak, yine eserin elektronik olarak CD-ROM'a kaydedilerek çoğaltılması veya internet aracılığı ile elektronik yayına konu olması AYK'nın çoğaltma kavramına uymamaktadır. Dolayısıyla, bu alanlarda da AYK'nın uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmektedir[863]. Ancak, Türk Hukuku açısından böyle bir kısıtlamaya neden olacak bir yasal hüküm olmadığı için, FSEK çerçevesinde çoğaltma kavramına verilen geniş anlam karşısında, yayın sözleşmesinin en azından kıyasen de olsa, uygulama alanı Alman Hukuku'ndan daha geniş çaptadır.

Yayınlayanın eser nüshalarını yetersiz çoğaltması veya çoğaltmayı geciktirmesi halinde, yayınlayan yayın sözleşmesine özgü özel hükümler olmadığı sürece, genel hüküm olan BK m. 96 uyarınca yayınlayana karşı sorumlu olacaktır[864]. Ayrıca, yayınlayanın çoğaltma borcunda kendisine yayın sözleşmesi ile verilmiş olan yetkiyi aşıp aşmadığını da yayınlatanın kontrol etme hakkı vardır[865]

2. BK m. 372 Anlamında Çoğaltma Yöntemi: Uygun Biçimde Çoğaltma

BK m. 372, yayınlayanın çoğaltma yöntemi veya tekniği konusunda herhangi bir

[862] Bkz. ULMER, 430; SCHRICKER, 135-136; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 74-75; REHBİNDER, Urheberrecht, 316; SCHACK, 448.
[863] Zira, yayın kanununun hükümleri ancak eserin basılabilir olması halinde uygulanabilecektir. Bkz. ULMER, 435; SCHRICKER, 136; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 74-75; REHBİNDER, Urheberrecht, 316; SCHACK, 448.
[864] Bkz. TROLLER, II, 912-913.
[865] FRANKO, 233, 234; YAVUZ, 540.

hüküm öngörmemiştir. Ancak, çoğaltma yöntemi ile çoğaltmanın kapsamını taraflar sözleşmede açıkça tespit edebilirler. Eğer bu konuda sözleşmede herhangi bir hüküm yoksa, çoğaltma yöntemini yayınlayan belirleyecektir[866]. Uygun biçimde çoğaltma yöntemini yayınlayanın belirlemesi isabetli bir çözüm tarzıdır. Zira, yayın faaliyetinde teknik tecrübe sahibi, yayınlayan olduğu gibi, yayın faaliyetinin ekonomik sonuçları da yine onun üzerinde doğacaktır. Bu yüzden, gerek teknik zorunluluklar, gerekse ticari gereklilikler, çoğaltma şeklinin belirlenmesini yayınlayana bırakmıştır. Yayınlayan, eserin içeriğini ve amacını dikkate alarak ve yayın teamüllerine hakim olan uygulamayı da gözönünde bulundurarak eser nüshalarının şeklini ve biçimini belirler. Bu konuda AYK §14 gözönünde tutulmalıdır[867].

AYK §14, yayınlayanın eseri çoğaltma ve yayma borcunu düzenlemektedir. Söz konusu madde uyarınca, yayınlayan eseri, teamül uyarınca uygun olan, alışılagelmiş ve amaca uygun bir yöntemle çoğaltmak ve yaymak zorundadır. Nüshaların format ve şeklini yayınlayan, yayın teamüllerine hakim olan uygulamalar ile eserin amacını ve içeriğini de dikkate alarak belirler." Ancak, Alman Hukuku'nda da ilk etapta tarafların bu konudaki anlaşması tercih edilmektedir, böyle bir anlaşmanın olmaması halinde, çoğaltma ve yayma işlemi, dürüstlük ve güven kuralı göz önünde bulundurularak, sözleşme amacına ve o alandaki uygulamalara bağlı olarak yapılacaktır[868]. Örneğin, yayın sözleşmesinin konusu bir cep kitabının yayınlanmasıysa, yayınlanacak cep kitabının şekli, baskı tekniği ve cildi, bu kitaplara özgü biçim ve şekle uygun olmalıdır[869]. AYK §14, kitap satımı açısından, çoğaltma için gerekli olan şeklin ayrıntılarını detaylı olarak belirlemiştir. Bu bağlamda, eserin uygun biçimde çoğaltılması için, diğer eserlerde kullanılan benzer yöntemlerin mi, yoksa aynı yöntemin mi kullanılacağına, eserin mekanik bir yolla mı yoksa foto-mekanik veya elektronik bir araç vasıtasıyla mı yapılacağına -bu yöntemler eserin içinde bulunduğu tür için alışılagelmiş bir yöntem olduğu sürece- yayınlayan kendisi karar verecektir. Günümüzde gelişen baskı teknikleri[870] karşısında "teamül uyarınca alışılagelmiş" saptaması belirli güçlükleri de beraberinde getirmektedir. Ancak, yine de "alışılagelen ve amaca uygun yöntem" bağlantısı yeni gelişmeler için belirli bir oyun alanı da bırakmaktadır. Yine bazen, yayın amacına ulaşılabilmesi için baskı masrafları ve buna göre hesaplanan kitabın satış

[866] TROLLER, Kommentar, 46; HILTY, Basler, 2085; FRANKO, 157; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 120; SCHRICKER, 382.
[867] TROLLER, Kommentar, 48. Bu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 120; SCHRICKER, 382.
[868] BGH GRUR, 1988, 303, 305; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 120; SCHRICKER, 382.
[869] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 120.
[870] Baskı tekniği, eserin çoğaltılması ile eserin şekil ve formatı arasında önemli ve sıkı bir ilişki içindedir. O veya bu tekniğin tercih edilmesi, eserin yazı karakteri üzerinde de etkili olacaktır. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 120-121.

ücretinin de rolü yadsınamaz. İşte bu masraflar yüzünden, yayınlayan, yazar tarafından güven ve dürüstlük kuralı uyarınca bu durum beklenebildiği sürece, amaca ulaşabilmek için, alışılagelmiş yöntemlerden ayrılmak zorunda kalabilir. Diğer bir ifadeyle, kullanılacak kağıdın, baskı tekniğinin, kapaktaki işlemelerin seçiminde, kitabın piyasadaki fiyatı belirleyici olacaktır[871].

Yayınlayanın alışılagelmiş çoğaltma yöntemleri çerçevesinde dilediğini seçebilme hakkının sınırı, bu çoğaltma yönteminin sadece alışagelmiş değil aynı zamanda "amaca uygun" da olmak zorunda olmasıdır. Bu ikinci zorunlu unsur, yasanın bizzat kendisinin önerisinden çıkmaktadır. Genel olarak, bahsedilen bu sonuç "alışılagelmiş" ve "amaca uygun" kavramlarındaki bağlantıdan çıkmaktadır. Bu bağlamda, çoğaltmadaki alışılagelmiş yöntem bazen kötüye kullanılabilir. Böyle bir durumda, yayınlayan yöntemin alışılagelmiş olduğuna dayanamaz, yazarın talebi üzerine eserin amacına uygun bir çoğaltma yöntemini benimsemek ve kabul etmek zorundadır. Diğer bir ifadeyle "alışılagelmiş" ve "amaca uygun" kavramları birbiriyle örtüşmüyorsa, "amaca uygun olan çoğaltma yöntemi" tercih edilmelidir. Ancak, yayınlayan eseri alışılagelmiş ve amaca uygun bir yöntemle çoğaltmışsa, yayınlayandan eserin çoğaltılması için amaca daha uygun olan ama alışılagelmemiş bir yöntemi seçmesi talep edilemez[872]. Kanaatimizce bu çözüm tarzının, Türk Hukukunda da kabul edilmesi uygun olacaktır[873].

Eserin çoğaltılması ile eserin formatı ve şekli arasında çok sıkı ve önemli bir ilişki vardır. Yayınlayan, eserin yayınındaki ticari rizikoyu taşıdığı ve bu anlamda eserin sürümünü arttıran şekil ve formatla da en çok o ilgilendiği için AYK, eserin şekli ve formatını yayınlayana bırakmıştır. Yayınlayanın bu konudaki kararındaki kriter, AYK §14'ün ikinci cümlesinde de, birinci cümledeki gibi alışılan ve amaca uygun yöntem olarak belirtilmiş, ek olarak aslında temel olarak yeni bir şey getirmeyen "içerik" kriteri ile kapatılmıştır. Zira, AYK §14'ün birinci cümlesindeki "amaca uygunluk" belirlenirken de eserin içeriği göz önünde bulundurulmalıdır[874]. Ancak yazar, talep ettiği özel istekleri yayın sözleşmesinde özel olarak düzenleyerek, garanti altına almalıdır[875].

Eserin formatına, kağıt seçimi, baskı şekli, kapak şekli[876], başlık sayfası ve şekli, kenar

---

[871] SCHRICKER, 383; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 121.
[872] SCHRICKER, 383. Özetle, Alman Hukuku'nda alışılan yöntem amaca uygun değilse, amaca uygun yöntemin alışılagelen yönteme tercih edileceği görüşü kabul edilmektedir
[873] Aynı yönde GİRİTLİOĞLU, 57.
[874] Hükmün ilk cümlesi, yayınlayanın bu konudaki yükümlülüğünü vurgularken, ikinci cümlesi yayınlayanın "belirleme" hakkını düzenlemektedir. Ancak, yayınlayanın kararının çerçevesi, anılan hükmün ikinci cümlesinde daha geniştir. SCHRICKER, 384.
[875] SCHRICKER, 384.
[876] Eser kapağının tasarımı da eğer bağımsız bir fikri yaratıcılık ortaya koyuyorsa, eser kapağı da yayın konusu

başlıkları ve ciltler (tek cilt veya toplu cilt) dahildir[877].

Yayınlayanın, yayın konusu eserin şeklini, biçimini, donanımını serbest bir takdir yetkisi içinde belirleme hakkı her zaman, yayınlayanın yayın ticaretinde hakim olan alışılmış, amaca uygun bir yöntem uyarınca ve eserin içeriğinin dikkate alarak belirlemesi zorunluluğu ile sınırlıdır. Bu çerçevede, yazar da yayınlayan tarafından seçilen formata karşı itiraz etme hakkına sahiptir. Yazar, şeklin ve tasarımın yayınevinin aynı türdeki diğer eserlerle kıyaslandığında, bu eserlerin şekline ve tarzına uygun olmasını ve onun ününü, itibarını sarsmayacak derecede amaca uygun ve elverişli olmasını talep edebilir[878]. Eğer, yayınlayan anılan hükümlerde öngörülen kriterlerdeki takdir yetkisini aşarsa, yazar mahkemeden eser nüshalarının dağıtımının engellenmesini talep edebilecektir[879].

Bu bağlamda BK m. 376/I ve İBK m. 384/I'de ifade edilen "uygun biçimde çoğaltmak" ibaresine bu veriler çerçevesinde anlam verilmelidir. Yayınlayan, eğer sözleşmede bu konu belirlenmemişse, eserin grafik biçimini, tasarımını, ciltlerin biçimini ve türünü, karton veya bez cilt olup olmayacağını ve eserin rengini belirler. Ancak, yayınlayan bu işlemi yaparken eserin türünü ve kullanım alanını, amacını dikkate almalıdır[880]. Eserin mümkün olduğu kadar iyi kalitede çoğaltılması, yazarın olduğu kadar yayınlayanın da çıkarlarına uyduğundan, yayınlayanın, eserin çeşidine ve buna bağlı olarak öngörülebilen ilgililer çevresine göre, pahalı, fakat niteliği bakımından daha üstün bir çoğaltma çeşidi, ya da yine bu amacı gerçekleştirmek için daha uygun gözüken oldukça ucuz bir yol seçebileceği kabul edilmelidir. Aynı çözüm ciltleme işi için de geçerlidir. Örneğin, çeşitli şemaları içine alan

---

eserden bağımsız olarak ayrıca telif hakkı veya tasarım olarak korunacaktır. Burada yaratıcılık, muhtemelen 3. bir kişiye, örneğin bir grafikere aittir. Bunun pratik önemi de, bu grafikerin yayınlayana hazırlamış olduğu bu tasarım üzerindeki hakkın kullanılmasına izin verme gerekliliğinde yatmaktadır. Yine, bu kapsamda rekabet hukuku veya haksız rekabet hükümlerinden de yararlanılabilir. HILTY, Immaterial, 535.

[877] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 121; SCHRICKER, 384. Yine, eserde geri dönüşümlü kağıt kullanılıp kullanılamayacağı, kağıdın rengi ve el yapımı kalitesi de bu kapsamdadır. HILTY, Immaterial, 535; ULMER, 449. Ancak, çeşitli çizimler, krokiler, şemalar veya illüstrasyonlar eserin formatı kapsamında yer almazlar, bunlar eserin içeriğine dahildir. Aynı şey, yayınevinin adının belirtilmesi açısından da geçerlidir. Ancak, yayınevi adının her eserde yer alması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Uygulamada da, yayınevi adı kitap kapağında belirtilmektedir. Eser metninin ekinde, yazarın onayı olmadan, herhangi bir reklama, ilana, broşüre yer verilmesi de mümkün değildir. Ancak, genel kanı uyarınca, yayınevinin kendi yayınlarının olduğu ilanların ek olarak eserde yer alabileceği kabul edilmektedir. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 121. Aksi görüş, SCHRICKER, 384. SCHRICKER'a göre, eğer eserdeki ilanlar, aynı yazara ait eserlere ilişkinse, bu durumda buna izin verilmesini engelleyecek herhangi bir sebebin olmadığını kabul etmektedir. Ancak, eğer esere ek olarak,eserle aynı alanda ve kapsamda yer alan ve eserin değerini ve sürümünü olumsuz etkileyebilecek türde eserlere yer verilecekse, bu durumda bu ilanların yayınlanmasına izin vermesini yazardan beklememek gerekecektir. SCHRICKER, 384.

[878] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 121; SCHRICKER, 384. Ancak, eğer bilimsel kitaplar bir seri şeklinde ve belirli bir format ve şekille yayınlanıyorsa, bu seriye dahil olan bağımsız bir eser de, bu serinin formatına uygun olarak çıkmaktadır. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 121.

[879] SCHRICKER, 384.

[880] TROLLER, Kommentar, 48; PEDRAZZINI, 584; ULMER, 449. Uygun biçimin belirlenmesinde, matbaa tekniğinin bazı tip eserlerin genellikle hangi şekillerde basılması gerektiğini bir adet olarak belirlemiş olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. FRANKO, 157.

büyük bir bilimsel eserin kağıdı ve biçimi başka, lirik şiirlerin ya da resim bir macera romanının kağıdı ve biçimi başka olacaktır. Dolayısıyla, baskı, kağıt ve kapak geçirme bu tip eserlerde kullanılması adet olmuş biçimlere uygun olmalıdır[881]. Ancak, yayınlayan seçimini sürümü zorlaştıracak tarzda yapamaz. Yayınlayan, çoğaltma borcunu yayın işlerinde geçerli olan usullere göre yerine getirmeli ve kendi takdirine bırakılmış olan bu işlerde eserin özüne ve amacına aykırı düşen davranışlarda bulunmamalıdır[882].

Yayınlayan, eserin türüne ve hitap ettiği kitleye göre ayıplı veya uygun olmayan kitap donanımı (baskı, kağıt kalitesi) kullanmışsa, yayın sözleşmesine özgü özel hüküm olmadığı sürece, genel hüküm olan BK m. 96 uyarınca yayınlatana karşı sorumludur[883].

İsviçre Hukuku'nda da, yayın sözleşmesine konu olan eserin türüne göre çoğaltma tekniğinin de değişeceği kabul edilmektedir[884]. Bu anlamda, yayın sözleşmesine konu olan eserin, ilim ve edebiyat eseri, müzik veya güzel sanat eseri olup olmamasına göre, çoğaltma tekniği de değişecektir. Bu bilgiler ışığında, çoğaltma yönteminin de çeşitlilik gösterebileceği vurgulanmalıdır. Zira, bir ilim veya edebiyat eserinin çoğaltılması genellikle matbaa tekniği, yani eserlerin basılması, tab edilmesi ile gerçekleşirken, bir müzik eserinin çoğaltılması eserin CD'ye, kasete, bilgisayara kaydedilmesi şeklinde gerçekleşecektir. Yazılı eserler için normal çoğaltma usulü basım olduğundan, çoğaltma işlemi teksir veya baskı makineleri ile olabileceği gibi, daktiloda yazmak suretiyle de olabilir. Müzik eserlerinde de, bir şarkının plağa alınarak bu plağın kalıplara çoğaltması da aynı mahiyettedir. Kanun çoğaltmanın uygun şekilde yapılacağını belirtmek suretiyle her çeşit eserin kendisine özgü bir usul ile çoğaltılabileceğini ifade etmek istemiştir[885]. Bu noktada, "tab (baskı)" tekniği ile, sadece bilinen matbaa tekniği değil, eserin çoğaltılmasına imkan veren her türlü modern tekniğin de bu kapsam içinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmelidir[886].

Tezimizin kapsamı içinde biz de, Türk Hukukunda yayın sözleşmesinin konusunu BK m. 372 uyarınca ilim veya edebiyat eseri oluşturduğu için, bu alanda en yaygın yöntem olan matbaa tekniğinin esas alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak, yayın sözleşmesi aslında eserin değerlendirilmesini konu alan tüm telif hakkı sözleşmelerinin temelini oluşturduğu için, eserin çoğaltılmaya elverişli olması kaydıyla her türlü fikir ve sanat eserinin çoğaltılması ve yayınlanmasında, her sözleşmenin ve eserin bünyesine uygun olduğu ölçüde BK'daki hükümlerin kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu -yukarıda da belirttiğimiz üzere-

[881] GİRİTLİOĞLU, 57; TUNÇOMAĞ, 1145-1146; YAVUZ, 551-552; ZEVKLİLER, 355; FRANKO, 140 vd. .
[882] GİRİTLİOĞLU, 57, SCHRICKER, 384.
[883] Bkz. TROLLER, II, 912-913.
[884] TROLLER, Kommentar, 46; PEDRAZZINI, 584.
[885] BİLGE, 277.
[886] FRANKO, 133.

kanısındayız.

C. ÇOĞALTMA BORCUNUN BAŞLAMA ZAMANI

BK ve İBK'da, yayınlayanın çoğaltma borcuna ne zaman başlaması gerektiği konusunda özel bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla, tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini derhal ifa etmeleri gerektiği konusundaki genel kural olan BK m. 47/İBK m. 75 devreye girecektir. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, yayınlayanın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini daha sözleşmenin kurulduğu anda ifa edebilir durumda olması gerekmez. Yayınlayana düşen, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesi için elinden çabayı göstermek, bu kapsamda eser nüshalarını teslim alır almaz eserin çoğaltılması faaliyetlerine girişmektir. Bu yüküm, kural olarak her iki tarafın da çıkarına uygundur. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ve somut olayın özellikleri bizi aksi bir sonuca götürmedikçe eser mümkün olan en kısa zamanda piyasaya sürülmelidir[887].

Eğer sözleşmede, çoğaltma işlemine başlama zamanı belirlenmişse, yayınlayan çoğaltma işleminin hazırlık faaliyetlerine, manüskriyi alır almaz derhal başlamalıdır. Zira, yayınlayan bunun gerçekleşeceğinden haberdardır[888]. Ancak, teslim zamanı belirlenmemişse veya yayınlatan teslim zamanından önce eseri yayınlayana teslim ederse, yayınlayan mümkün olan en kısa sürede çoğaltma işlemine girişmelidir. Ancak, yayınlayan sözkonusu işlemi, başka bir sözleşme uyarınca bir diğer eserin yayınlanma önceliği varsa, bu eserin yayınlanma hazırlıklarını aksatmadan yapmalıdır. Yayınlayan teslim zamanı belirli olmayan eserleri uygun bir süre içinde yayınlama imkanına sahip olmadığından, yayınlayanın bu süre zarfında sözkonusu eserlere ilişkin çok fazla yayın sözleşmesi kurmaması gerektiği ileri sürülmektedir[889].

AYK §15, yukarıda belirtilen şartları dikkate almadan, yayınlayana eserin tam metninin tesliminden hemen sonra çoğaltma yükümünü yüklemiştir. Anılan hüküm, ayrıca eserin bölümler veya kısımlar halinde yayınlanması halinde, çoğaltmanın, yayınlanması kararlaştırılan kısmın yazar tarafından teslim edilmesiyle birlikte başlaması gerektiğini içermektedir. AYK §15 emredici bir hüküm değildir. Dolayısıyla, taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile bunun aksini kararlaştırabilirler. Taraflar arasında böyle bir anlaşmanın olmaması halinde, yayınlayan eserin zilyetliğine sahipse, derhal çoğaltma işlemine başlamak

[887] TROLLER, Kommentar, 25-26.
[888] TROLLER, Kommentar, 47.
[889] TROLLER, Kommentar, 47.

zorundadır[890].

Eserin daha başarılı bir grafik satış grafiği çizmesinde menfaat söz konusu olduğu sürece, yayınlayanın çoğaltma işlemine tam olarak başlama zamanı belirleme konusunda belirli bir takdir alanına sahip olduğu kabul edilmektedir. Genellikle, çoğaltmaya başlama zamanının belirlenmesi yayınlayanın kendisine tanınmaktadır. Ancak, sözleşmede böyle bir maddenin yer almaması halinde bile, yayınlayan bu yükümlülüğün ifasını dürüstlük kuralına aykırı olarak geciktiremez[891].

Uygulamada çoğunlukla sözleşmede çoğaltmaya başlama zamanı konusunda herhangi bir hükme yer verilmez, ancak daha çok eserin belirli bir tarihte dağıtılmaya başlanması gerekliliği konusunda bir hüküm yer alır ki, bu da zaten dolaylı olarak çoğaltma işleminin başlama zamanı üzerinde de etkili olmaktadır. Zira bu tarihin tespit edilmesi, bir anlamda çoğaltma işleminin başlangıcının farklı bir şekilde, yani dolaylı olarak tespitinden ibarettir. Eğer, yayınlayanın ticari ilişkileri dikkate alınarak, başlama zamanı kendisinin takdirine bırakılmışsa, yayınlayan yayın sözleşmesinde de temel ilke olan dürüstlük kuralı uyarınca uygun bir süre içinde çoğaltma işlemine başlamalıdır, yoksa belirsiz bir süre boyunca çoğaltma işleminin başlamasını geciktiremez veya erteleyemez[892]. Eğer, başlama zamanı yayınlayanın tamamen kendi arzusuna bırakılacak şekilde, çok belirsiz olarak saptanmışsa, böyle bir hükmün yorumu çoğaltma ve yayma borcunun gerçekten var olup olmadığı sonucuna götürebilir ki, böyle bir durumda yayın sözleşmesinin varlığından da bahsedilemez[893].

Bu bağlamda, yayınlayan eserin tam metnini (manüskriyi, sureti, disketi) hakimiyeti altına alır almaz, ele geçirir geçirmez eserin çoğaltılmasına başlamak zorundadır. Eserin ele geçirilmesi, hakimiyet altına alınması ile, yayınlayanın alışılagelmiş bir şekilde çoğaltmaya başlayabilecek şekilde eserin zilyetliğine ulaşması ifade edilmektedir. Bu çerçevede, yazar eserin teslimine ilişkin edim yükümlülüğünü, yayınlayanın çoğaltma borcu karşısında, öncelikli olarak yerine getirmelidir. Diğer bir ifadeyle yayınlayan esere ulaşmadan önce çoğaltma işlemine başlayamayacaktır. Aksinin kabulü, eşyanın doğasına da aykırıdır[894]. Kanun koyucunun, yayınlayana eser metnini, tam metnin alınmasından sonra çoğaltma işlemine başlama yükümlülüğünü öngörmesinin arkasında yatan düşünce, yayınlayanın yazarın eseri henüz tamamlamadığı durumlarda karşı karşıya kalabileceği gereksiz

[890] OLG München GRUR 1956, 236.
[891] PEDRAZZINI, 584.
[892] SCHRICKER, 398; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 122; PEDRAZZINI, 584.
[893] SCHRICKER, 398.
[894] SCHRICKER, 398.

masraflardan korumaktır[895].

Manüskrinin tam olması, yayınlayanın çoğaltma işleminde temerrüde düşmemesi için de gereklidir. Manüskrinin tam olması zorunluluğu, eserin asıl metinin, asıl metin kapsamındaki dipnotlar ile şekil ve resimlerin de basılmaya hazır bir şekilde teslim edilmesi halinde yerine getirilmiş sayılacaktır. Eserin içindekiler kısmının, kavram indeksinin olmaması manüskrinin tam olmasını engelleyen bir durum değildir. Zira, bu kısımlar eserin düzeltmelerinin yapılmasından sonra da yayınlayana teslim edilebilir. Çünkü, eserin sayfa sayısı en erken, düzeltmelerin teslim edilmesinden sonra kesin olarak saptanabilecektir[896].

Eğer yazar manüskriyi, parça parça teslim ediyorsa, bu durumda, yayınlayan AYK uyarınca, çoğaltma işlemine en erken manüskrinin, yukarıda belirtilen kapsamda eline geçtiği anda başlamak zorundadır. Zira, yazarın eseri tam olarak teslim etmemesi halinde, yayınlayan çoğaltma işlemiyle ilgili yapılan hazırlıkların, alınan tedbirlerin faydasız kalması, harcamaların boşa gitmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalmak zorunda değildir. Ancak, yazar tam olarak teslim ettiği manüskrinin bir kısmını düzeltme veya eklemeler yapmak için geri talep ederek almışsa, yayınlayan eserin çoğaltma işlemlerine başlamak için, düzeltilen veya tamamlanan manüskri bölümünü tekrar alana kadar beklemek zorundadır[897]. AYK §15, yazara eser tam olarak kendisine teslim edilir edilmez, derhal çoğaltmaya başlama ve bunun için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemiştir. Bu bağlamda, AYK §15'e göre yayınlayanın, eser kendisine bütünüyle teslim edildiği anda çoğaltma faaliyetine başlamasını öngören hükmü ve bu çerçevede benimsenen kriterler İsviçre'de de kabul edilmektedir[898].

Çoğaltma işleminin başlaması, eser nüshalarının çoğaltılması demek değildir, aksine çoğaltma işlemine hazırlıktır. Eser nüshalarının çoğaltılması, en erken az veya çok zaman gerektiren ön çalışmalardan sonra başlayabilir. (Manüskrinin kontrol edilmesi, baskı teknikleri konusundaki talimatların yerine getirilmesi, uygulanması, yayınlatana yeniden yöneltilen sorular, hesaplamalar)[899].

Teknik olarak, çoğaltma işlemine başlama, baskı işlerine veya dijital olarak eserin algılanması, eserin oluşturulması gibi, eserden kopya alınmasına yarayacak hazırlık işlemlerine ve bu konudaki gerekli tedbirlerin alınmasına başlanmasıdır. AYK'nın sadece lafzı uyarınca, yasa yayınlayana sadece eserin teslim edilmesinden hemen sonra çoğaltma

[895] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 122.
[896] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 122; SCHRICKER, 398. Buna karşılık, manüskrinin bir parçası olarak yazarın yazacağı önsöz ve yine yazar tarafından hazırlanabilecek olan kısaltmalar cetveli de hesaba katılmalıdır.; SCHRICKER, 398-399.
[897] SCHRICKER, 399, 401.
[898] TROLLER, Kommentar, 26.
[899] TROLLER, Kommentar, 47.

hazırlıklarına başlama ve gerekli tedbirleri alma yükümü yüklemiştir. Ancak, eserin çoğaltılmasının ne kadar sürmesi gerektiği ve bu işlemin ne zaman biteceği sorusuna ve çoğaltılmış nüshaların ne zaman yayınlanacağı konusunda AYK herhangi bir hüküm içermemektedir. Yayın faaliyetinin ekonomik fonksiyonundan, AYK'nın oluşum sürecinden ve temel hukuk kurallarından, çoğaltma işleminin gecikme olmaksızın devam etmesi ve sona erene kadar sürmesi, bu işlemden sonra da çoğaltılan nüshaların derhal yayılmaya başlanması gerektiği sonucu çıkmaktadır[900].

Alman doktrininde, AYK §15'de öngörülen genel kuralın İBK m.75/BK m. 74'teki genel kuralı ışığında İsviçre hukuku için de uygulanabileceği savunulmaktadır. Ancak, bu görüşü benimseyen yazarlar, İBK ve BK'nın anılan hükmünün taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte ifa yükümlülüğünün başladığına dikkati çekmektedirler. Bu noktada, her ne kadar İsviçre'de yayın sözleşmesi Alman Hukuku'nda olduğu gibi en erken manüskrinin teslim edilmesiyle kurulmadığı için, kural olarak ne yayınlatan ne de yayınlayan ifaya hazır durumda olmak zorunda değildirler. Zira, İsviçre Hukuku'na göre yayın sözleşmesi rızai bir sözleşme olduğu için sözleşmenin kurulması için taraf iradelerinin uyuşması yeterlidir. Sözleşmenin kurulduğu anda da eser henüz bitmemiş olabilir. Bu bağlamda, anılan hükmün uygulanması ancak sözleşmenin özel niteliği dikkate alınarak sözkonusu olmalıdır. AYK §15, İsviçre Hukuku'nda ancak yukarıdaki şartlar gözönünde tutularak, sözleşme boşluklarının doldurulmasında uygulanabilir[901].

Bu çerçevede, İsviçre Hukuku'na göre yayınlayan sadece, eserin teslim zamanı hakkında önceden bilgi sahibiyse ve bu durum kendisi tarafından onaylanmışsa, çoğaltma işlemine eserin tesliminden sonra derhal başlama yükümlülüğü altındadır. Diğer hallerde yayınlayana uygun bir süre tanınmalıdır[902]. Burada bahsedilen uygun süre, TMK m. 2'deki dürüstlük kuralı uyarınca saptanmalıdır.

Çoğaltma işlemine derhal başlanması, yayınlayandan kaynaklanmayan sebeplerden, özellikle savaşlar, iç çatışmalar, resmi makamların düzenlemeleri, yönetmelik ve tüzükleri, grev, elektrik sıkıntısı veya hammadde eksikliği dolayısıyla mümkün olmayabilir. Bütün bu hallerde, somut olayda "işlem temelinin çökmesi" kurumunun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalı, yayınlayanın sorumluluğu da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ancak, baskı işlerinde, kağıt fiyatlarında, matbaacıların maaşlarında sonradan ortaya çıkan

[900] SCHRICKER, 401-402.
[901] Bkz. TROLLER, Kommentar, 47.
[902] TROLLER, Kommentar, 47; GİRİTLİOĞLU, 57.

mali zorluklar, yayınlayanı çoğaltmaya başlama yükümlülüğünden kurtarmayacaktır. Aynı sonuç, yayınlayanın temelde çok esaslı bir hesaplama hatası yapması, kitap piyasasında oluşan önemli bir değişiklik ve eserin satış olasılığının şüpheli olması hallerinde de geçerlidir. Hatta, kamunun değer yargılarının ve taleplerinin, eğilimlerinin değişmesi de yayınlayanı bu yükümlülüğünden kurtarmayacaktır. Zira bu da, yayınlayanın ekonomik risk alanına dahil bir unsurdur. Bahsedilen ihtimallerde, yayınlayan her zaman olduğu gibi yayın işi konusundaki ekonomik rizikoyu taşıyacaktır[903]. Ancak, her olayda, işlem temelinin çökmesi kurumunun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği somut olayın özellikleri araştırılarak ve yayınlayanın sözleşmenin ekonomik rizikoyu taşıyan taraf olduğu gerçeği gözönünde bulundurularak bir sonuca varılmalıdır.

D.YAYINLAYANIN ESERİ AYNEN ÇOĞALTMA BORCU

Yayınlayan, kural olarak, taraflar sözleşmede aksini kararlaştırmamışlarsa, eseri aynen çoğaltmakla yükümlüdür[904].

BK m. 376/I'e göre, yayınlayan eseri belirli bir şekil altında, hiçbir kısaltma, ilave ya da değişiklik yapmaksızın uygun biçimde çoğaltmakla yükümlüdür[905].

FSEK m. 16/I hükmü de, buna paralel bir hüküm getirmiştir. FSEK m. 16/I'e göre, "eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz. FSEK m. 16/III uyarınca da, "eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri men edebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür"[906]. Eserde değişiklik yapılmasını

---

[903] OLG München GRUR 1956, 236, 237; SCHRICKER, 401.

[904] Bkz. TROLLER, Kommentar, 47 vd.; PEDRAZZINI, 585; HILTY, Basler, 2086; GİRİTLİOĞLU, 58; BİLGE, 277; FRANKO, 148 vd.; TUNÇOMAĞ, 597.

[905] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 492/I'e göre, "Yayımcı, eseri hiçbir kısaltma, ekleme ve değişiklik yapmaksızın uygun biçimde çoğaltmakla yükümlüdür; yayımcı, ayrıca satışın artırılması için gerekli tanıtım ve dağıtımı yapmak ve bu konuda her türlü önlemi almak zorundadır".

[906] İsviçre Federal Mahkemesi 20 Ocak 1943 tarihli bir kararında, eserde yapılan değişikliklerin yazarın itibarını zedeleyip, zedelemediğini tayin için, eserin, yazarın özelliklerini yansıtıp yansıtmadığını ayırıcı ölçüt olarak kabul etmiş ve sanat eserlerinde yapılan değişikliklerin yazarın özelliklerine dokunduğunu, buna karşılık bilimsel eserlerle öğrenciler için yazılmış kitaplarda yapılacak değişikliklerin yazarın itibarına halel getirmeyeceğini belirtmiştir. BGE 69 II 53; GİRİTLİOĞLU, 58-59. Doktrinde BELGESAY da bu karara katılmaktadır. Bkz. BELGESAY, 55.
Kanaatimizce de GİRİTLİOĞLU'nun isabetle belirtmiş olduğu üzere, eserlerin bu şekilde ve genelleştirilerek ikiye ayrılması uygun bir ölçü ve kriter olamaz. Kaldı ki, BK m. 376 ve FSEK m.16 da bu konuda herhangi bir ayrıma yer vermemiştir. Ancak GİRİTLİOĞLU, TMK m.2'deki dürüstlük kuralları gereğince, bilim alanındaki yeniliklerin, yazarın esere koyduğu kişiliği bozmaksızın, esere geçirilmesinin caiz ve gerekli olduğu durumlarda bir ayrığın kabul edilebileceğini belirterek, esere bilim ve sanat alanındaki yeniliklerin geçirildiğinin belirtilmiş olması gerekliliğini vurgulamıştır. GİRİTLİOĞLU, 59. İsviçre Federal Mahkemesi,

menetmek yetkisi, eser sahibinin manevi hakları arasında yer almaktadır. Bu bağlamda, yayınlayanın eseri aynen çoğaltma borcu, "eseri değiştirme yasağı" olarak da ifade edilmektedir[907].

Değiştirme yasağı, yayınlayan için eserin fikri özü ile sınırlanmış olmayıp, biçimi de içine alır[908]. Bu bağlamda, yayınlayan, yayınlatanın izni olmaksızın eseri resimleyemediği gibi, eserdeki resimleri de çıkaramaz; çünkü bunlar eserin özüne ilişkindir. Planlar, şemalar ve benzerleri için de aynı şey geçerlidir[909]. Yine, yayınlayan eserin içeriğiyle ilgili düzeltmeler yapmaya yetkili olmadığı gibi, kural olarak eserin imla hatalarını ve noktalama işaretlerini de düzeltemez[910].

---

yine yukarıda sözü geçen kararında, yayınlatanın yayınlayanca yapılan değişiklikleri öğrenmesinden ve uzun bir süre sustuktan sonra tecavüzün men'ini istemesini haklı olarak hakkın kötüye kullanılması saymıştır.

[907] TROLLER, Kommentar, 48 vd.; GİRİTLİOĞLU, 58 vd.; TUNÇOMAĞ, 597 vd.; SCHRICKER, 366; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 121. Değiştirme yasağının arkasında yatan hukuki gerekçe, eser sahibinin kişilik haklarıdır. Zira, bu temele dayanarak eser sahibine, sadece eseri kamuya sunma veya sunmama konusunda karar verme hakkı tanınmamış, ayrıca eser sahibinin eserin hangi şekilde kamuya sunulmasına da karar verme imkanı, manevi haklar başlığı ve kapsamı altında verilmiştir. Bkz. BGE 114 II 370; HILTY, Basler, 2086; SCHRICKER, 366; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 121.
Yargıtay 11. HD'nin 29.1.1999 tarih ve E. 1998/10031, K. 1999/250 sayılı kararında ilk derece mahkemesi, taraflar arasında yazılı bir yayın sözleşmesi bulunmadığı davacıya ait ve birden fazla baskısı yapılan daha önceki çeviri eserlere de benzer ekleme ve değişiklikler yapılarak basıldığını davacının bu uygulamaya bir itirazı olmadığı böylece davacıya ait çeviri eserlerin redaksiyon kurulundan ekleme ve değişiklik görerek basımının yapıldığı, bu şekildeki basım işinin taraflar arasında teamül haline dönüştüğü, davacı tarafından da bu teamülden ayrı biçimde eserin basımı konusunda ihbarda bulunulmadığı bu uygulamanın yıllarca devam ettiği, uzun yıllardan beri uygulanan bu durumun yasaya aykırılığının ileri sürülmesinin iyiniyet kurallarıyla bağdaşmadığı, uygulamanın aksine bir davranışta bulunmaksızın çeviriyi yapan, ekleme ve değişiklikleri görerek çeviri ücretini alan bu konuda herhangi bir itirazda bulunmayan davacının FSEK. hükümlerine dayanarak talepte bulunamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ve karar 11. HD tarafından onanmıştır. 11. HD'nin sözkonusu kararında, Marka Engels tarafından yazılmış olan "On Litaratüre And Art" isimli eserin davacı Öner tarafından yapılan Türkçe çevirisinin, yayınevi sahibi davalı Muzaffer tarafından yayınlandığını ve ilk baskısının yapıldığı Kasım 1995 tarihinde kitabın bir adedinin davacıya verildiği, davacının telif ücretini aldığı ve kitaba yapılan ekleme ve değişiklikler hakkında bilgi sahibi olduğu halde hiçbir ihtirazı kayıt ileri sürmediği, kitabın yayınlar durdurmak için girişimde bulunmadığı Temmuz 1996 tarihinde işbu davayı açtığı ve aksi kanıtlanmayan ve itiraz edilmeyen davalı savunmasında belirtildiği üzere 1970 yılında davacı tarafından çevirisi yapılan ve 1973 yılına kadar 7. baskısı yayınlanan Engels'in (Ütopik Sosyalizm ve Bilimsel Sosyalizm) isimli çeviri eser ile ilk baskısı Haziran 1979 da yapılan ve sonraki yıllarda 4 baskısı daha yapılan keza çevirisi davacı tarafından yapılan ve yine davalı tarafından yayımlanan Marka Engels'in (Kadın ve Aile) isimli kitaplarda da dava konusu kitaplarda olduğu gibi davacının yazılı izni olmadan ekleme ve değişikliklerin yapıldığı davacının bunları aynen benimseyip çeviri ücretini aldığı uyuşmazlık konusu bulunmamaktadır. Uyuşmazlık konusu olmayan bir hususta fikri ürünün FSEK. 6 md. kapsamında çeviri türünden "işleme eser" olduğu, davacının işleme eser sahipliği sıfatının bulunduğu, davanın FSEK. md. 16 anlamında "manevi hak ihlali" nedeniyle açıldığı Dairemizce de benimsenmiş bulunmaktadır. Sonuç olarak somut olayın özelliği itibariyle davacının eserde izni olmadan ekleme ve değiştirme yapılamayacağı şeklindeki iddiası yukarıda özetlenen duruma göre MK. 2/2 fıkrasında yazılı hakkın kötüye kullanılması olarak öngörüldüğünden kabul edilmemiştir. Bkz. YKD, C. 25, S. 5, 1999, 644 vd.

[908] ULMER, §65, II, 2; SCHRICKER, 366; YAVUZ, 544; GİRİTLİOĞLU, 59; FRANKO, 149; TUNÇOMAĞ, 1145; ZEVKLİLER, 355.

[909] GİRİTLİOĞLU, 59, SCHRICKER, 384; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 121.

[910] TROLLER, Kommentar, 48; TUNÇOMAĞ, 597. Hatta, yayınlayanın yayınlatanın yazı stilini dahi değiştiremeyeceği kabul edilmektedir (TUNÇOMAĞ, 597), ki kanaatimizce de eserin kamuya sunulma tarzını belirleme yetkisi eser sahibinde olduğundan, yayınlayanın bu alana müdahale etme yetkisi olmamalıdır. Zira, eserde kullanılan yazı stili, eserinin niteliğinin ve özgünlüğünün yansıtılması, ortaya konulması açısından da belirli bir katkıya sahip olabilir. Aksi görüş BİLGE, 277. Mesela harflerin şeklini, büyüklüğünü, diziliş tarzını

Değiştirme yasağı, başlık, önsöz, matlap, dipnotları ve sonuç kısmı hakkında da uygulama alanı bulacaktır. Aynı şekilde, eser metnine ek olarak, yazarın onayı olmadan, herhangi bir reklama, ilana, broşüre yer verilmesi de mümkün değildir[911]. Ancak, HABERSTUMPF/HİNTERMEİER[912] ve GOLDBAUM[913] genel kanı uyarınca, yayınevinin kendi yayınlarının olduğu ilanların ek olarak eserde yer alabileceğini kabul ederken, SCHRİCKER, ilanlar konusunda bir ayrım yaparak konuya bir çözüm getirmektedir ki, kanaatimizce de bu sonuç ve yorum menfaatler dengesinde daha uygundur. SCHRİCKER, eğer eserdeki ilanlar, aynı yazara ait eserlere ilişkinse, bu durumda buna izin verilmesini engelleyecek herhangi bir sebebin olmadığını kabul etmektedir. Ancak yazar, eğer esere ek olarak, eserle aynı alanda ve kapsamda yer alan ve eserin değerini ve sürümünü olumsuz etkileyebilecek türde eserlere yer verilecek ve bunlar ilan edilecekse, bu durumda bu ilanların yayınlanmasına olumsuz yanıt verilmesi gerektiğini vurgulamaktadır[914]. Ancak bugünkü uygulamada, eser metninin sonunda, ek olarak yapılan dergi veya kitap reklamı şeklindeki ilanlar, teamül uyarınca kabul edilmektedir.

Yayınevinin adının, yayınlayan kuruluşun adının, basım tarihinin ve basım yerinin eser kapağında yer alması, eserin içeriğini veya şeklini etkilemeyen değişiklikler olarak, değiştirme yasağı kapsamında yer almazlar[915]. Uygulama da bu yöndedir.

Değiştirme yasağı, FSEK m. 16/I'de de ifade edildiği üzere, eserin adında olduğu gibi, eser sahibinin nitelendirilmesi hakkında da geçerlidir. Eser sahibi eserde kendi resmi ismini kullanabileceği gibi, kamuda tanınan lakabını veya takma adını da kullanabilir[916]. Değiştirme yasağı eser sahibinin ünvanlarını da kapsamaktadır. Bu bağlamda, yayınlayan eser sahibinin ünvanlarını da eserde göstermek mecburiyetindedir. Zira, bu ünvanlar, ismin teferruatı olarak kabul edilirler. Aynı zamanda bu ünvanlar, eserin sürümünde de etkili olacağından, yayınlayanın da bu ünvanları kullanmakta ve değiştirmemekte menfaati vardır[917].

Eser sahibi aynı zamanda, eserinin her nüshasının üzerinde kendi isminin konmasını istemek hakkına sahiptir. Eğer eser, birden fazla kimse tarafından yazılmışsa, ancak bu eserin kısımlara ayrılması mümkünse yani FSEK m. 9/I anlamında bir "Ortak Eser Sahipliği" söz

---

tayin hakkı kural olarak yayınlayana aittir. BİLGE, 277.

911 Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 121, SCHRICKER, 384. İlanlar hakkında değiştirme yasağının uygulama alanı bulmayacağı konusundaki aksi görüş, GİRİTLİOĞLU, 59; LUDİN, 94.

912 Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 121.

913 Bkz. GOLDBAUM, 257.

914 Bkz. SCHRICKER, 384.

915 GOLDBAUM, 255; SCHRICKER, 369; HABESTUMPF/HINTERMEIER, 121.

916 TROLLER, Kommentar, 48; FRANKO, 151.

917 FRANKO, 151. Bu bağlamda, bir profesör, adının önüne Profesör Doktor titrinin konmasını, bir Doçent adının önüne Doçent Doktor titrinin konmasını talep edebilir. Bu çerçevede yayınlayan sözkonusu ünvanları eser sahibinin belirlediği şekilde kullanmakla ve basmakla yükümlüdür.

konusuysa, yayınlayan her kısımda o kısmın eser sahibi olan kişinin adını eser nüshalarında göstermelidir[918]. Uygulamada bu duruma, özellikle ders kitaplarının belli bölümlerinin ayrı ayrı yazarlar tarafından yazılması ya da şerhlerin belirli kısımlara ayrılarak söz konusu kısımların farklı kişiler tarafından kaleme alınmasında rastlanmaktadır.

UrhG §39'da değiştirme yasağı hakkında paralel bir hükme yer vermiştir[919]. Söz konusu hükmün birinci fıkrası, aksi kararlaştırılmadığı takdirde, yararlanma hakkı sahibinin eseri, eserin başlığını ve eser sahibinin nitelendirilmesini değiştirmeye yetkili olmadığını belirtmektedir.

Değiştirme yasağının, gazetelerde çıkan makaleler için de geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bu durum, özellikle arada bir yayın sözleşmesi olduğu durumlarda veya sadece basım izninin verilmiş olduğu haller sebebiyle ortaya çıkmaktadır[920].

Yayınlayanın aynen çoğalma borcunu ihlal etmesi, eser sahibinin onayı olmadan eserde değişiklikler yapması, hem yayın sözleşmesine aykırılık oluşturacak ve bu anlamda genel hüküm olan BK m. 96 devreye girecek[921], hem de yayın hakkı, dolayısıyla telif hakkı ihlali oluşturacak ve buna bağlanan yasal sonuçlar devreye girecektir.

E. AYNEN ÇOĞALTMA BORCUNUN/DEĞİŞTİRME YASAĞI KURALININ İSTİSNALARI

Söz konusu değiştirme yasağına rağmen, bazen eserde son derece açık yazım yanlışları söz konusu olabilir. Örneğin, imla yanlışları noktalama işaretleri, yanlış olduğu açıkça belli tarihler ya da matematik ve fizik bakımından yanlış olduğu yine açıkça belli sayılar[922]. Bu durumda, yayınlayanın bu hataları mutlak olarak düzeltme yetkisine sahip olup olmadığı irdelenmelidir. Bu konuda, UrhG §39/II önemli bir hükme yer vermiştir. Anılan hüküm uyarınca, eserde veya eserin başlığında, eser sahibinin, sadakat ve güven ilkesi uyarınca onay vermekten kaçınamayacağı değişiklikler, geçerlidir. Ancak, söz konusu hüküm somut olayın şartlarına göre uygulama alanı bulacak bir hükümdür. Yayınlayan bu hükme dayanarak yaptığı değişikliklerde çok dikkatli olmalıdır. Zira, burada eser sahibinin onayı yasal bir karineye dayanarak verilmiş sayılmaktadır. Kural olarak, yazarın bu değişikliklerin yapılması gerektiğini bilmesi halinde, bu düzeltmeleri zaten kendisinin yapacağı durumlarda,

[918] TROLLER, 151.
[919] UrhG §39 ile yayınlayanı tarafından yapılan değişiklikleri düzenleyen AYK §13 yürürlükten kalkmıştır.
[920] TROLLER, Kommentar, 48.
[921] Bkz. TROLLER, II, 912-913.
[922] Bkz. GİRİTLİOĞLU, 60.

yayınlayanın yapmış olduğu değişikliklerin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Ancak, sadakat ve güven formülü uygulanırken, eser sahibinin ve yayınlayanın menfaatlerinin tartılması ve her şeyden önce eser sahibinin kişilik haklarına ve eser üzerinde sahip olduğu manevi haklarına öncelik verilmelidir. Anılan hükmün uygulama alanına, şüphe götürmez yazım hatalarının veya yanlış olduğu açık olarak bilinen sayıların düzeltilmesi girmektedir[923].

İmla hataları ve noktalama işaretlerinin mutlak olarak değiştirme yasağı kapsamında mı yer aldığı yoksa bu kuralın bir istisnasını mı oluşturduğu tartışmalıdır. Zira, bazı yazarlar, imla ve noktalama işaretlerinin, yazı stili ve eserin özü gibi mutlak olarak değiştirilemeyeceğini benimsemişlerdir[924]. Dolayısıyla, yayınlayan bunları olduğu gibi hataları ile birlikte çoğaltmak zorundadır. Buna karşılık çok katı olan bu görüş karşısında daha orta bir görüş ileri sürülmüştür ki, kanaatimizce de bu görüş yerinde bir görüştür. Yayınlayan sadece çok açık olan yazım yanlışlarını düzeltebilir. Ancak, yayınlayan, imla kurallarına açıkça aykırı bir yanlış veya ihlal olmadığı sürece, noktalama işaretlerini düzeltemez. Ancak, bu genel kuralın uygulanması, yani yayınlayanın düzeltme yapabilmesi ancak, yazarın dürüstlük kuralına göre rıza göstermekten kaçınamayacağı değiştirmeler halinde, diğer bir ifadeyle yazarın dürüstlük kuralı uyarınca bu değişikliklere karşı çıkamayacağının sabit olduğu hallerde söz konusu olabilmelidir. Diğer bir ifadeyle, bu kural son derece dar sınırlar içinde uygulanmalıdır[925].

Bu konuda ileri sürülen diğer bir argüman da, kasten yapılmış oldukları sabit olmadıkça, yayınlayan tarafından bu imla hatalarının düzeltilebileceği yönündedir. Zira, bazı imla hataları ifadeye anlam katmak veya ifadeyi ironik bir hale getirmek için kasten yapılmış olabilir[926].

FSEK m. 16/II de bu yorumu destekleyici bir hükme yer vermiştir. Anılan hüküm uyarınca, "kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arz eden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir".

[923] Bkz. SCHRICKER, 372.
[924] TUNÇOMAĞ, 597. Ayrıca bkz. FRANKO, 152.
[925] Bkz. TROLLER, Kommentar, 48.; TROLLER, II, 792; HILTY, Basler, 2086; SCHRICKER, 372; FRANKO, 153.
[926] Bkz. SCHRICKER, 367.

II. YAYINLAYANIN YAYMA BORCU

A. GENEL OLARAK

Yayma hakkı, eser sahibinin mali hakları arasında yer alan ve eser sahibi tarafından bizzat kullanılabileceği gibi, süreli veya süresiz, ivazlı veya ivazsız, belirli bir ülke için veya böyle bir sınırlama olmaksızın başkasına da devredilebilen bir haktır.

Eser sahibi, yayma hakkını devrederken yersel ve zamansal sınırlamalar koyabilir. Mesela eser sahibi kitabının sadece yurtta yayınlanması hakkını yayınlayana tanıyabileceği gibi, Almanya, İsviçre ve Türki Cumhuriyetler için ayrı ayrı yayınlayanlarla anlaşabilir veya yurtdışı yayın hakkını saklı tutabilir. Bu halde ithale engel olabilir veya yurt içi ya da yurtdışı yayın haklarını 2000 yılına kadar devredebilir. Bu tür sınırlamalar tükenme ilkesinin uygulanmasında önem taşır[927].

Ancak, yayın sözleşmesi sadece yayma hakkının devrinden farklı olarak, yayınlayan bakımından yalnız bir "hak" doğurmakla kalmaz, aynı zamanda onu eser sahibine karşı eseri yayma "borcu" altına da sokar[928].

B. YAYMA HAKKI KAVRAMI

FSEK m. 23/I, yayma hakkını "bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak" olarak tanımlamış ve bu hakkın münhasıran eser sahibine ait olacağını hükme bağlamıştır.

Bu bağlamda, yayma, çoğaltılmış eserin ve işlenmesinin; dağıtılma, satış, kiralanma (mesela film kopyalarının gösterilmek, kitapların okunmak için kiracıya bırakılması, internete yükleme), ödünç verme (mesela notaların aslının bir konser için icracıya gönderilmesi), kamuya ödünç verme veya herhangi bir yolla ticarete sunulması demektir. Yayma hakkı, çoğu kez ticaret mevkiine koyma anlamına gelir[929].

FSEK çoğaltma ile yaymayı birbirinden ayrı iki yetki olarak düzenlemiştir. Aslında çoğaltma, yayma yetkisinin kullanılabilmesi için zorunludur[930] ve ilk bakışta kanunun bu iki

---

[927] TEKİNALP, 175.

[928] AYİTER, 242; EREL, 145; PEDRAZZINI, 582; ULMER, 433; SCHACK, 425; SCHRICKER, 142; PEDRAZZINI, 582; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 75; REHBİNDER, Urheberrecht, 320.

[929] TEKİNALP, 175. Krş. ARIDEMİR, 93 vd..

[930] Ancak, doktrinde TEKİNALP, yaymanın -çoğu kez- çoğaltmayı izleyen bir aşama olduğunu belirtmiş, ancak yayma olgusunun bazen çoğaltma olmadan da gerçekleşebileceğini ileri sürerek, bu konuda notaların aslının icracılara ödünç verilmesini örnek olarak göstermiştir. Bkz. TEKİNALP, 175.

yetkiyi ayrı ayrı düzenlemesi anlamsız bulunabilir. Uygulamada ise, bu yetkilerin ayrılması eser sahibine bazı yararlar sağlamaktadır. Gerçekten eser sahibi eserinin çoğalttırdıktan sonra bunu başka bir yer veya zamanda yayımlamakta yahut diğer bir şahsa yayımlatmakta yarar görebilir. Mesela bir eserin matbaa ve baskı tekniğinin gelişmiş olduğu yabancı bir ülkede basılıp çoğaltıldıktan sonra, Türkiye'de satışa çıkarılması mümkündür[931].

Ancak yayın sözleşmesi kapsamında hem çoğaltma hakkı ve borcu hem de yayma hakkı ve borcu doğrudan doğruya yayınlayana aittir. Aksi takdirde, bir yayın sözleşmesinin varlığından bahsedilemez. Bu anlamda bir sözleşmenin konusu sırf yayma veya sırf çoğaltma ise, bu tür sözleşmeler yayın sözleşmesi değildir, bunlar eser sözleşmeleridir[932].

Yayın sözleşmesi açısından, yayma hakkının konusu, çoğaltma ile elde edilen maddi eser nüshalarıdır[933]. Bu bağlamda, çoğaltma yapılmadan yayım da mümkün olmaz ve bir eserin çoğaltılmış maddi nüshalarının değil, fakat doğrudan doğruya aslının (gayrimaddi muhtevasının kamuya sunulduğu), mesela eserin okunduğu, çalındığı veya oynandığı hallerde yayma hakkının kullanıldığı söylenemez[934].

Bir mali hak olan "yayma hakkı" ile kamuya sunulma olgusu niteliği taşıyan "yayımlama"(FSEK m. 7/II) birbirinden farklı kavramlardır[935]. Bu anlamda yayma, eseri veya nüshalarını herhangi bir şekilde dağıtma hususundaki yetkiyi, bir vakıa olan yayımlama ise bu yetkinin kullanılması sonucu, eserin nüshaların dağıtılmasıyla kamuya sunulmasını ifade eder[936]. Zira, FSEK m. 7/II, "bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayımlanmış" sayılır hükmüne yer vermektedir. Aynı hükmün birinci fıkrası da "hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eser alenileşmiş sayılır" hükmünü öngörerek, FSEK m. 7/III, "5680 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrası hükmünü saklı tutmuştur. Bu bağlamda üzerinde durulması gereken nokta alenileşme

---

[931] AYİTER, 134; EREL, 135.

[932] Bkz. AYİTER, 134; PEDRAZZINI, 582; ULMER, 433; SCHACK, 425; SCHRICKER, 142; PEDRAZZINI, 582; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 75; REHBİNDER, Urheberrecht, 320.

[933] AYİTER, 134; ARSLANLI, 102; EREL, 146.

[934] ARSLANLI, 45; AYİTER, 109; TOPÇUOĞLU, 58; EREL, 89. Eserin doğrudan doğruya kamuya sunulması, yayma değil, FSEK m. 24'de düzenlenen temsil yetkisi, araya bir verici giriyorsa, FSEK m. 25'de düzenlenen işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkıdır. Bkz. AYİTER, 134. FSEK m. 25/I, iletim ve yeniden iletim hakkını, FSEK m. 25/II eserin çoğaltılmasını, dağıtılmasını, satılmasını düzenlemiş, ayrıca internette esere ulaşılmasının sağlanmasının, yani eserin internete konulmasının bir iletim türü olduğu kabul edilmiştir. Üçüncü fıkrada ise, iletim hakkı ile yayım hakkının farklı kavramlar olmaları sebebiyle, umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtımının ve sunumunun yayma hakkını ihlal etmediği belirtilmiştir. İnternet, FSEK m. 25/II'de, "gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimi" şeklinde ifade edilmiş, buna izin verme hakkına ve yasaklama yetkisine eser sahibinin sahip olduğu vurgulanarak, internetin bir yayın aracı olduğu hükme bağlanmıştır. Bkz. TEKİNALP, 181.

[935] TEKİNALP, 174.

[936] AYİTER, 133; EREL, 145.

ve yayım arasındaki ilişki ile Basın Kanunu'nun saklı tutulan hükümlerinin bu konu kapsamındaki etkisidir.

"Alenileşme" ve "yayımlama" kavramları, hak sahibinin gerek maddi gerek manevi haklarının kullanılmasında önem taşır. Çünkü, anılan hakların öz (cevher)leri söz konusu kavramların tanımlarından etkilenir[937].

Aleniyet, bir fikir ve sanat eserinin yaratıcının kişisel gizlilik dünyasından çıkmasını, diğer bir ifadeyle eser sahibinin özel dünyasını terk etmesini ifade eder ve fiili bir durumdur[938]. Bu bağlamda, bir eserin fikri hukuk tarafından korunabilmesi, ancak eserin aleniyet veya yayımından sonra mümkündür. Aleniyet ve yayım tarihi koruma sürelerinin hesaplanması açısından da kilit unsurdur (FSEK m. 26)[939]. Alenileşme ancak eser sahibinin rızasıyla olur[940]. Zira, FSEK m. 7/I uyarınca da, hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen eser alenileşmiş sayılır. Umuma arz, eserin ülkenin bütününde veya bir yöresinde, dar veya geniş üçüncü kişiler çevresinde, aleniyete kavuşturulması, herhangi bir şekilde tanıtılması ya da hakkında bilgi verilmesidir. Eser, yayımlanarak; sahneye, ekrana mikrofona konularak, sergilenerek, seslendirilerek, banda alınarak, internete konularak, yani online terimi anlamında içerik veya içeriğin bir parçası haline getirilerek veya sahibinin -eşi, çocukları, ana-babası, kardeşleri gibi- özel çevresi dışındaki kişilere takdim edilerek "umuma arz" edilebilir[941]. Umuma arz için, eserin çoğaltılmasına, yayınlanma veya temsil edilmesine gerek yoktur. Eserin herhangi bir şekilde, bir grup şahsın bilgisine getirilmesi yeterlidir. Bunun gibi, eserin basım için yayınevine yollanması, heykelin dökümcüye gönderilmesi, resimlerin çerçeveciye götürülmesi, bir editöre verilmesi de umuma arz olmayıp, "umuma arz" teşebbüsüdür. Umuma arz eserin sahibinin rızası olsun olmasın umuma herhangi bir şekilde intikalidir[942]. Umuma arz, yani kamuya sunma bir anda vukubulan bir defalık hukuki bir fiildir[943]. Eser sahibinin umuma arz hakkı, eser sahibinin hem manevi hem de malvarlıksal menfaatlerini koruduğu için çifte nitelik gösterir. Eserin kamuya sunulması eser sahibinin manevi haklarındandır (FSEK m. 14). Bununla birlikte, eserin umuma arzı, eserin ekonomik yönden

---

[937] TEKİNALP, 145.
[938] TEKİNALP, 154-156; AYİTER, 107; EREL, 87.
[939] Henüz aleniyet kazanmamış bir fikir ve sanat ürünü yaratıcının kişisel gizlilik çevresini aşmamıştır. Fikri ürün alenileşmediği sürece sadece kişilik haklarının korunmasına ilişkin hükümlere göre bir koruma düşünülebilir. ARSLANLI, 43; EREL, 87. Aksi görüş; AYİTER, 107. AYİTER, açıklanmamış eser üzerindeki hakkın şahsiyet hakkı değil, eser sahipliğinden doğan bir hak olduğunu belirtmektedir. Kanaatimizce, henüz aleniyete kavuşmamış, kamunun bilgisine sunulmamış fikri ürün, bu noktada ancak şahsiyet haklarına ilişkin hükümler uyarınca korunabilecektir.
[940] TEKİNALP, 155, AYİTER, 107; EREL, 88.
[941] TEKİNALP, 154-155. Ayrıca bkz. AYİTER,106.
[942] TEKİNALP, 155.
[943] TEKİNALP, 155; HIRSCH, II, 133.

değerlendirilmesi yönünden önşart vasfındadır[944].

Özetle aleniyetin fikri hukuk bakımından önem taşıyan sonuçları doğurabilmesi için iki unsurun varlığı gereklidir: 1)Fiili unsur, yani eserin fiilen umuma arz edilmiş olması ve 2) iradi unsur, yani sahibinin eseri alenileştirme hususundaki niyetidir[945]. Bu bağlamda açıklama ve kamuya duyurma niyetiyle eserin tek bir şahsa, mesela bir basın mensubuna gösterilmesi bile aleniyet için yeterlidir[946].

Buna karşılık yayım, bazı eser türlerinde umuma arz yoluyla aleniyete kavuşturmanın özel bir şeklidir. Fikri hukuk bakımından muteber bir yayımdan söz edebilmek için, diğer aleniyet hallerinde olduğu gibi fiili ve iradi unsurların varlığı gerekir. Yayımda fiili unsur iki aşamada gerçekleşir: Eserin aslından çoğaltma ile nüshalar elde edilmesi ve bu nüshaların herhangi bir şekilde ticaret mevkiine konulmasıdır[947]. Yayımda, eserin aslından tek bir nüshanın çıkarılmış olması kafi değildir; eserin dağıtılmasına yetecek sayıda nüsha elde edilmiş olmalıdır[948]. Matbaa dışında diğer mekanik veya elektromanyetik yollarla yapılan çoğaltmalar da, mesela teyp ve video bantları, plaklar da bu kapsam içinde değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, FSEK'in "yayım" kavramı "BK m. 372 ve devamındaki "neşir" kavramından daha geniştir [949].

Yayımda fiili unsurun ikinci aşaması olarak, satışa çıkarılma, dağıtılma veya diğer bir şekilde "ticarete konulma"[950] suretiyle umuma arzıdır. Eser ancak tamamlanmış haliyle umuma arz edilirse yayımlanmış olur. Forma veya fasikül halinde yayımlanan eserlerde son forma veya fasikülün yayımlandığı tarih, eserin aleniyet tarihi sayılır (FSEK m. 26/IV). Ancak, yayın sözleşmesinde baskı bitmeden eserin satışı için yapılan reklam yayınları yayım değildir[951]. Yayımın iradi unsuru ise, sahibinin eseri yayımlamak hususundaki niyetidir.

Basın Kanunu ise, neşir kavramına sadece basılmış eserler bakımından yer vermiştir. Basın Kanunu m. 3/II uyarınca, basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi, dağıtılması, dinletilmesi, satılması veya satışa arzı neşir sayılır. Basın Kanunu neşir kavramını eser sahibinin çıkarları ve korunması açısından değil, kamu hukuku

---

[944] TEKİNALP, 155.
[945] ARSLANLI, 43-44; TOPÇUOĞLU, 55; EREL, 88.
[946] Açıklanmanın gerçekleşmesi için, açıklama yapılan çevrenin çok geniş, ya da resmi olması gerekmez. Eserin sınırlandırılmamış bir çevreye iletilmesini mümkün kılan bir fiili durum yeterlidir. AYİTER, 108; TOPÇUOĞLU, 55; EREL, 89.
[947] EREL, 89-90.
[948] AYİTER, 109.
[949] AYİTER, 109; EREL, 90.
[950] "Ticarete konulma" ibaresine doktrinde, ticari amaç bulunmadan da eserin tedavüle çıkarılması, piyasaya sunulması şeklinde geniş bir anlam verilmektedir. EREL, 90; ARSLANLI, 102; AYİTER, 135. Zira, çok nadir de olsa, eser ticari amaç olmaksızın sadece eğitim ve bilgilendirme amacıyla piyasaya sunulabilir.
[951] AYİTER, 109.

ve kamu yararı açısından ele almaktadır. Basın Kanunu'nun neşir kavramı ile, FSEK'deki yayım kavramı arasındaki en önemli fark, Basın Kanunu'na göre neşrin fiili bir vakıa olması, yani eserin neşredilmiş sayılması (dolayısıyla bunlara ilişkin suçların oluşabilmesi) için eser sahibi veya halefinin rızasının aranmamasıdır. Eser sahibinin rızası bulunmasa dahi, eserin Basın Kanunu'nda sayılan biçimlerde umuma arz edilmesi neşirdir. Oysa FSEK m. 7 hükmüne göre yayıma tanınan sonuçların doğabilmesi için hak sahibinin rızası aranır. Bu rıza, eserin açıklanmasına, eserin kamuya arzına yönelmiştir. Yayımda ise herhangi bir şekilde ticarete arz kastına yönelmektedir[952].

C. YAYMA BORCUNUN UNSURLARI VE KAPSAMI

BK m. 376/I uyarınca yayınlayan, zorunlu olan ilanları da yapmak ve satışın başarısı için mutad tedbirleri almak zorundadır. BK m. 376/II'ye göre de, eserin satış fiyatını da, eserin satılmasına engel olacak şekilde yüksek olmaksızın, yayınlayan belirleyecektir[953].

Anılan hükümler irdelendiğinde, yayma borcunun kapsamı konusunda üç noktanın incelenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır: 1) Eserin Tanıtılması ve Duyurulması İçin Gerekli Önlemleri Alma, 2) Eser Nüshalarının Fiyatının Belirlenmesi ve 3) Eserin Sürümü'dür.

1. Eserin Tanıtılması ve Duyurulması İçin Gerekli Önlemleri Alma

Eserin tanıtılmasında yayınlatanın menfaati olduğu kadar yayınlayanın da menfaati vardır. Yayınlatan, iyi bir reklam ve tanıtım sayesinde ün sahibi olacak veya kamuoyunda sahip olduğu ününü pekiştirecek, yayınlayan da eserin sürümünün artmasıyla hem bu durumdan ekonomik olarak etkilenecek hem de yayın piyasasındaki itibarı artacaktır.

Bu çerçevede yayınlayan, eserin satışının arttırılması için eserin reklamını yapmak zorundadır. Yayınlayan, teamül uyarınca eser hakkında broşürler hazırlamalı, gazetelere ilanlar vermeli ve eserin kısaca konusunu bildiren tanıtım yazılarını dergilere ve gazetelere göndermelidir[954]. Aynı şekilde eserin tanıtımı ve reklamı radyo, TV ve internet aracılığı ile de

---

[952] AYİTER, 111; EREL, 92-93.

[953] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 492'ye göre, yayınlayan, ayrıca satışın arttırılması için gerekli tanıtım ve dağıtımı yapmak ve bu konuda her türlü önlemi almak zorundadır. Satış fiyatını, eserin satılmasını güçleştirmemek koşuluyla yayınlayan belirler.

[954] TROLLER, Kommentar, 49; HILTY, Basler, 2086; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 124; SCHRICKER, 386; BUCHER, 220; GİRİTLİOĞLU, 60; TUNÇOMAĞ, 599; YAVUZ, 545; FRANKO, 173; BİLGE, 279. Kural olarak yayınlayan, son kullanıcı olan tüketicinin kendisiyle doğrudan sözleşme ilişkisi içine girmemektedir. Yayınlayan, yayın konusu eserleri genellikle kitabevleri aracılığı ile son kullanıcı olan okuyucuya ulaştırmaktadır. Bu da, yayınlayanın eserin yayılmasında, eserin tanıtılması ve duyurulması için

yapılabilir. Yayınlayan, aynı zamanda bir kitabevi sahibiyse, eserin nüshalarını vitrinde sergileyebilir hatta bazı hallerde, dürüstlük kuralı uyarınca sergilemek zorundadır[955]. Önemli olan nokta eserin en kısa süre içinde, mümkün olduğu kadar geniş bir kitleye, -eserin çoğaltılmasında izlenen yöntem gibi- teamüle ve amaca uygun bir şekilde tanıtılmasıdır.

Yayınlayan, yayım faaliyetini amaca ve teamüle uygun bir reklamın hazırlanması ve desteklenmesi çerçevesinde yerine getirme yükümlüğü altındadır. Yayının reklamı konusunda, doğrudan reklam ve dolaylı reklam ayrımı yapılmaktadır. Doğrudan reklam, direkt olarak alıcı üzerinde uygulanan reklam türüdür. Doğrudan reklamla sadece doğrudan satış desteklenmez, aynı zamanda kitabevi sahiplerinin yeni müşterilere ve okuyucu kitlelerine ulaşması hedeflenir. Yayınlayan, yayma borcu kapsamında ayrıca eserin, amaca ve teamüle uygun olduğu ölçüde, medya aracılığı ile tanıtılması ve tartışılmasından da sorumludur. Bunun uzantısı olarak da, yayınlayan bedava nüshaların dışında tanıtım eserlerini de hazırlamalı ve bu eserleri ayırmalıdır. Zira, bir radyo veya televizyon kanalı veya bir gazete veya dergi açıkça bir tanıtım eserini talep etmişse, yayınlayan ancak haklı sebeplerle bu talebe karşı çıkabilecektir[956].

Eser hakkında yapılacak olan reklamın kapsamı eserin türüne, yayının ticari kullanımına ve eserin hitap edeceği kitleye, yani alıcı çevresine diğer bir ifadeyle yayınlanacağı alana bağlıdır[957]. Zira, bir bilim eserinin duyurulması, bir roman veya şiir kitabından farklı biçimde ve yerlerde yapılır[958]. Yayınlayan, her eser türüne uygun reklam aracını kullanarak, eserin tanıtılmasını sağlamak zorundadır. Bu çerçevede, yayınlayan tarafından yapılacak olan reklamın kapsamı, eserin özel uzmanlık alanlarında çıkarılan dergilerdeki veya genel okuyucu kitlesine hitap eden dergilerdeki tanıtım yazılarından, sinema veya televizyonlarda yapılan reklamlara ve konferanslardaki kitap standlarına kadar uzanmaktadır. Bugün, yukarıda da belirtildiği gibi internet de artık reklam araçları arasında yerini almıştır.

Dolaylı reklam ise, eserin satılmasını sağlayan kitabevleri aracılığı ile yapılan reklamdır. Bu kapsamda, yeni çıkan eserler hakkında broşürler veya fuarlar aracılığı ile verilen bilgiler incelenmektedir. Bu noktada yayınlayan kural olarak, yeni çıkan yayınlar konusunda kitabevine özel yazılarla ayrıntılı bilgiler vermektedir. Kitabevi aracılığı ile

---

gerekli önlemleri alması açısından özel bir önem arzetmekte, yayınlayan okuyucuya ulaşmak için özellikle kitabevleri aracılığı ile reklam yoluna başvurmaktadır.

[955] FRANKO, 174; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 124; HILTY, Basler, 2086.

[956] SCHRICKER, 386; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 124; HILTY, Basler, 2086.

[957] TROLLER, Kommentar, 49; SCHRICKER, 386; GİRİTLİOĞLU, 60; TUNÇOMAĞ, 599; FRANKO, 173; BİLGE, 279.

[958] TUNÇOMAĞ, 599.

yapılan reklam sürecinde, yayınlayan -genellikle ücretsiz olarak- kitabevine, yeterli ölçüde yazarların fotoğraflarının ve kitabın kısa tanıtım yazılarının olduğu tanıtım araçlarını ve katalogları göndermektedir. Kitabevinin eseri, sürekli yayın kataloğuna alması da yayının dolaylı reklamında etkili bir yöntemdir[959] .

Yayımın desteklenmesi için yapılan reklamın kapsamı gibi, çeşidi ve yöntemini de, dürüstlük ve güven kuralı ile teamüle uygun olarak yayınlayan belirlemektedir[960]. Telif ücretinin sürüme bağlı olduğu haller dahi yayınlayanın bu konudaki takdir alanını kısıtlayamaz. Yayın hakkının ihlal edilip edilmediğinin denetlenmesi aslında, yayınlayanın takdir yetkisini aşıp aşmadığı ile sınırlıdır[961].

Bu bağlamda, basılan bir kitabın tanıtımı, genellikle kitabın alınması konusundaki talebin karşılanmasına yönelik olarak hazırlanan ve eserin temel olarak özetinden oluşan ve uygulamada daha çok "abstract" olarak nitelendirilen kısa tanıtım yazılarıyla yapılmaktadır. Buna karşılık bir müzik yayını sözleşmesinde reklam aracı olarak, uygulamada "Sample" olarak nitelendirilen tanıtım numuneleri kullanılmaktadır. Tanıtım numuneleri ile belirli bir kategoriye veya belirli bir döneme ait (örneğin yeni çıkan albümler) eserlerin tek tek, kısa sürelerle çalındığı, daha doğrusu toplandığı ses taşıyıcıları, kastedilmektedir. Bu tanıtım numuneleri, bir çeşit katalog fonksiyonu görür, ancak tabi ki, eserin aslının kısaltılmış hali aynısı olamaz. Aksine, bunlar eserin aslının sadece küçük bir bölümünü içerirler. Bu kısa eser parçaları da belirli şartların varlığı halinde, eserden bağımsız olarak korunabilirler. Tanıtım numunelerinin hazırlanması da yayınlayana bu konuda tanınan bir hakkı takiben yapılmaktadır ki, bu genellikle yayın sözleşmesi çerçevesinde, örneğin yayınlayanın reklam yapma yükümlülüğüne bağlı olarak kararlaştırılmaktadır[962]. Hemen vurgulanmalıdır ki, eserin tanıtılması konusunda yapılan reklam masraflarını yayınlayan karşılamak zorundadır[963].

Kitap tanıtımları son yıllarda önemli bir değişim sürecine tabi olmuşlardır. Bu durum daha çok son yıllarda tüketim toplumunun bir uzantısı olarak ortaya çıkan ürün çeşitliliğinin belli kategorilere ayrılmasından kaynaklanmaktadır. Alışveriş merkezleri, benzin istasyonları, müzik marketler ve kitabevleri daha önce kendilerine yabancı olan ürünleri de bünyelerine ekleyerek satmaya başlamışlardır. Dolayısıyla, yayınlayanın yayma yükümlülüğü bu gelişen teamüller çerçevesinde somut olarak irdelenmelidir. Örneğin, son yıllarda kitabevlerinin içerinde yer alan ünlü kafe şubeleri de, kitabevlerinde yer alan kitapların tanıtılması

[959] SCHRICKER, 387; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 124.
[960] OLG GRUR, 1964, 333; SCHRICKER, 387; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 124.
[961] OLG Celle GRUR 64, 333.
[962] HILTY, Immaterial, 534.
[963] REHBİNDER/GROSSENBACHER, 17; HILTY, Immaterial, 534; HILTY, Basler, 2086.

konusundan önemli bir yere sahiptirler[964].

Yayınlayanın, yayma borcunu ifa ederken özen yükümlülüğünden doğan sorumluluğu vekalet sözleşmesinde vekilin özen yükümlülüğüne benzetilmektedir. Ancak, yayınlayan, satış olasılığı düşük bir eserin tanıtılması konusunda, kendisi tarafından yayınlanan diğer eserlerin tanıtımından daha fazla gayret göstermekle yükümlü değildir. Ancak, tabi ki yukarıda da vurgulandığı gibi, eserin türü, özel bazı önlemlerin alınmasını gerekli kılabilir. Örneğin, eser belirli bir kesime yönelikse, buna uygun bir reklam kampanyası yapılmalıdır. Yayınlayanlar, bugün genellikle yayınevi sahipleri olarak iyi yapılanmış bir dağıtım organizasyonuna sahiptir. Ancak, yayınlayan eserin türüne, ilgi alanına, yayımın kapsamına göre, bu konuda uzman reklam ve dağıtım şirketleri ile de çalışabilir[965].

Bu bağlamda, yayınlatan yayınlayanın bu borcunu gereği gibi yerine getirip getirmediğini kontrol edebilir. Yayınlayanın tanıtım ve duyuru işinde gereken gayreti gösterip göstermediği konusunda çıkacak bir anlaşmazlığa hakim karar verecektir[966]. Hakim bu kararı verirken, somut olayın özelliklerini, eserin türünü ve bu konudaki yerleşik uygulamayı dikkate almalıdır.

Yayınlayanın yayma yükümlülüğü, sadece çoğaltılmış eser nüshalarının yayılmasından ibarettir, yoksa bir fikri ürün olan eserin kamuya açıklanması bu kapsamda değerlendirilemez. Ayrıca, yayınlayan tek başına eseri bir konferans aracılığı ile kamuya açıklamaya yetkili de değildir[967]. Zira, eser hakkında bilgi verilmesi de, eserin umuma arzı kapsamı içinde olduğundan, eser sahibinin manevi hakları arasında yer almaktadır. Yayınlayanın eser hakkında bilgi vermesi, bu anlamda hem esere sahibinin manevi hakkını ihlal ettiği için telif hakkı ihlali oluşturacak, hem de yayın sözleşmesine aykırılık gündeme gelecektir.

2. Eser Nüshalarının Fiyatının Belirlenmesi

Eser nüshalarının fiyatının belirlenmesi, eserin sürümü açısından son derece belirleyici bir unsurdur.

Eser nüshalarının fiyatını taraflar, yayın sözleşmesinde kararlaştırabilirler[968]. Bu

[964] SCHRICKER, 387; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 124.
[965] Eserin sadece dağıtımını, bu konuda çalışan özel organizasyon şirketlerinin üzerine alması halinde, yayınlayanın yayma yükümlülüğü genel olarak, basılan eseri yeterli ölçüde tanıtmasından ve eserin dağıtımını bu organizasyonu bırakmasından ibarettir.; PEDRAZZINI, 587.
[966] TUNÇOMAĞ, 599; GİRİTLİOĞLU, 60; FRANKO, 174.
[967] SCHRICKER, 388.
[968] Uygulamada çok istisnai de olsa, özellikle, bilimsel kurumların makalelerinin, konferanslarının veya

durumda yayınlayan, yine tarafların sözleşmede aksini kararlaştırmadıkları sürece, sonraki baskılardaki fiyatı da kendiliğinden, tek taraflı olarak değiştiremeyecektir.

Ancak, sözleşmede bu konuda herhangi bir hüküm yoksa, bir yedek hukuk kuralı olan BK m. 376 devreye girer. Anılan hüküm uyarınca, satış fiyatını, eserin satılmasını güçleştirmemek koşuluyla yayınlayan belirler. Fiyatın belirlenmesinin yayınlayana bırakılması yerinde bir hükümdür. Zira, yayın işleminin bütün masrafları kural olarak yayınlayana aittir. Ayrıca eserin fiyatı, baskı, yazarlık ücreti, yayınevinin işletme masrafları, reklam masrafları vb. ekonomik unsurlara bağlı olduğundan ve bu anlamda eserin fiyatında etkili olan maliyet unsurlarını en yakından bilecek olan kişi yayınlayan olduğundan, fiyatı yayınlayanın belirlemesi doğal ve mantıklı bir sonuçtur. Bu sonuç, taraf menfaatlerine uygun olduğu gibi, uygulamadaki ihtiyaçlara da cevap vermektedir[969]. Ancak, eğer telif ücreti kitabın fiyatına bağlı ise, fiyatın belirlenmesine yayınlatanın da katılma hakkı olduğu kabul edilmelidir[970].

Ancak, yayınlayan fiyatı keyfi olarak belirleyemez. Diğer bir ifadeyle yayınlayan bu konuda serbest değildir. BK m. 376, yayınlayana fiyatın belirlenmesinde "yasal bir kriter" öngörmüştür. Bu bağlamda, yayınlayan eserin fiyatını, eserin satılmasını güçleştirecek şekilde belirlememelidir. Eserin satılmasını güçleştirecek şekilde belirlememeden kasıt ise İsviçre Hukuku'nda da kabul edildiği üzere eserin fiyatının çok yüksek bir rakam olmamasıdır[971]. Yayınlayanın belirlediği fiyatın eserin satışını güçleştirip güçleştirmediğini saptarken, yayın sözleşmesinin konusunu teşkil eden esere benzer eserlerin fiyatları da dikkate alınmalıdır[972].

Eser nüshalarının fiyatlarının tespiti, maliyet hesaplarına bağlı olduğundan, yayınlayanın sonraki basılarda fiyatı -yasal sınırlar çerçevesinde- değiştirebileceği kabul edilmektedir[973].

Yayınlayan, ilk baskıda belirlenmiş fiyatı sonradan indirebileceği gibi, Alman

---

araştırma projelerinin yayınlanmasında, taraflar eserin kesin satış fiyatının yanısıra, eserin asgari ve azami satış fiyatını da belirleyebilirler. Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 126.

969 HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 126; HILTY, Basler, 2086; REHBİNDER, Urheberrecht, 329; GİRİTLİOĞLU, 61; YAVUZ, 545; FRANKO, 176.

970 GİRİTLİOĞLU, 61; TUNÇOMAĞ, 597; YAVUZ, 540; FRANKO, 186. Aksi görüş HILTY, Basler, 2087. HILTY, telif ücretinin sürüme bağlandığı hallerde dahi yayınlatanın katılma hakkına gerek olmadığını, zira yayınlatanın hem sabit bir yüzdelik oranın sonucunda korunduğunu, hem de satış fiyatının eserin satışını güçleştirecek kadar yüksek olmaması şeklindeki yasal sınırlamayla korunduğunu kabul etmektedir. Kanaatimizce, bu konuda somut olayın özellikleri ve özellikle taraflar arasındaki özel güven ilişkisi belirleyici olarak devreye girmelidir. Her somut olayda, taraf menfaatlerinin tartılması, ancak eser sahibinin maddi ve manevi menfaatlerine ağırlık tanınarak gerçekleşmelidir.

971 TROLLER, Kommentar, 49; TUNÇOMAĞ, 598. Yayınlayan, eserin satış fiyatını, tüm yayın sözleşmesi ilişkisine hakim olan taraflar arasındaki özel güven ilişkisi ve dürüstlük kuralı çerçevesinde belirleyecektir.

972 FRANKO, 176.

973 TROLLER, Kommentar, 49; HILTY, Basler, 2087; GİRİTLİOĞLU, 61; TUNÇOMAĞ, 598; FRANKO, 177.

Hukukunun tersine, yayınlatanın onayını almadan -ancak yasal sınırlar çerçevesinde olmak kaydıyla- aynı zamanda fiyatı yükseltebilir[974].

AYK §21'e göre, yayınlayan eserin dağıtımında, her bası için eserin perakende satış fiyatını belirleyebilir. Yayınlayan, ancak yazarın hukuki menfaatlerini ihlal etmemek koşuluyla eserin perakende fiyatını düşürebilir. Söz konusu fiyatın arttırılması için yazarın onayı her halükarda gereklidir[975].

Eserin fiyatının düşürülmesi konusunda Türk Hukukunda da AYK §21'de benimsenen yöntemin uygulanması gerektiği görüşündeyiz. Bu bağlamda, yayınlayan, ancak yazarın hukuki menfaatlerini ihlal etmemek koşuluyla eserin fiyatını düşürebilmelidir. Yayınlayanın belirlediği fiyat, özellikle yazarın maddi ve manevi çıkarlarını zedelememelidir. Zira, eserin satış fiyatının düşürülmesi, yazarın ününü, piyasadaki itibarını olumsuz etkileyerek, yazarın manevi menfaatlerini ihlal edebilir. Yine, telif ücretinin eserin satış fiyatının belirli bir yüzdesine bağlandığı hallerde, yazarın maddi menfaatleri de zedelenecektir[976].

Alman Hukuku'nda, yasa koyucu, sonradan yapılan fiyat artışlarının, fiyatın düşürülmesine göre her zaman yazarın menfaatlerini daha çok etkilediğinden hareketle böyle bir yasal hükme yer vermiştir. Alman Hukuku'nda ve doktrininde sonradan yapılan fiyat artışlarının eserin satışını güçleştirdiği[977], dolayısıyla, İsviçre Hukuku'nda da yayınlayanın yayınlatanın onayı olmadan bu konuda yetkili olmadığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak, satışı güçlendiren sadece "onayın gerekli olması" şartı değildir, aksine bunun dışında yüksek bir fiyatın talep edilmesidir. Ancak, ticari olarak gerekçelendirilebilen bir artış, yüksek bir rakam değildir. Her koşulda, fiyatın arttırılması için daima önemli ve haklı bir sebep gösterilmelidir[978].

Sonuç olarak, eserin satış fiyatı ne eserin satışını güçleştirecek kadar yüksek, ne de yazarın itibarını ve piyasadaki konumunu zedeleyecek kadar düşük olmalıdır.

---

[974] Zira, yayınlayanın eserden kazanç elde etme amacını merkez alarak yararlanması teamül gereği olduğu için, yayınlayanın bir tacir olarak ticari menfaatleri de belirli bir dereceye kadar düşünülmelidir. BGE 69 II 55; HILTY, Basler, 2087; TROLLER, Kommentar, 49; GİRİTLİOĞLU, 61; TUNÇOMAĞ, 598; FRANKO, 177.

[975] Ancak, uygulamada yapılan formüler sözleşmeler ile, yazarın onayının zorunlu olmasına ilişkin şart elinden alınmaktadır. Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 127; SCHACK, 459. Böylece, yayınlayan özellikle bilimsel eserlerin online kullanımlarına ilişkin satış fiyatını, bu fiyat yazar tarafından kabul edilemez bir rakam olmadığı sürece, düşürüp arttırabilecektir. Bkz. SCHACK, 459.

[976] Yayınlayan bütün bunları gözönünde bulundurmalı ve yazarın bu konudaki menfaatleri ile kendisinin eserin satış fiyatının indirilmesi konusundaki menfaatlerini karşılaştırarak, tartmalıdır. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 127. Zira, yayınlayanın sürümün artması konusundaki menfaatine de dikkat edilmelidir. REHBİNDER, Urheberrecht, 330. Ancak, böyle bir durumda, yayınlayanın eserin getireceği cironun belirli bir kısmını kaybedebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. ULMER, 454.

[977] Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 127; SCHRICKER, 439; REHBİNDER, Urheberrecht, 320.

[978] TROLLER, Kommentar, 49. Diğer bir ifadeyle, yazar kendi şahsında meydana gelen "haklı bir sebep" olmadan, onay vermekten kaçınamayacaktır. Yazar, onay vermeyi reddetmesini, her zaman ve mutlaka haklı sebeple temellendirmeli ve gerekçelendirmelidir. Bkz. ALLFELD, 105; HOFFMAN, 95; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 127; SCHRICKER, 439.

Yayınlayan, sözleşme süresi dolmadan önce satmış olduğu nüshaların satış fiyatını, fiyatın belirlenmesi ve indirilmesi hakkında sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı olarak belirleyebilir. Ancak bu nüshaları satın alan kişiler, söz konusu nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkını kazanacaklarından, bu nüshaların tekrar satılması ve teslimi, telif hakkını ihlal etmeyecektir. Yayınlayan, bu anlamda sadece yayınlatana karşı, sözleşme uyarınca sorumludur[979].

3. Eserin Sürümü

Yayınlayan, satışın başarısı için de gerekli olan alışılmış tedbirleri almak zorundadır. Yayınlayanın bu borcu ticari kurallara göre yerine getirilir. Bu çerçevede, yayınlayan ticari kurallara uygun olarak eserin sürümünü arttırma borcu altındadır[980]. Eğer, yayınlayan aynı zamanda kitabevi sahibiyse eserin sürüm işi doğrudan doğruya yayınlayan tarafından yerine getirilir. Aksi halde, eserin halka satımı kitabevleri aracılığı ile olur[981].

Eserin sürümünün beklenen başarıyı göstermediği durumlarda bir takım zorluklar çıkacaktır. Yazarın kişilik haklarına ilişkin edebi alandaki ünü ve yazarlık onuru gibi unsurlarla, zorunlu olarak ticari kurallara göre örgütlenip yerine getirilen sürüm işi arasındaki uyuşmazlık bu durumda açıkça ortaya çıkar. Örneğin ünlü bir şairin lirik şiirlerinin işportacılar aracılığı ile zararına olarak, hatta kağıt fiyatına satılması durumu gibi.

Bu bağlamda yayınlayanın, elinde kalan satılamayan nüshaları düşük fiyatla sahaflara satıp satamayacağı veya sürümü başarılı olmayan eseri hurda kağıt, hammadde fiyatına elden çıkarıp çıkaramayacağı da üzerinde durulması gereken noktalardır. Bazen, yayın sözleşmesi henüz sona ermese de, eserin yayılması ve tanıtılması konusunda yapılan tüm tanıtım ve reklam çalışmalarına rağmen, eser kamuoyu tarafından talep görmemesi yüzünden satılamayabilir. Bu konulara ilişkin sözleşmede herhangi bir hüküm yoksa[982], yayınlayanın sürümün gerçekleşmesi için gereken bütün tedbirleri alması şartıyla, çok uzun yıllardan beri uygulanan teamül uyarınca da, belirli şartların varlığı halinde bu nüshaları elinden çıkarabileceği kabul edilmektedir[983]. Zira, yayınlayanlar satılmayan nüshaları depolarında

---

[979] TROLLER, II, 910; RINTELEN, 416.

[980] Bkz. FRANKO, 174; GİRİTLİOĞLU, 61; YAVUZ, 545; SCHRICKER, 387; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 124; BUCHER, 220.

[981] TUNÇOMAĞ, 599; GİRİTLİOĞLU, 61; SCHRICKER, 387; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 124.

[982] Uygulamada, formüler sözleşmelerin çoğunluğunda, özellikle edebiyat eserleri ve mesleki kitaplar açısından, eser sahibinin itirazına rağmen, yayınlayanın kalan nüshaları toptan, düşük bir fiyatla elden çıkarabileceğine ilişkin klozlar yer almaktadır. REHBİNDER/GROSSENBACHER, 24.

[983] Bkz. TROLLER, Kommentar, 49; TROLLER, II, 780; AYİTER, 242; ULMER, 454; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 146-147; HOFFMAN, 118; ALLFELD, 183; SCHRICKER, 439;

muhafaza etmekle yükümlü olmaktan kurtulmak istemektedirler[984]. Ancak, bu durumda yazarın hakları ve menfaatleri önemli ölçüde etkileneceği için, satılmayan bu nüshalar konusunda alınacak tedbirler sadece belirli koşulların ve sınırlamaların varlığı halinde alınmalıdır. Bu bağlamda, yayınlayan basının satılmayan kısmını, satış fiyatının çok altında toptan bir fiyatla bir sahafa satabilir[985]. Ancak, bu önleme sadece, yayın hukuku tecrübelerine göre, eserin tespit edilen satış fiyatı üzerinden veya satış fiyatının indirilmiş haliyle dahi eserden kıymete değer çapta bir sürüm veya satış grafiğinin beklenmediği hallerde, başvurulabilir[986]. Yazarın telif ücretinin sürüme göre hesaplandığı hallerde, yazar sahafın ödediği toplu miktara katılacaktır. Ancak, sahafa yapılan satış konusunda, aynı zamanda yazarın onayının gerekli olup olmadığı da tartışmalıdır. HABERSTUMPF/HİNTERMEİER[987], bu konuda yazarın onayının gerekli olmadığını kabul etmektedirler. Buna karşılık HILTY, bu şekilde yapılacak bir satışın, sözleşmede bu konuda herhangi bir hüküm olmadığı hallerde, yazarın bu konudaki arzu ve isteklerine aykırı olarak gerçekleşmemesini ileri sürmektedir[988] ki, kanaatimizce de yukarıda belirtilen kriterler gerçekleşmediği takdirde, yayınlayanın buna yetkili olmaması yazarın itibarının ve manevi haklarının korunması açısından da yerinde bir sonuç olacaktır. SCHACK, bu konuya farklı bir açıdan yaklaşmaktadır ki, kanaatimizce de bu sonuç menfaatler dengesi düşünüldüğünde, yayınlatanın ve yayınlayanın menfaatlerinin korunması açısından en uygun olanıdır. Yazara göre, yayınlayan kalan nüshaları bu şekilde satarak, kural olarak eserin dağıtımının ve yayımının kitabevleri aracılığı ile yapılması konusundaki yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu durumda, kalan nüshaların bu şekilde satılması konusunda yapılacak ve sözleşmenin değiştirilmesine yol açacak olan teklif de, ancak yazarın bu konudaki onayıyla söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla, kalan nüshaların bu şekilde satılması, sadece yazarın bu konudaki onayıyla geçerli olabilecektir. Eğer yazar, buna itiraz

---

SCHACK, 459; REHBİNDER/GROSSENBACHER, 24.

[984] REHBİNDER/GROSSENBACHER, 24.

[985] Ancak, bu durum eserin satış fiyatının düşürülmesi ile karıştırılmamalıdır. Zira, kalan nüshaların bu şekilde satılmasında, satış fiyatı sanki nüshaların yok pahasına satılması şeklinde çok düşük bir fiyattır.

[986] Kural olarak, formüler sözleşmelerde bu duruma, son iki takvim yılı içinde basılan veya satışa sunulan eser nüshalarının sadece %5'ten az bir kısmının satıldığı hallerde başvurulmaktadır. Ancak, bilimsel eserlerde, edinilen tecrübelerde göre bu süre daha uzun bir sürece yayıldığı için, bir eserin piyasada tutunup tutunmayacağına en erken eserin yayınlanmasından 5 yıl sonra karar verilebileceği, bu çerçevede eserin ya bir sahafa satılacağı ya da yok edileceği kabul edilmektedir. Bkz. SCHRICKER, 437-438; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 146. Aynı yönde REHİNDER, Urheberrecht, 320.
Tarafların aralarında kurdukları sözleşmelerde, kural olarak yıllık sürümün belirli bir minimum sınırın altında kaldığı hallerde, yayınlayanın kalan nüshaları bu şekilde satabileceğine ilişkin klozlar yer almaktadır. Bazen de, sözleşmede belirli son tarihler öngörülerek, taraflar bu tarihlerden önce satış fiyatının düşürülemeyeceğini kararlaştırabilirler. REHBİNDER/GROSSENBACHER, 25.

[987] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 146. Aksi görüş, HILTY, Basler, 2087; SCHACK, 460. SCHACK, 460.

[988] Bkz. HILTY, Basler, 2087

ederse, yayınlayanın kalan nüshaları satmasının pratik olarak mümkün olmadığı hallerde, işlem temelinin çökmesi kuralları devreye girecek, bu da, yayınlayanın kalan nüshaları bu şekilde satmasına izin verilecek şekilde, sözleşmenin uyarlanmasına yol açacaktır[989].

Yayınlayan satış gerçekleşmeden önce, yazarı derhal bu durumdan haberdar etmeli, onun bilgisine sunmalıdır ki, yazar kalan kısmı, sahafın ödeyeceği ücret karşılığında alma imkanına sahip olsun[990]. Zira, böyle bir durumda çoğunlukla yazarda, eserinin eskimiş, modasının geçmiş olduğu, tutulmadığı veya kalitesinin çok düşük olduğu, ancak her halükarda normal yollarla satılmadığı izlenimi uyanmaktadır. Bu bağlamda, haklı ve yerinde olarak, yayınlayana kendisinin kalan nüshaları, nerdeyse yok pahasına, çok düşük fiyatla satma konusundaki planını, önceden ve derhal yayınlatana bildirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Böylece yazar, bu bedeli ödeyerek kalan nüshaları satın alma hakkını kullanabilecektir[991].

Eğer, yayınlayan kusurlu olarak, yetkili olmadığı halde bu yola başvurmuş veya yazara bilgi verme yükümlülüğünü ihlal etmişse, yazara karşı sözleşmenin müsbet ihlali sebebiyle tazminat ödeme yükümlülüğü altındadır. Zira, yayınlayan eserin yayılması konusundaki edimini gereği gibi yerine getirmemiştir. Bu bağlamda, yazarın tazminat talebi esas olarak, yayınlayan eserin satış fiyatını sözleşmeye uygun olarak piyasada tutmuş olsaydı veya yazar eserin geri kalan kısmını kendisi piyasaya sürseydi, yazarın elde etmiş olacağı kazancı kapsamaktadır[992].

Kalan nüshaların sahafa satılmasının mümkün olmadığı hallerde, yayınlayanın eser nüshalarını, kağıt, hammadde fiyatına satarak, en azından kağıdın değerini alma yolunu tercih edebileceği kabul edilmektedir. Eğer yayınlayan böyle bir çözümü planlıyorsa, yazara da bu konuda, -yine ona kalan nüshaları satın alma imkanı tanımak amacıyla- önceden bilgi vermelidir. Yayınlayan haber verme yükümlülüğünü yerine getirmezse, yazarın tazminat talebi ile karşılaşacaktır[993].

---

[989] SCHACK, 460.

[990] REHBİNDER/GROSSENBACHER, 24; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 146-147; ULMER, 454; SCHRICKER, 437; GOLDBAUM, 256; RINTELEN, 366; SCHACK, 460; REHBİNDER, Urheberrecht, 320; FROMM/NORDEMANN, 268.
Ayrıca, eser sahibinin kalan nüshaları satın aldıktan sonra, eserin iyi bir satış grafiği yakaladığı durumlar da vardır. REHBİNDER/GROSSENBACHER, 24.

[991] Bkz. SCHACK, 459. Ayrıca, eser sahibinin kalan nüshaları satın aldıktan sonra, eserin sürümünün iyi bir satış grafiği yakaladığı durumlar da vardır. REHBİNDER/GROSSENBACHER, 24.

[992] OLG Hamburg GRUR 74, 413, HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 146-147; ULMER, 454; SCHRICKER, 437; GOLDBAUM, 256. HILTY, her ne kadar yayınlatana kalan nüshaları satın alma imkanı tanımanın, yayınlayanın eserin yayımındaki ticari rizikoyu taşıdığı olgusu ile çelişki içinde olacağını belirtse de, sonuç olarak yayınlatana bu imkanın sunulması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. HILTY, Basler, 2087, 2088.

[993] OLG Düsseldorf, OLGZ 155; OLG Hamburg GRUR 1974, 413. ULMER, 454; SCHRICKER, 439; SCHACK, 460; GOLDBAUM, 256; REHBİNDER, Urheberrecht, 320. Ancak, yayınlayanın kalan nüshaların

Yayın sözleşmesini düzenleyen maddelerde yayınlayanın sürümü bu gibi yollarla yapmasına karşı yayınlatanın dayanabileceği hukuki bir araç yoksa da, GİRİTLİOĞLU, yazarın bu noktada kişilik haklarına aykırılığın ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Hatta, bu yol olmazsa yazarın TMK m. 2'deki dürüstlük kurallarına da dayanabileceğini ileri sürmektedir[994]. Bu konuda, GİRİTLİOĞLU'nun da ileri sürmüş olduğu gibi, FSEK m. 14/III'deki " eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi başkasına izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılması veya yayımlanmasını men edebilir. Menetme yetkisinden sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür. Diğer tarafın tazminat hakkı saklıdır" hükmü uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca, yayın sözleşmesi taraflar arasındaki özel bir güven ilişkisine dayandığı için, yayınlatan yayınlayanın yayma borcunu gereği gibi yerine getirmediği, dolayısıyla sözleşmenin ihlali sebebiyle tazminat talebinde bulunabileceği gibi, bu durum aynı zamanda bir haklı sebep olarak değerlendirildiğinden, yayınlatan haklı sebeple fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Zira, yapılan eylem FSEK uyarınca da eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek nitelikteyse, yayınlatanın kişilik hakları da ihlal edilmiş sayılacaktır. Burada baz alınması gereken kriter, "eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzının, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek nitelikte olup olmadığıdır".

Birden fazla bası için kurulmuş olan yayın sözleşmeleri, kalan nüshaların çok düşük bir fiyatla toptan sahaflara satılmasıyla veya hammadde değerine satılarak yok edilmesiyle birlikte sona ermeyecektir. Ancak, nüshaların kağıt değerine satılmasının anlamı, aslında yeni bası yapılması konusundaki yolun açık bırakılmasıdır[995]. Yayınlayan sözkonusu ihtimallerde sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilecektir. Zira, ticari rizikoyu taşıyan yayınlayanın, sözleşme ilişkisine bu şekilde devam ederek, kendisini satılamayacağı kesin olan bir bası yapmakla yükümlü kılmak, kendisinden beklenemez.

Yayınlayanın, yasada belirtilen yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmemesi veya bu yükümlülüklerini ihlal etmesi özellikle, yetersiz dağıtım ve reklam yapması, eserin satış fiyatını keyfi olarak belirlemesi, bir basının satış fiyatının vaktinden önce indirilmesi halinde, yayınlayanın bu davranışlarının sonuçları, yayın sözleşmesine özgü özel hükümler olmadığı sürece, öncelikle genel hüküm olan BK m. 96 uyarınca çözümlenecektir[996].

---

yok edilmesi konusunda yetkili olmadığı konusunda, yayınlayan kusurlu olmasa dahi, bası yasal tanım çerçevesinde bitmediği için, yayınlayan yok olan nüshaların yerine yenilerini basmaya yetkilidir. Bunun dışındaki tüm hallerde, nüshaların yok edilmesiyle birlikte, bası da tükenmiş sayılacaktır. Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 127.

[994] GİRİTLİOĞLU, 61.

[995] SCHACK, 460.

[996] Bkz. TROLLER, II, 912-913.

D. YAYMA BORCUNUN BAŞLAMA ZAMANI

Yayınlayanın çoğaltma borcunun başlama zamanı konusunda da belirtildiği üzere, kural olarak yayınlayan çoğaltmış olduğu eser nüshalarını vakit kaybetmeden, derhal piyasaya sürmeye başlamakla yükümlüdür. Bu durum, menfaatler dengesine uygun olduğu gibi, sözleşme ile güdülen amacın gerçekleştirilmesi açısından da yerindedir.

Ancak, bazı koşullar altında, çoğaltılan eser nüshalarının derhal yayımına, piyasaya dağıtımına başlanması kabul edilemeyebilir. Bu, daha çok tarafların sözleşme ile eserin en erken belirli tarihten sonra yayılmasını kararlaştırmış olmaları halinde görülmektedir. Ancak, yayınlayanın eserin yayımını ertelemesine ilişkin yükümlülüğü eserin yayınlanmasıyla güdülen amaçtan da çıkarılabilir. Bu durum, özellikle bilimsel armağanların yayını için geçerlidir[997].

Son olarak, eserin derhal yayınlanması bazen eserin uygunsuz bir zamanda yayınlanması olarak da görülerek, yayın sözleşmesindeki güven ilkesine de aykırılık oluşturabilir. Bu temel ilkeye göre yayınlayan, yazarın çıkarlarını da dikkate alarak eserin yayımının en çok ve kapsamlı şekilde yapılacağı zamanı saptamak zorundadır. Böylece, yayınlayan yayınlanan eserin kitap piyasasındaki sürümü için olabilecek en uygun, en elverişli zamanı seçecektir. Örneğin, yayınlayan yılbaşı hakkında açıklamaların ve anlatımların yapıldığı bir kitabı paskalya tatilinde, temel bir ders kitabını yarıyıl tatilinde veya piyasada aynı türden birçok eserin mevcut olduğu bir dönemde bu tür bir eseri derhal piyasaya sürmemelidir. Çünkü, yayınlayan her koşulda kural olarak, yayma faaliyetine derhal başlamaya sadece yükümlü değil aynı zamanda yetkilidir. Bu yüzden, somut olayda, eğer yayınlayan eseri uygunsuz bir zamanda piyasaya sürmeyi hedefliyorsa, yazar eserin derhal piyasaya sürüleceği zamanın uygunsuz bir zaman olduğunu ve bundan dolayı eserin normal sürüm oranının da düşeceğini ispat yükümü altındadır[998].

Yayın sözleşmesinde, eserin piyasaya sürülme anını belirleme yetkisi açıkça yayınlayanın takdirine bırakılmışsa, bu durumda yayınlayan yayın sözleşmesiyle güdülen sadakat ilkesinin kötüye kullanılması anlamına gelecek şekilde eserin dağıtılmasını geciktirme yetkisine sahip değildir[999].

Yayınlayan, bir eserinin yayınını uzun bir süreliğine üzerine almış ve bu eserin daha

---

[997] SCHRICKER, 402.
[998] SCHRICKER, 402.
[999] Bkz. RGZ 1921, 211; HOFFMAN, 80; SCHRICKER, 403.

sonra da kamuya sunulmasını hedeflemiş olabilir. Bu gibi durumlarda, yazarın kişilik hakları ile eserinin yayınlanması birbiriyle çelişmektedir. Örneğin, yazar ilk çalışmalarından olan bir eserin toplu yayın hakkını yıllar önce bir yayınlayana bırakmış olabilir ve içinde bulunulan zamanda da yazar bu eserin kamuya sunulmasını, daha doğru bir ifadeyle eserin yeniden kamuya sunulmasına itiraz edebilir. Eser, yeni bilimsel araştırma sonuçları üzerine terk edilen eski yaklaşımlara ilişkin değerlendirmeleri içerebilir veya yazarın kendi değişen kanaati veya bakış açısı sonucunda veya o andaki resmi statüsü veya mesleki durumu itibariyle bu görüşü savunmak isteyebilir veya bu görüşü savunmaya yetkili olmayabilir. Politik olaylar sonucunda da yazarın yorumları ve değerlendirmeleri değişmiş olabilir. Bunun gibi veya buna benzer durumlarda, UrhG §42'ye göre kanaat değişikliği yüzünden cayma hakkı göz önünde bulundurulmaktadır[1000]. Sözkonusu ihtimallerde, Türk Hukuku açısından eser sahibi sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilecektir[1001].

E. YAYINLAYANIN ÇOĞALTMA VE YAYMA BORCUNU (YAYIN HAKKINI) ÜÇÜNCÜ KİŞİYE DEVREDİP DEVREDEMEYECEĞİ SORUNU

Yayınlayanın, yayın sözleşmesi uyarınca asli borçlarını oluşturan, eseri çoğaltma ve yayma borçlarını bizzat kendisinin mi ifa etmesi gerektiği, yoksa söz konusu borçlarını üçüncü kişiye devredebilip devredemeyeceği konusunda İBK ve BK'nın yayın sözleşmesini düzenleyen maddelerinde herhangi bir hüküm yoktur. Aslında, yayın hakkının devri sorunu, eser sahibinin mali hakkının veya haklarının eser sahibi veya mirasçıları dışındaki kişiler tarafından devri sorunudur. FSEK m. 49, "eser sahibi veya mirasçılarından mali bir hak veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatını iktisap etmiş olan bir kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebilir" hükmüyle, bu sorunu çözmektedir. FSEK, yayınlayanın çoğaltma ve yayma borcunu (yayın hakkını), üçüncü kişiye devredebilmesini, eser sahibinin veya mirasçılarının bu konudaki yazılı onaylarının varlığına bağlamaktadır. Dolayısıyla, yayınlayan ancak eser sahibi veya mirasçılarının yazılı onayıyla çoğaltma ve yayma borcunu üçüncü kişiye devredebilir. Eser sahibi veya mirasçıları, söz konusu yazılı izni yayın sözleşmesi içinde[1002] yer alan bir maddeyle verebilecekleri gibi, sözleşmenin kurulmasında sonra da yazılı olmak kaydıyla verebilirler. Dolayısıyla, yayınlayan yayın hakkını devredeceğini önceden öngörmüşse, bu

[1000] SCHRICKER, 403.
[1001] Bkz. İkinci, §3, I, B Yayın Sözleşmesinin Haklı Sebeple Feshi
[1002] Yayın sözleşmesi, FSEK m. 52 uyarınca, geçerlilik şartı olarak yazılı şekle tabi olduğundan, FSEK m. 49'da yer alan "onayın yazılı olması" şartını da gerçekleştirecektir

onayın yayın sözleşmesinde yer almasını sağlamalıdır. Eğer, yayınlayan sözleşmenin kurulmasından sonra ticari hayatında meydana gelen önemli sebepler dolayısıyla, yayın hakkını devretmek isterse, yine eser sahibinin ve mirasçılarının yazılı onayını almak zorundadır[1003].

FSEK'in bu hükmü, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun bünyesine uygun olduğu gibi, yayın sözleşmesiyle taraflar arasında kurulan özel güven ilişkisine de dayanmaktadır. FSEK'in anılan hükmü, BK'ya nazaran özel bir hükümdür. Dolayısıyla, BK m. 67'de yer alan "borcun ifasında, borçlunun kişisel özelliğinin önemli olmadığı hallerde, borçlunun edimini şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığı" genel kuralının uygulanma kapısını kapatmaktadır. Zira, bu durum özellikle yayın sözleşmesinde yayınlayanın özel bir öneme sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Yayınlatan, yayınlayanın özelliklerine güvenerek ve bu anlamda yayınlayana duyduğu güvene dayanarak, yayın sözleşmesini onunla akdetmiştir[1004]. FSEK'in sözkonusu hükmü aynı zamanda BK'nın borcun naklinde, alacaklının (yayınlatanın) onayını arayan 173 vd. hükümleriyle de uyum halindedir. Zira, yayınlayanın çoğaltma ve yayma borcunun devri de, bu anlamda borcun naklidir[1005]. Zira, borcun nakliyle birlikte, sözleşmenin karşı tarafı olan yayınlayan değişmektedir. Dolayısıyla, yayınlatan borcun üçüncü kişi tarafından üstlenilmesine onay vermediği sürece, yayınlayan yayınlatana karşı yayın sözleşmesinden doğan borçlarından kurtulamayacaktır[1006].

Hakların devrini düzenleyen AYK §28/I'e göre, taraflar arasında yapılan sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı takdirde, yayınlayan yayın hakkını devredebilir. Ancak, yayınlayan sadece belirlenmiş bir esere ilişkin hakları, yazarın onayı olmadan devredemez. Böyle bir onay, ancak önemli bir gerekçe ve sebeple reddedilebilir. Eğer, yayınlayan söz konusu onayı vermesi için yazara bu konuda talepte bulunmuşsa, yazar talebi aldığı tarihten itibaren iki ay içinde red cevabını bildirmemişse, onay verilmiş sayılacaktır.

Avusturya Eser Sahipleri Hakkında Kanunu §27/I de genel olarak eserden yararlanma haklarını düzenleyen hükümlerinde aynı çözüme yer vermiştir. Alman ve Avusturya hukukunda yer alan sözkonusu hükümler, yayınlatanı koruyan çözümler değildir. Zira, yayınlatana tanınan yayın hakkının devrini veto yetkisi, önemli sebeplerin varlığına bağlanmaktadır. Dolayısıyla, yayınlatan kendisi için hiç de güvenilir olmayan yollara zorlanmaktadır[1007].

[1003] TROLLER, Kommentar, 50.
[1004] Bkz. TROLLER, Kommentar, 50.
[1005] GİRİTLİOĞLU, 56.
[1006] HILTY, Basler, 2073.
[1007] TROLLER, Kommentar, 50.

AYK §28/II'ye göre yayınlayanın çoğaltma ve yayma borcu, bu hakları yayınlayandan kazanan halefler tarafından da yerine getirilebilir. Eğer, hakları kazanan kişi yayınlayanla birlikte anlaşarak eserin çoğaltma ve yayma borçlarını, yayınlayana bağlı olarak üstlenirse, yayın sözleşmesinden doğan borçların ifa edilmesinde yazara karşı ilk yayınlayanla birlikte sorumlu olacaktır. Ancak, hakları sonradan kazanan kişinin sorumluluğu o zamana kadar mevcut olan tazminat borcunun ödenmesini kapsamamaktadır.

Alman doktrininde BAPPERT/MAUNZ, İsviçre Hukuku'nda da, yayın uygulaması dikkate alınarak, AYK'daki söz konusu hükmün uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık, İsviçre Hukuku'nda bu görüş, LÜDİN tarafından, taraflar arasındaki güven ilişkisi gerekçe olarak gösterilerek reddedilmiş, RİNTELEN ise, yayın hakkının devrinin yayınlatanın onayına bağlı olması gerektiğini belirtmiştir[1008]. TROLLER de, yayın hakkının devri için eser sahibinin onayını aramaktadır. Yayınlayan, yayın sözleşmesi tek bir esere ilişkin olsa da, birden fazla esere ilişkin olsa da, yayınlatanın onayını almak zorundadır. Yayınlatan, hiçbir sebep göstermeden onayı vermekten kaçınarak, reddedebilir. İsviçre doktrini, yayınlayanla yayınlatan arasındaki "güven ilişkisi"ni dikkate alarak eser sahibinin onayını aramaktadır. İsviçre Hukuku bu anlamda, Alman ve Avusturya hukuklarından açıkça farklı bir yaklaşımı benimsemekte ve Fransız Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanunu'nun 62. maddesiyle, İtalyan Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanunu'nun 132. maddesiyle tamamen uyum halindedir[1009].

İBK m. 380 ve BK, yayınlayanın yükümlülüklerini bizzat yerine getirmek zorunda olup olmadığı hakkında bir açıklık içermemektedir. Ancak, elbette ki taraflar, sözleşme tarafı olan kişiler yerine üçüncü kişilerin ifada bulunması olanağını sözleşme ile kabul edebilirler. Yayınlayanın bizzat kişiliğinin önem taşımadığı yükümlülükler bakımından üçüncü kişilerin ifaya katılması veya bu yükümlülükleri yerine getirmesi mümkün olacaktır. Sözleşme tarafı olarak sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirmeyi kim taahhüt etmişse, yayınlayan olarak o kabul edilecek ve bu yükümlülükler asli olarak ona ait olduğu gibi bu yükümlülükleri yerine getirebilmek için gerekli yetkileri de o kazanmış sayılacaktır. Sonuç olarak, bu yükümlülükleri fiilen kim yerine getirirse getirsin sorumluluk sözleşmedeki yayınlayana aittir[1010].

Yayınlayanın şahsen ifa yükümlülüğü onun BK m. 100 yardımcı şahıs kullanmasına da engel değildir. Zira, yardımcı şahıs kullanmak çoğaltma işleminin yerine getirilmesi

[1008] Bkz.TROLLER, Kommentar, 50; GİRİTLİOĞLU, 56.
[1009] TROLLER, Kommentar, 50.
[1010] TROLLER, Kommentar, 26; HILTY, Basler, 2073.

açısından bazen bir zorunluluk olabilir. Bu durum, FSEK'in 49. maddesinin arkasındaki amaca da aykırı değildir. Zira, yayınlayanın yardımcı şahsın fiillerinden kaynaklanan sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk halidir. Yayınlayanın şahsen ifa yükümlülüğü, onun, başka bir ticari işletmeyi çoğaltma işlemlerinin yerine getirilmesi sırasında yardımcı olarak kullanmasına engel değildir, ki çoğaltma işlemleri için genellikle böyle bir yöntem uygulanmaktadır. Ancak, önemli olan, yayınlayanın üçüncü kişiye bu konuda talimatlar vermesi, çoğaltma işlemi sırasında denetleme yapması ve eseri yayınlayanın adı (ticari ünvanı) altında yaymasıdır[1011].

III. YAYINLAYANIN MANÜSKRİYİ GERİ VERME BORCU

Yayınlayanın eseri çoğalttıktan sonra, orijinal eser metnini, yani manüskriyi yayınlatana geri vermekle yükümlü olup olmadığına dair herhangi bir hükme İBK ve BK'da yer verilmemiştir.

AYK §27 eserin geri verilmesini düzenlemektedir. Sözkonusu paragrafa göre yayınlayan, ancak çoğaltma işleminin başlamasından önce yazarın geri vermeye yönelik bu hakkını saklı tutması koşuluyla, kendisine verilen eser metnini (manüskriyi) geri vermek zorundadır. Bu bağlamda, Alman Hukuku'nda yayınlayan ancak, yayınlatan tarafından böyle bir çekince ileri sürülmüşse, eseri geri vermekle yükümlüdür.

Yazar, Alman Hukuku'nda geri verme konusundaki çekincesini tek taraflı olarak bildirebilir. Zira, bu durumun mutlaka sözleşmede yer alması gerekmez[1012].

Alman doktrininde, geri verme yükümlülüğünün çok fazla bir öneme sahip olmadığı, çünkü yayınlatanın çoğu zaman daktilo ile yazıp verilen manüskriden, elde edilen en az bir kopyanın yayınlatanda olduğu ileri sürülmektedir. Ayrıca, yayınlayan veya baskıcı çalıştıkları eser nüshası üzerinde, manüskri üzerinde çoğaltma işlemi sırasında kullandıkları çeşitli baskı teknikleri ile yanlışlıkla notlar alabilirler ve manüskri bu yüzden deforme olabilir. Dolayısıyla, yayınlatanın manüskrinin geri verilmesinde çoğu zaman menfaati yoktur. Ancak, müzik ve sanat eserlerini ilişkin yayın sözleşmelerinde durum tam tersidir. Zira, yayınlatan bu tür yayın sözleşmelerinde eserin orjinalini yayınlayana teslim etmiştir ve yayınlatanın eserin orjinaline ulaşmasında menfaati olduğu şüphesizdir[1013].

[1011] TROLLER, Kommentar, 51; TEKİNALP, 244.
[1012] TROLLER, Kommentar, 29.
[1013] TROLLER, Kommentar, 29. Alman Hukuku'nda sanat eserleri veya tarihi değer taşıyan eserlerde, yazarın manüskrinin geri verilmesini saklı tutmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 142; SCHRICKER, 483-484.

Ancak, Alman Hukuku'nda da, yazarın manüskrinin geri verilmesi konusundaki hakkını saklı tutmamış olmasının, yayınlayanın bu manüskriyi sürekli olarak elinde tutacağı anlamına gelmediği kabul edilmektedir. Zira, yayın sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, yayınlayanın manüskrinin zilyetliğine sahip olma hakkı da sona ermektedir. Bu bağlamda yayınlayan, sözleşmenin sona ermesinden sonra, yazarın mülkiyet hakkı konusundaki talebine itiraz edemeyecektir[1014].

İsviçre-Türk Hukukunda yayınlatan, manüskriyi yayınlayana "yayınlama amacıyla" bırakmalıdır. Bu bağlamda, İsviçre Hukuku'nda da kabul edilen görüş, yayınlatanın, yayın sözleşmesine konu olan eseri, eserin çoğaltılması amacıyla yayınlayana teslim etmek ve çoğaltma işlemi bitene kadar da sözkonusu eseri yayınlatanda bırakmak zorunda olduğudur. Dolayısıyla, yayınlatan, çoğaltma işlemi bittikten sonra, manüskrinin geri verilmesini talep edebilecektir [1015]. Türk Hukukunda da, aynı çözüm tarzının kabul edilmesi yerinde olacaktır. Zira, çoğaltmanın son bulmasından sonra yayınlayanının artık manüskriye ihtiyacı yoktur. Çünkü, burada satım sözleşmesinde olduğu gibi eser metninin mülkiyetinin yayınlayana geçirilmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla, yayınlayan çoğaltma işi biter bitmez eser metnini derhal yayınlayana geri vermekle yükümlüdür[1016].

Yayınlatanın yayın sözleşmesinin vaktinden önce sona ermesi halinde, başka bir yayınlayanla kuracağı yayın sözleşmesi doğrultusunda çoğaltma ve yaymanın yapılabilmesi için de manüskriye ihtiyacı vardır. Ancak, uygulamada bilim ve edebiyat eserlerinin en az birkaç tane kopyası olduğu için manüskrinin bu amaçla geri alınmak istenmesi çok pragmatik olmasa da, aynı şeyi sanat eserleri için söylemek mümkün değildir. Yayınlatan aynı zamanda, manüskrinin maliki olduğu için, yayınlayana karşı mülkiyet hakkını da ileri sürebilecektir. Zira, yayınlayanın yayın sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte manüskri üzerinde haklı zilyetliği de sona ermiştir[1017]. Aslında kural olarak yayınlatan, çoğaltma işlemi için gerekli olmadığı sürece, bunu yayınlayandan talep edebilecektir[1018]. Dolayısıyla, çoğaltma işleminin bitmesinden sonra, yayınlayan manüskriyi yayınlatana geri vermek zorundadır[1019].

[1014] Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 141. Zira, eserin teslim edilmesiyle, -aksi kararlaştırılmamışsa-eser üzerindeki mülkiyet de yayınlayana geçmemektedir. Bkz. BGH GRUR 69, 552; OLG Hamburg GRUR 80, 908; OLG München GRUR 84, 516; SCHRICKER, 481; RINTELEN, 292; HOFFMAN, 106; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 141; ULMER, 452.
[1015] TROLLER, Kommentar, 29; TROLLER, II, 919.
[1016] GİRİTLİOĞLU, 65; TUNÇOMAĞ, 601; FRANKO, 163; YAVUZ, 546-547.
[1017] Bkz. SCHRICKER, 660; TROLLER II, 919; PEDRAZZINI, 595.
[1018] PEDRAZZINI, 595.
[1019] TROLLER, II, 919.

IV. YAYINLAYANIN BEDEL ÖDEME BORCU

A. GENEL OLARAK

Yayınlatan, yayınlayana eserini, onun çoğaltması ve yayması amacıyla bırakmaktadır. Bu, eser sahibinin asıl ve en öncelikli amacıdır. Ancak, buna ek olarak, yayınlatan eserin kullanılması veya eser üzerinde tasarruf edilmesi ile yayınlayanın kazanç elde etmeyi umduğu eser için, kural olarak bir bedel veya ücret de beklemektedir[1020].

Yayınlayan, çok nadir hallerde yazarı eser veya hizmet sözleşmesi uyarınca yanında çalıştırarak, onun emeğinden ve zamanından yararlandığı için, yayın sözleşmesi açısından ele aldığımız bedel (telif ücreti/honorar), aslında işçiye ödenen bir ücret değildir. Aksine, yayın sözleşmesindeki karşılıklı edimler arasında bir denge, bir karşılık unsuru; yayın hakkının içeriğindeki ekonomik değerin karşılığı olarak bir ivazdır[1021].

Her ne kadar, yayınlayanın çoğaltma ve yayma yükümleri olmazsa, bir yayın sözleşmesinden bahsedilemez ise de, bedelin veya telif ücretinin olmaması, bu sözleşmenin zorunlu unsurları arasında sayılmamaktadır. Bu bağlamda "bedel" ya da uygulamadaki adıyla "telif ücreti", yayın sözleşmesinin objektif esaslı unsurları arasında yer almaz. Diğer bir ifadeyle, telif ücreti sözleşmenin olmazsa olmaz şartı veya zorunlu unsuru olmadığı için sözleşmede telif ücretinin kararlaştırılmamış olması, sözleşmenin kurulmasını veya geçerliliğini etkilemez[1022].

BK m. 380 ve bu hükmü kaşılayan TBKT m. 496 yayınlatanın bedel isteme hakkını ve bedelin belirlenmesini düzenlemektedir. BK m. 380'e göre, eser sahibinin bedelden feragat ettiği "hal icabından" anlaşılmadıkça, bedele istihkakı asıldır". TBKT m. 496 uyarınca ise, "sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça", yayınlatan bedel ödenmesini isteyebilir. TBKT'de öngörülen düzenlemenin gerekçesinde de bu durum, "yayınlatanın bedel ödenmesini isteyememesi için "hal icabı" yeterli görülmemiş, bunun aksinin kararlaştırılmış

[1020] TROLLER, II, 907; REHBİNDER/GROSSENBACHER, 23.

[1021] SCHRICKER, 443. Eser sahibinin, telif ücreti talep etme hakkı anayasal ilkelere de dayanmaktadır. Yasa koyucular da, eser sahiplerinin ve sanatçıların, normal şartlar altında kendi eserlerinden yararlanma imkanı olmadıkları veya yararlanmak istemediklerinden hareketle, yapısal olarak sözleşmenin zayıf tarafı olan eser sahiplerine, telif ücretinin kendilerine garanti edilmesi gibi özel bir takım koruyucu hükümler sevketmişlerdir. Almanya'da 2002 yılında UrhG'de değişiklik yapan kanun da, eser sahiplerine ve sanatçılarına eserlerinin ve çalışmalarının karşılığı olarak en azından uygun bir telif ücretinin garanti edilmesiyle ilgili reformist hükümler getirmiştir. Bkz. DIETZ, German Copyright Law, 832.

[1022] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 129; ULMER, 433; SCHACK, 1024; GUHL, 542; REHBİNDER, Urheberrecht, 320; KNAAK, 277; SCHRICKER, 443; TROLLER, II, 907; REHBİNDER, Schweiz, 173; BİLGE, 279; TUNÇOMAĞ, 1152; AYİTER, 233; TEKİNALP, 245; FRANKO, 180; GİRİTLİOĞLU, 65; TROLLER/TROLLER, 165.

olması gerektiği kabul edilmiştir" şeklinde ifade edilmiştir.

Ancak, BK m. 380/I ile İBK'nın anılan maddeyi karşılayan 388. maddenin 1. fıkrasının Almanca metni arasında bir farklılık vardır. İBK m. 388/1'in Almanca metnine göre, "hal ve şartlara göre eserin ancak bir ücret karşılığı devredilebilmesi beklenebilirse, ücretin sözleşmede kararlaştırılmış olduğu kabul edilir". BK ise, mehazın Fransızca metni esas alınarak çevrilmiştir[1023]. Türkçe ve Fransızca metinler daha çok yayınlatanın lehinedirler ve yayınlatanları korumaktadırlar. Zira, bedel borcunun bulunmadığını kabul etmek için sözleşmeden bedelin istenmediğinin anlaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla, kural olarak yayınlatan her yayın sözleşmesinde -taraflar sözleşme ile bunun aksinin kararlaştırmamışlarsa- bedel isteme hakkına sahiptir. Ancak, yayınlayan sözleşmede bedelin istenmeyeceğinin kararlaştırıldığını ispat ederek bedel ödeme borcundan kurtulacaktır. Bu anlamda ispat yükü yayınlayandadır. Zira, BK'nın anılan hükmü yayınlatan lehine bir karine öngörmüştür[1024]. Bu çerçevede, telif ücretinin ödenmesi sözleşmeden doğan ve bir yandan yayınlayanın bir borcu, diğer taraftan yayınlatanın da bir hakkıdır.

Buna karşılık Almanca metne uyulursa, yayınlatanın ücret alabilmesi ancak şartlara göre eserin yayınlayana bırakılmasının bir ücret karşılığı olabileceği beklenebilirse, örneğin eserin kalitesinden yazarın ücret ödenmesinden başka özel bir çıkarı olmadığı, daha önce yayınlatanın yayınlayanla ücret karşılığı çalıştığı ya da eserden aldığı ücreti onun belli başlı gelir kaynağını oluşturduğu durumlarda söz konusu olacaktır. Bu anlamda Almanca metin daha çok yayınlayan lehinedir, çünkü bu metne göre yayınlatan hal ve şartlara göre ücret ödenmesi gerektiğini de ispat etmek zorunda kalacaktır ki, bu ispat yükümü yayınlatanı son derece güç durumlarda bırakabilir[1025]. Yansımasını İBK m. 388'in Almanca metninde bulan düşüncenin gerekçesi olarak şunlar ileri sürülmüştür: Yayınlayanın, bedel ödemeye hazır veya razı olup olmaması, eserin finansal başarı şansına bağlıdır. Eğer yazar tanınmayan biriyse veya eser sadece az bir okuyucu kitlesine hitap ediyorsa, bu takdirde yayınlayan çoğunlukla eserin olası finansal başarı şansı ile karşılaştırıldığında, eserin çoğaltılması ve yayılması yükümlülüğünü üzerine almakla zaten büyük bir yüküm altına girmiş olduğunu, dolayısıyla kendisinden daha fazla bir edimin yerine getirilmesinin beklenemeyeceğini düşünmektedir[1026].

Bu bağlamda, yukarıda da belirtildiği gibi, İBK'nın Almanca metnine göre, karine olarak bedelin veya telif ücretinin varlığından bahsedilemez. Zira, eserin yayınlanması çoğunlukla yayınlayan için bir rizikodur. Yayınlayan yayın faaliyetinin riski ve masraflarını

[1023] Bkz. GİRİTLİOĞLU, 66; AYİTER, 243; FRANKO, 182-183.
[1024] GİRİTLİOĞLU, 66; AYİTER, 243-244; FRANKO,182-183.
[1025] GİRİTLİOĞLU, 66; AYİTER, 243-244.
[1026] TROLLER, II, 907.

üzerine almaktadır. Yayınlayanın bu risk ve masraflar altına girmiş olması, hem yayın sözleşmesinin amacının bir gereği hem de yayınlatanın kendisine devretmiş olduğu yayma ve çoğaltma haklarının karşılığını teşkil eder. Ancak, özellikle eser sahibi tanınmamışsa, eser konusu büyük bir okuyucu kitlesini ilgilendirmiyorsa, onlara hitap etmiyorsa çoğu kez eser sahibinin amacı o eserden kazanç elde etmek değildir, sadece eserini kamuya sunmaktır. Bu yüzden özellikle genç ve tanınmamış yazarların kendi eserlerinin basımını finanse edemeyecekleri gözönünde bulundurulursa, bu masrafları ve rizikoyu üzerine alan yayınlayanlardan bedel istemelerinin de söz konusu olamayacağı çok açıktır[1027].

Ancak böyle bir yükümlülüğünün varlığı, diğer bir ifadeyle yayınlatanın eseri bırakmakla bir bedel beklemekte haklı olduğu, somut olayın özelliklerinden çıkarılmalıdır. Bu noktada, her şeyden önce, sözleşmenin kurulması sırasında genel olarak eserin genel gelir beklentisine dikkat edilmelidir. Eğer, yayınlanan eserden tamamen veya önemli ölçüde bir gelir edilmeyecekse, bedelin varlığı kabul edilememelidir[1028]. Başka bir deyişle, sözleşmenin bu konuda herhangi bir hüküm içermemesi halinde, ancak yayınlayanın en baştan bir zararı göze aldığı veya en azından herhangi bir kazanç elde etmeyi ummadığı hallerde, bedelin varlığının yadsındığı, kabul edilmediği söylenebilir[1029]. Bazen yazarın bizzat kendisi basım masraflarının karşılanmasına katılmaktadır. Çoğunlukla doktora tezlerinde masrafların tümünü üzerine almaktadır[1030]. Yine, bilimsel dergilerde yayınlanan makalelerde için de, çoğunlukla bir telif ücreti kararlaştırılmaz, onun yerine yazar bu özel baskılardan yüklü bir miktarını alır.

Bedel, yayın sözleşmesinin zorunlu unsuru olmadığı için, bedel ödeme yükümlülüğü de bir asli edim yükümlülüğü değildir. Ancak, bu yükümlülük taraflarca asli edim yükümlülüğü haline getirilebilir. Hatta, bazen sözleşmenin yorumlanmasının sonucundan da böyle bir yargıya ulaşılabilir. Ancak, bedel ödeme yükümlülüğü yayınlayanın asli edim yükümlülüğünün yanında kural olarak bir yan edim yükümlülüğü olarak kalacaktır[1031]. Bu bağlamda, bedel ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde kural olarak, bu bir

---

[1027] TROLLER, Kommentar, 60.

[1028] PEDRAZZINI, 588; HILTY, Basler, 2093; TROLLER, II, 907; TROLLER, Kommentar, 60.

[1029] TROLLER, II, 907; HILTY, Basler, 2093; TROLLER, Kommentar, 60.

[1030] Ancak, böyle durumlarda, özellikle yayınlatanın en azından çoğaltma ve yayma masraflarına önemli ölçüde katılması haline dikkate edilmelidir. Zira, sözleşmenin nitelendirilmesine veya yayınevinin eser üzerinde belirtilmesine rağmen, net satıştaki zarardan yayınlatanın sorumlu olduğu hallerde bir yayın sözleşmesinden değil, bir komisyon sözleşmesinden bahsedilecektir.; HILTY, Basler, 2093. Zira, yayınlatan olası bir kazancı kendi üzerine alacağını önceden açıklamış veya kazancın ortak olarak karşılanacağına ilişkin bir anlaşma yapılmışsa, bu durumda artık bir yayın sözleşmesinin varlığından bahsedilemez. PEDRAZZINI, 557. Krş. TROLLER, Kommentar, 60; ULMER, 433; SCHACK, 448; SCHRICKER, 138; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 75; REHBİNDER, Urheberrecht, 320; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, 83; FROMM/NORDEMANN, 268.

[1031] Bkz. SCHRICKER, 443; PEDRAZZINI, 591.

yan edim yükümlülüğü olduğu için, yayınlatanın sözleşmeden dönme veya fesih hakkı da sözkonusu olmayacaktır. Bir yan edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin sözleşmenin feshine yol açabilmesi, bu yan edim yükümlülüğünün, sözleşmenin tümünün amacını ve anlamını tehlikeye düşürmesi halinde mümkündür[1032]. Bu bağlamda, bir yan edim yükümlülüğünün asli edim durumun yükümlülüğü olarak kabul edilmesi, ancak tarafların sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe özel anlam yüklemelerine bağlıdır. Ancak, yayın sözleşmesinde salt herhangi bir edim yükümlülüğünden bahsedilmiş olması, onu tek başına asli edim yükümlüğü yapmak için yeterli bir olgu değildir. Dolayısıyla, yazar için yayın sözleşmesinde belirli bir bedelin kararlaştırılmış olması da, her zaman bu yükümlülüğün asli edim yükümlülüğü yapılmasının istendiği anlamına gelmeyecektir[1033]. Dolayısıyla, telif ücretinde temerrüde düşülmüş olması halinde kural olarak yayınlayanın temerrüdüne bağlanan bir dönme veya fesih imkanı söz konusu olmayacak, ancak her somut olayda tarafların telif ücretine vermiş ve bağlamış oldukları anlam çerçevesinde farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Bu bağlamda, her somut olayda tarafların söz konusu yükümlülüğe yükledikleri anlam, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi, taraf iradeleri ve taraflar arasında kurulan özel güven ilişki çerçevesinde, somut olayın özellikleri dikkate alınarak yorumlanacaktır[1034].

Yayınlayanın bedel ödemesine ilişkin bir hüküm AYK §22'de düzenlenmiştir. Alman Yayın Kanunu'nda "ödeme"yi düzenleyen §22'ye göre, yayınlayan yazara kararlaştırmış oldukları miktarı ödemek zorundadır. Eğer içinde bulunulan şartlar uyarınca, ödeme olmadan eserin teslim edilmesi beklenemezse, taraflar arasında ödemeye ilişkin zımni bir anlaşmanın var olduğu kabul edilir. Bu bağlamda Alman Yayın Kanunu da, bedelin ödenmesini ya tarafların bu durumu sözleşmede düzenlemeleri halinde ya da şartların belirli bir bedelin ödenmesi gerektiğini haklı kıldığı durumlarda kabul etmektedir.

Buna karşılık, yayınlayanın, eseri yazarın herhangi bir bedel almadığı takdirde yayınlayabileceği durumlar pek de az değildir. Bu takdirde de yine bir yayın sözleşmesinden bahsedilecektir. Olayların ağırlıklı olarak çoğunluğunda, yazar belli bir bedeli beklemekte ve yayınlayan da bu bedeli kendisine ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. AYK da bundan hareketle, § 22, §23 ve §24'te telif ücretine ilişkin özel hükümlere yer vermiştir. AYK'nın yazarın telif ücretini düzenleyen hükümler, tıpkı diğer hükümler gibi emredici hükümler olmadığından, taraflar aralarında yaptıkları yayın sözleşmesi ile veya daha sonraki bir aşamada bu yasal düzenlemelerden farklı bir düzenlemeye yer verebilir veya bu hükümleri

[1032] Bkz. PEDRAZZINI, 591; SCHRICKER, 557; EREN, 34.
[1033] Bkz. SCHRICKER, 577; OLG Dresden, GRUR 1925, 45.
[1034] Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, §5, I, A, Sözleşmenin Sona Ermesi, Yayınlayanın Temerrüdü.

tamamen dışlayabilirler[1035]. Aslında tarafların, telif ücreti konusundaki anlaşmaları, bir anlamda ve bir ölçüde karşılıklı güven sorunudur[1036].

AYK §22 uyarınca, yayınlayanın kural olarak bedel ödeme yükümlülüğü yoktur. Tarafların, sözleşmede açıkça bunu kararlaştırmalarının yanı sıra, AYK içinde bulunulan şartlara göre ancak bir bedel karşılığında eserin tesliminin beklenebileceği hallerde zımni olarak da bedelin kararlaştırıldığını kabul etmektedir. AYK'nın yürürlükteki hükmüne göre, sözleşmede bedel üzerinde herhangi bir maddenin olmaması halinde, yazarın yayınlayanın bedel ödeme zorunluluğu altında olduğunu gösteren şartları ispatlamak zorunda olduğu kabul edilmektedir[1037]. Ancak, bu noktada, sadece yazarın bir bedel almaya hakkı olduğu şeklindeki değerlendirmesi ve yorumu yeterli değildir. Belirleyici olan, sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumu olduğu gibi, içinde bulunulan tüm ilintili koşullar aracılığı ile teamülün yorumlanmasıdır. Eğer, yayın sözleşmesinde veya daha sonra yapılan bir anlaşma ile bedel hakkında herhangi bir hükme yer verilmemişse ve içinde bulunulan durumdan veya koşullardan da bu konu çıkarılamıyorsa, yayınlayanın bedel ödeme borcu yoktur[1038].

Bedelin söz konusu olduğu şartlar, eserin türüne, yayınlayana ve yazara göre farklılık gösterebilir. Ancak, bu noktada ilgili eser çeşidine esas olan kitap piyasasındaki teamüller de dikkate alınmalıdır. Yayınlanmadan önce de eserin yayınından iyi bir ciro veya sürüm bekleniyorsa, eser tanınmış ve sevilen bir yazara aitse, kural olarak bir bedel yükümlülüğünün var olduğu kabul edilmelidir. Zira, yazar kendi ürününün maddi değeriyle de ilgilenmektedir. Yine, yayınlayanın sadece eserin yayınını desteklemek için mi, yoksa sadece kendi arzusu doğrultusunda mı bu eserin yayınını üstlendiği de somut olayda araştırılmalıdır[1039].

2002 yılında UrhG'de yapılan değişiklik ile, §32, eser sahibinin, eserden yararlanma hakkı tanınması veya eserin kullanılmasına izin verilmesi karşılığında sözleşme ile kararlaştırılan telif ücretini talep etme hakkı olduğunu hükme bağlamıştır. Eğer, telif ücretinin miktarı belirlenmemişse, uygun bir bedel kararlaştırılmış sayılır. Eğer kararlaştırılan bedel veya telif ücreti uygun değilse, eser sahibi, karşı akitten sözleşmede kendisine uygun bir bedel tanınacak şekilde değişiklik yapılmasına izin vermesini talep edebilir. Hükümde de belirtildiği üzere, uygun bir bedel veya telif ücreti, bu reformun yapı taşlarından biridir. Özellikle,

---

[1035] SCHRICKER, 443; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 130.
[1036] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 130.
[1037] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 129; SCHRICKER, 444.
[1038] Ancak, SCHRICKER, AYK'da yapılacak olası bir revizyonda, yayınlayanın prensip olarak bedel ödeme yükümlüğünü öngören bir hükümle değiştirilmesi gerektiğini, bu durumun bugünkü fikri hukuk düşüncelerine de uygun olacağını belirtmektedir. Bkz. SCHRICKER, 444.
[1039] Zira, yayınlayanın arzusuna uygun olan bir eseri alıp, sadece bu eserin basım masraflarının karşılanmasıyla yetinmesi halinde bir bedelin varlığından değil, sadece yayınlayanın çoğaltma ve yayma yükümlülüğünden bahsedilmelidir; SCHRICKER, 445.

sözleşmenin kurulduğu anda dahi, kararlaştırılan bedelin uygun bir bedel olmaması halinde, eser sahibinin karşı akide sözleşmenin değiştirilmesine izin vermesi noktasındaki talep hakkı, yeni değişikliğin odak noktasını oluşturmaktadır[1040]. UrhG'de yapılan yeni değişiklikle kabul edilen §32b, telif ücreti ile ilgili olan §32 ve §32a hükümlerinin emredici nitelikte olduklarını hükme bağlamıştır. Bunun sebebi ise, yukarıda da belirtildiği üzere eser sahibini ve sanatçıyı korumaktır. Bu çerçevede, artık AYK §22 de artık UrhG'de yapılan bu değişiklik çerçevesinde dikkate alınmalıdır.

B. BEDELİN BELİRLENMESİ

1. Genel Olarak

Taraflar genellikle sözleşmenin kuruluşu aşamasında bedel (telif ücreti) konusunda anlaşırlar. Bedelin miktarı da birinci derecede bu uyuşmaya bağlıdır. Şüphe halinde ücretin nakit olarak ödeneceği karine olarak kabul edilir[1041]. Ancak, bedelin mutlaka nakden ödenmesi gerekmez. Taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile bedelin nakit dışı bir şekilde - eserin daha lüks bir kağıt üzerine basılması- ödenebileceğini de kararlaştırabilirler[1042].

AYK §23'te yayınlayanın yazara kararlaştırılan bedeli "ödeme" yükümlülüğünden bahsedilmektedir. Ancak, bununla bedelin mutlaka "para" olarak ödenmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Tespit edilen bedel, her türlü malvarlıksal değer olabilir. Bu anlamda özellikle yüklü bir bedava nüshanın verilmesi de bir karşılık veya ivaz olarak değerlendirilebilir. Ancak AYK uyarınca, tarafların bu konuda bir anlaşma yapmamalarına rağmen, içinde bulunulan koşullardan bedel ödeme yükümlülüğü çıkarılması halinde yayınlayan "uygun bir ücret" ödeme borcu altındadır[1043]. UrhG'de 2002 yılında yapılan yeni değişiklikle, "uygun bedelin" belirlenmesinde iki kriter kabul edilmiştir: "Teamüle uygun olma" ve "adil" olma.Yasa koyucu, bedelin uygun olması için sadece, teamüle uygun olmasını yeterli görmemiş, aynı zamanda bu bedelin dürüstçe belirlenmiş adil bir bedel olması

[1040] DIETZ, German Copyright Law, 834; PEUKERT, 902; SCHRICKER, Copyright Contracts, 855; SCHACK, 433. UrhG'de yapılan yeni değişikliğin AYK ile ilişkisi ve yayın sözleşmesine etkisi hakkında bkz. GORSCAK, 33. GORSCAK da, sonuç olarak, fikri hukukta yapılan her değişikliğin yayın sözleşmesini ilgilendirdiği ölçüde, yayın sözleşmesi üzerinde etkiler doğuracağını, yayın sözleşmesi hükümleri irdelenirken, UrhG'nin de dikkate alındığı, bu anlamda yeni değişikliklerin yayın sözleşmesini etkileyeceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, AYK'nın ilgili hükümleri de, UrhG'de yapılan bu değişiklikler gözönünde bulundurularak yorumlanmalıdır.

[1041] GİRİTLİOĞLU, 66; BİLGE, 279; TUNÇOMAĞ, 1152.

[1042] FRANKO, 185.

[1043] SCHRICKER, 446; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 129.

şartını da aramıştır. Zira, Alman Yüksek Mahkemesinin bir kararında da vurguladığı gibi, "teamüle uygun olan, sonradan "uygun" olmayabilir[1044].Uygun bedel belirlenirken, bu kriterlerin yanı sıra, izin verilen eserin kullanımının türü ve kapsamı, özellikle, büyüklüğü, süresi gibi diğer tüm şartlar da gözönünde bulundurulacaktır[1045].

2. Bedelin Miktarının Belirlenme Yöntemleri

Taraflar, aralarında yaptıkları sözleşme ile bedelin miktarını, bu miktarın nasıl belirleneceğini düzenlemiş olabilirler. İBK ve BK'nın yayın sözleşmesine ilişkin hükümlerinde, bedel hesaplama yöntemi konusunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bedelin ödenmesi, esas olarak ya mutlak (götürü) şekilde veya -uygulamada daha yaygın olan- nisbi yöntemle belirlenebilir. Bu yöntemler, yayın işlerinde genellikle tercih edilen yöntemlerdir.

a. Bedelin Götürü Olarak Belirlenmesi

Taraflar bedeli, götürü olarak sözleşmenin kurulması aşamasında peşinen belirlemiş olabilirler. Sözkonusu götürü bedel saptanırken, eserin hacmi, basılmış olan nüsha adedi, bir veya birden fazla baskı yapılıp yapılmayacağı[1046], eser sahibinin tanınmış bir kimse olup olmadığı, eserin fiyatı göz önünde bulundurulacaktır[1047].

Götürü bedel, çoğunlukla bireysel olarak eserin başarısının tam olarak saptanamadığı hallerde, örneğin toplu eserlere katılımlarda, yayınlayan tarafından yayınlatana ödenmektedir[1048].

Götürü bedelin kararlaştırılması, bedelin ödenmesinin basit ve kolay olması ve miktarın netlik kazanması açısından avantajlıdır. Zira, yazar böylece miktarı kesin olarak belirlenmiş olan bedel konusunda, belirlenen tarihte muaccel olacak bir talep hakkına sahip

---

[1044] BGH GRUR 2002, 602-604.

[1045] Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHRICKER Gerhard, "Zum Begriff der angemessen Vergütung im Urheberrecht-10 % vom Umsatz als Massstab?", GRUR 2002, S. 9, 738-743; DIETZ, German Copyright Law, 837; PEUKERT, 902; SCHRICKER, Copyright Contracts, 856 SCHACK, 432-433.

[1046] Zira, götürü miktarın belirlenmesindeki takdirin temeli, aslında eserin bir bası için mi yoksa birden fazla bası için mi yayın sözleşmesine konu olduğudur. BGH GRUR 68, 154; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 130.

[1047] FRANKO, 186; GİRİTLİOĞLU, 66; HILTY, Basler, 2093; BİLGE, 261; TUNÇOMAĞ, 1151. Yayınlatana ödenecek bedelin, eserin satış nüshalarının belirli bir oranına bağlanarak belirlenmesine en erken 19. yüzyılın sonlarına doğru başlanmıştır. Ondan önce, çok uzun bir süre boyunca, teamül, bedelin tahmini sürüme göre götürü olarak belirlenerek, önceden ödenmesiydi. Ancak, Almanya'da 18. yüzyılda, yazarların bu son derece düşük bedel karşısında yayınlayanlara karşı çıkmaları ve şikayetlerinin kısa sürede yankı bularak yaygınlaşmaları, 19. yüzyılın ilk çeyreğinde, bedelde açık bir artış olarak başarıya ulaşmıştır. SCHRICKER, 10% vom Umsatz als Massstab?, 740.

[1048] PEDRAZZINI, 588. Ayrıca bkz. MÖHRİNG/NİCOLİNİ, 85; FROMM/NORDEMAN, 269.

olmaktadır[1049].

Götürü bedel, toplam bası esas alınarak belirlendiği için, yayınlayan bu miktarı eserin sürümünün nasıl ve ne zaman yapıldığını dikkate almaksızın ödeme borcu altındadır[1050]. Başka bir deyişle, yayınlayanın götürü bedel ödeme yükümlülüğü altında ise, prensip itibariyle eserin sürümünün nasıl olduğu çok önemli değildir. Eser, sonradan beklentilerin aksine iyi ve gelir getiren bir sürüme ulaşmışsa, bu ihtimalde yazar, kural olarak sadece bu sebepten dolayı bedel talep edemeyecektir. Buna paralel olarak, yayınlayan da eserin sürümünün belli bir süre sonra durması halinde, bedeli ödeme borcundan kurtulamayacaktır[1051]. Özetle, bedelin götürü olarak belirlendiği durumlarda, eserin satılabilme özelliğinin yayınlayanın telif ücretini ödeme yükümlülüğü üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Ancak, telif ücretinin satılan nüsha adedine, yani sürüme göre belirlendiği hallerde eserin sürümünün dikkate alınması gerekmektedir[1052].

Ancak, bedelin özellikle götürü olarak belirlemesi, eserin sonradan çok satan eserler grubu içinde yer alması halinde, kararlaştırılan götürü bedel ile yayınlayanın eserin satışından elde ettiği gelir arasında, yayınlatan aleyhine çok büyük orantısızlıklar ortaya çıkarabilir. İşte bu sorunu gözönünde bulunduran UrhG doktrinde çok satanlar "best-seller" olarak da nitelendirilen §36 ile bu sorunu çözmeye çalışmıştı. Anılan hüküm uyarınca, eser sahibi eserin çok satması nedeniyle yayınlayanın elde edeceği kazanca sonradan katılma hakkına sahipti. Ancak, eser sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için kararlaştırılan götürü bedelle yayınlayanın elde ettiği gelir arasında "büyük bir orantısızlık" olmalıydı. İşte bu ağır şart yüzünden, söz konusu hükmün uygulama alanına, mahkeme kararlarında çok nadir rastlanmaktaydı. Yine, eğer sözleşme tarafları bu durumu, yani eserin çok satacağını önceden öngörmemişler veya öngörememişlerse, hüküm uygulama alanına sahip değildir. Özellikle müzakere gücünden yoksun yeni yazarlar için tam bir paradoks olan bu hüküm, 2002 değişikliği ile düzeltilmiştir. Yeni § 32a ile, önceden kararlaştırılan bedelle, yayınlayanın geliri arasındaki "büyük oransızlık" şartı, "açık oransızlık" şeklinde değiştirilerek, eski hükümdeki koşul yumuşatılmış ve hükmün uygulama alanı genişlemiştir. Yine, sözleşme taraflarının sonradan elde edilen geliri veya avantajlarını önceden öngörüp öngörmedikleri veya öngörebilip, öngöremedikleri önemli değildir. Böylece, 2002 değişikliği ile, eser sahibi

[1049] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 130.

[1050] Zira, eserin nasıl ve ne zaman yayılacağının belirlenmesine gerek yoktur. SCHRICKER, 449; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 130. Ayrıca bkz. PEDRAZZINI, 588; HILTY, Basler, 2093; GUHL, 542; REHBİNDER, Urheberrecht, 321.

[1051] SCHRICKER, 445-446; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 130. Krş. PEDRAZZINI, 588; HILTY, Basler, 2093; GUHL, 542; REHBİNDER, Urheberrecht, 321.

[1052] SCHRICKER, 463; PEDRAZZINI, 588; HILTY, Basler, 2093; SCHRICKER, 444 vd; GUHL, 542; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 130; REHBİNDER, Urheberrecht, 321.

hem sözleşmenin kurulması aşamasında (ex ante) uygun bir bedel talep etme hakkına sahiptir, hem de sözleşmenin kurulmasından sonra (ex post) eserin kullanımından elde edilen gelire katılma hakkına sahiptir[1053]. Kanaatimizce, UrhG'nin anılan hükmüne benzer bir hükme FSEK'de de özel olarak yer verilmesi, eser sahibinin korunması açısından doğru ve yerinde bir yaklaşım olacaktır.

b. Bedelin Nisbi Olarak Belirlenmesi

Her ne kadar götürü bedel, diğer hesaplama yöntemlerine göre bedelin ödenmesi konusundaki kolaylık ve bedelin miktarındaki netlik gibi avantajlara sahip olsa da, yazar aynı zamanda götürü bedelin çoğunlukla, satılan eser nüshalarına göre hesaplanan telif ücretine veya bedele göre çok daha az bir miktar olacağını da dikkate almalıdır. Yazarın, bir yandan eserin muhtemel başarısına belirli bir oranda katılmasını sağlamak ve diğer taraftan yayınlayanın taşıdığı rizikoyu sınırlandırmak için, uygulamada çoğunlukla bedel, satılan eser nüshalarının satış bedeline göre, yani onun nisbi bir değeri olarak hesaplanmaktadır[1054]. Böylece, bir anlamda yayınlatan veya eser sahibi de eserin başarısına bir şekilde katılmaktadır[1055]. İsviçre ve Alman doktrininde ve uygulamada, şüphe halinde kabul edilen oran, nüshaların kitapçıdaki satış bedelinin %10'udur[1056]. Alman Hukuku'nda da, bu oran özellikle edebi eserler açısından yaygın olarak kabul edilmektedir[1057]. Bu kural daha çok, bütün hesaplama yöntemlerini uyumlaştırma amacını gütmektedir[1058]. Ancak, bu hesaplama

---

[1053] DIETZ, German Copyright Law, 838; SCHACK, 433-435; PEUKERT, 904; SCHRICKER, Copyright Contracts, 854.

[1054] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 130. Ayrıca bkz. PEDRAZZINI, 588; HILTY, Basler, 2093; SCHRICKER, 444 vd.; REHBİNDER, Urheberrecht, 321; GUHL, 542; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, 85; FROMM/NORDEMAN, 269; TROLLER/TROLLER, 165; TROLLER Kamen, 285-286; YAVUZ, 540.
Yayın hakkının devrinin bir karşılığı olarak, yüzdelik orana göre hesaplama yönteminin piyasada genel kabul gördüğü ileri sürülmektedir. REHBİNDER/GROSSENBBACHER, 22.

[1055] PEDRAZZINI, 588; HILTY, Basler, 2093; SCHRICKER, 444 vd; GUHL, 542; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 130.

[1056] TROLLER, Kommentar, 60; TROLLER, II, 907; HILTY, Basler, 2093; BUCHER, 215; DIETZ, German Copyright Law, 837; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 131; TROLLER/TROLLER, 165; SCHRICKER, 10% vom Umsatz als Massstab?, 739; FROMM/NORDEMANN, 269; FRANKO, 186; REHBİNDER, Schweiz, 173. Bazen bu oran %10 ile %15 arasında (SCHACK, 458), bazen de %5 ile %15 arasında (REHBİNDER/GROOSENBACHER, 22) kabul edilmektedir.
%10 kuralının kökeni yayın hukukudur. Bedelin, satılan nüshaların belirli bir oranı üzerinden hesaplanmaya başlanmasının çıkış noktası, yayınevi birliklerinin uygulamalarıdır. Ancak, yayınevlerinin ilk uygulamalarında belirlenen oran, bugünkü yayın uygulamasında kabul edilen oranla karşılaştırıldığında çok daha cömert bir oran olan %15-%25 arasında belirlenen bir orandı. Zamanla bu oranda da ufak tefek oynamalar olmuştur. Ancak, Almanya'da 20. yüzyılın başlarında kabul edilen oldukça yüksek bedeller, özellikle savaş dönemlerinden, birinci dünya savaşından sonra düştü ve bugüne kadar da bu şekilde kaldı. SCHRICKER, 10% vom Umsatz als Massstab?, 742.

[1057] Aynı yönde HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 131; SCHACK, 458, SCHRICKER, 447.

[1058] TROLLER, Kommentar, 60. Ancak, %10 kuralının, eserin kullanımını içeren fikri mülkiyetin diğer alanlarında da bir başlangıç, çıkış noktası olarak ele alınması amaca aykırı bir yaklaşımdır. Zira, böyle bir yaklaşım eser sahibi aleyhine olacak sistematik bir yanlıştır. Yasa tarafından, eser kullanımının çeşitliliği

yönteminin de basının satılamayan kısmının toptan ve çok düşük bir fiyat üzerinden sahaflara veya bu imkanının da olmaması halinde kalan kısmın sadece hurda kağıt değerine satılmak zorunda kalması gibi durumlarda, yayınlatan aleyhine sonuçları ortaya çıkmaktadır .

Her ne kadar Alman Hukuku'nda teamül %10 olmasına rağmen, uygulamada bu oranda oynamalar da olmaktadır. Bazen bu oranın altına inilmekte, ancak çoğunlukla bu oranın üstüne çıkılmaktadır. Oran üzerindeki oynamalar, somut olayın durumuna göre, yazara, yayınevine, esere ve piyasanın durumuna bağlı olarak değişmektedir. Uygulamada, tarafların aralarında yaptıkları sözleşme ile bu orandan farklı bir oran kararlaştırmalarına çok da az rastlanmamaktadır[1059].

Eserin satış bedelinin esas alınması halinde, baz alınması gereken satış fiyatı "net veya brüt" olabilir. Net satış fiyatı ise, eserin normal satış fiyatıdır. Eğer, eserin normal satış fiyatı üzerinden, hukuki açıdan yerinde ve geçerli bir indirim yapılmışsa, bedelin hesaplanmasında da, sözkonusu indirimlerin çıkması ile elde edilen tutar esas alınacaktır. Brüt satış fiyatından ise, eserin satış fiyatının üzerinden katma değer vergisinin indirilmesiyle elde edilen miktar anlaşılmaktadır. Uygulamada, bedel genellikle eserin net satış fiyatı üzerinden hesaplanmaktadır[1060].

Bedelin yüzdelik orana göre hesaplanmasında, taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa, kural olarak, fiili olarak satılan eser nüshalarının fiyatları baz alınacaktır[1061].

---

karşısında genel geçer ölçütlerin belirlenmesi mümkün olmadığından, "uygun bir bedel"in belirlenmesi, somut olayın koşullarının çok yönlü bakış açılarıyla değerlendirilmesini ve taraf menfaatlerinin tartılmasını gerekli kılmaktadır. Bu tespit aynı zamanda, eserin dijital kullanımları için de geçerlidir. SCHRICKER, %10 vom Umsatz als Massstab?, 743.

Bu bağlamda, özellikle müzik eserlerinin satışından elde edilen gelirler açısından, dünyanın pek çok yerinde, uzun yıllardan beri, teamül haline gelen uygulama, elde edilen gelirin yarısının yayınlayanda kalması, diğer yarısının ise şarkı yazarına ödenmesidir. Ancak bu kuralın istisnası, radyo, televizyon, konser salonlarında, barlarda ve diğer lokallerde veya internette çalınan müzik eserleridir. Zira, yukarıda da belirtildiği üzere, müzik eserinin bu şekilde kullanılması sonucu elde edilen gelir, meslek birlikleri tarafından toplanmakta ve meslek birlikleri, kendi idari ücretlerini elde edilen bu miktardan çıkardıktan sonra, geriye kalan kısmın yarısını yayınlayana diğer yarısını da şarkı yazarına ödemektedirler. Bu çerçevede, müzik yayını sözleşmesi açısından, müzik eserinden elde edilecek başlıca gelir kaynakları; eserin radyo, televizyon, konser salonlarında, barlarda ve diğer lokallerde veya internette çalınmasından elde edilen gelir (ki buna uygulamada "small performing rights" adı verilmektedir), müzik eserinin kaset, CD ve internetten indirilmesi şeklini de kapsayacak şekildeki çeşitli biçimlerdeki fonogram kayıtlarının alınması karşılığından ödenen ve yine uygulamada "mekanik" telif ücreti olarak nitelendirilen telif ücretinden alınan gelir, şarkı sözlerinin basılmasından elde edilen gelir ve müzik eserinin bazı film müziklerinde kullanılması sonucu elde edilen gelirlerdir. BIEDERMAN/SILFEN/BERRY/PIERSON/ GLASSER, 553.

[1059] SCHRICKER, 10 % vom Umsatz als Massstab?, 742, 740.

[1060] SCHRICKER, 447-449; TROLLER, II, 907; HILTY, Basler, 2093; SCHACK, 458; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 131; FRANKO, 187. Ancak, taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile satış fiyatını, eserin ciltli veya ciltsiz olmasına bağlı olarak da kararlaştırabilirler. Böyle bir anlaşmanın olmaması halinde, eserin gerçek satış fiyatı dikkate alınacaktır. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 131.

[1061] ULMER, 456; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 131. Ancak, durumun haklı gösterdiği son derece özel koşulların varlığı halinde, taraflar arasında bu konuda bir anlaşma olmadığı takdirde, yazar, nüshaların gerçekten satılan sayısıyla bağlı olmadan, tüm bası için bedel talebinde bulunabilir. OLG Celle, GRUR 64, 333, HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 131; SCHRICKER, 447.

Bedelin nisbi olarak hesaplanmasında, yayınlayanın tanıtım veya reklam amacıyla verdiği veya yayınlatana bedava nüsha olarak verdiği nüshalar dikkate alınmayacaktır. Yine, devlet kütüphanelerine ücretsiz olarak verilen nüshalar açısından da yayınlayanın, telif ücreti ödeme borcu yoktur[1062].

Bedelin ödenmesinde nisbilik metodu, eserin sürümü arttıkça eser sahibine ödenecek olan bedelin belirli ölçüde artmasıyla hesaplanabileceği gibi, satılan her nüsha için yayınlatana sabit olarak tespit edilmiş olan primin ödenmesi şeklinde de olabilir. Örneğin, eserin 5000 adedinin satılmasından sonra kademeli olarak, telif ücreti artabilir. Bedelin saptanması konusunda ileri sürülen diğer bir yöntem de, basılan eserin satır adedine, sayfa adedine göre bir miktarın belirlenmesidir. Bu yöntem, daha çok gazete veya dergi nüshalarında çıkan yazılara ilişkindir[1063].

Yine, yazara bedel olarak, uygulamada çok seyrek de olsa, yayınlayanın net kazancının belli bir kısmı da verilebilir. Bedelin bu şekilde hesaplanması, kapsamlı ve kesin bir hesaplamayı da gerektirmektedir[1064].

Bedelin tespiti konusunda taraflar mutlaka bu yöntemlerden birini seçmek zorunda değildirler. Bedelin bir kısmını götürü olarak belirlerlerken, kalan kısmının nisbi olarak hesaplanmasını kararlaştırabilirler. Böylece burada karma bir yöntem benimsenmiş olmaktadır[1065].

Yazarın, eserin satış fiyatının indirilmesi halinde yine de bedele hak kazanıp kazanamayacağı, bedelin ödenme yöntemine göre değişecektir. Eğer, yazar net kazanca katılmışsa, yazarın kazanca katıldığı kısım da, indirimli satış dolayısıyla düşen gelire paralele olarak azalacaktır[1066].

Bedel, götürü olarak kararlaştırılmışsa, satış fiyatının indirilmesinin yazarın bedel talebi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır. Zira, yayınlayan tek başına tüm rizikoyu taşımakta olduğundan ve yazara karşı da edimini eksiksiz, tam olarak ifa etmelidir. Ancak, eğer bedel satış fiyatının belirli bir yüzdesine katılma hakkı olarak saptanmışsa, indirim

---

[1062] Buna karşılık, eser nüshalarının belirli bir miktarda alınması karşılığında, alıcıya ücretsiz olarak verilen nüshalar açısından yayınlayanın telif ücreti ödeme borcu devam etmektedir. Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 132.

[1063] SCHRICKER, 445, 451; TROLLER, II, 908; HILTY, Basler, 2093; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 130; SCHACK, 458; FRANKO, 187; REHBİNDER/GROSSENBACHER, 24; SCHRICKER, 10 %vom Umsatz als Massstab?, 740.

[1064] SCHRICKER, 450; PEDRAZZINI, 588; HILTY, Basler, 2093; ULMER, 456; SCHACK, 458; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 132. Yayınlatanın, yayınlananın kazancına katıldığı hallerde, yayın sözleşmesi adi ortaklık sözleşmesi benzeri unsurlar taşımaktadır, ancak bu halde dahi yayınlatan zarar rizikosunu taşımaya devam etmektedir. Bkz. SCHACK, 458; ULMER, 456.

[1065] FRANKO, 187; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 131.

[1066] SCHRICKER, 453.

yapılmamış olsaydı dahi, asıl satış fiyatı üzerinden eserin yine de sürümünün yapılacağı kabul edildiği sürece, yazar gerekli olmayan bir indirim yüzünden, bedeli yine de asıl satış fiyatı üzerinden maddi tazminat olarak talep edebilecektir[1067]. Bunun dışında yayınlayan tarafından ileri sürülen, indirimli satış halinde gerçek bir sürümden bahsedilemeyeceği, bunun uzantısı olarak da yazarın bedele hak kazanamayacağının ileri sürülmesi gerekçesiz ve temelsiz bir iddiadır. Her ne kadar indirimli satış, gerçek ve alışılmış anlamda bir sürüm oluşturmasa da, satılan nüshaların satış fiyatı üzerinden alınan ve taraflarca kararlaştırılmış olan yüzdelik oran, indirimli satış fiyatı üzerinden de buna uygun olarak kalmalı, başka bir deyişle bu oran aynı şekilde alınmaya devam etmelidir[1068].

C. BEDELİN BELİRLİ OLMAMASI HALİNDE HAKİM TARAFINDAN BELİRLENMESİ

BK m. 380/II'ye göre, bedelin miktarı ehlihibrenin reyi alındıktan sonra, hakim tarafından takdir olunur. TBKT m. 496'ya göre, bedel ödenmesi gerek hallerde ödenecek miktar belli değilse, bedel hakim tarafından belirlenir. Böylece, TBKT, BK'dan farklı olarak, BK'da öngörülen bedelin belirlenmesinde bilirkişinin görüşünün alınmasına yer vermemiştir. Ancak, yeni düzenlemenin buna yer vermemiş olması, hakimin yine de bilirkişinin görüşüne başvurmasına engel değildir. Hatta bazen hakim bedelin belirlenmesinde bilirkişinin görüşüne başvurmak zorunda bile kalabilir. İsviçre Hukuku'nda, İBK m. 388/2 uyarınca, hakimin bedeli belirlemesini öngören hüküm sadece usuli bir hüküm olarak kabul edilmektedir[1069]. Zira, hakim genellikle bilirkişinin raporuna dayanarak, bu raporu desteklemektedir. Böylece, hakimin bu konuda tamamen serbest olarak takdir yetkisinin kullanmasının yolu kapatılmıştır. Ancak, örneğin hakem mahkemesi gibi mahkemelerde, hakim bu konuda uzman birisiyse, bilirkişi raporuna dayanmaktan vazgeçebilir. Türk Hukuku'nda da, her ne kadar HUMK m. 286 çerçevesinde hakim bilirkişinin raporuyla bağlı değilse de, bu rapordan ayrılmasını da gerekçelendirmek zorundadır. Zira, bedelin belirlenmesi özel bir uzmanlık bilgisini gerekli kılmaktadır

Alman Yayın Kanunu §22/2 de, bedelin miktarı belirlenmemişse, uygun bir miktar konusunda tarafların uzlaştığı kabul edilir, hükmüne yer vermiştir. Taraflar bedelin miktarı

[1067] OLG Hamburg GRUR 1974, 413, 414; SCHRICKER, 453-454; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 146-147.
[1068] SCHRICKER, 454; TROLLER, II, 908; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 132-133; ULMER, 346. Zira, burada dikkate alınması gereken ilgili satış fiyatı, duruma göre o sırada geçerli olan satış fiyatıdır. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 133-134.
[1069] HILTY, Basler, 2093.

konusunda anlaşamazlarsa, hakim uygun bir bedele hükmedecektir. Hakim, bedelin belirlenmesi konusunda takdir yetkisini kullanırken somut olayın tüm koşullarını dikkate almak zorundadır. Yazarın edebi kalitesi, eserin sürüm olanağı, bası sayısı, çoğaltma ve yayma masrafları, aynı türdeki diğer eserler için genellikle kararlaştırılan bedel de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Gazete ve dergilerde, bedel teamüle göre genellikle satır sayısına göre hesaplandığı için, bu durumda bedelin belirlenmesi daha kolay olacaktır. Ancak, genel kural bu olmakla birlikte, somut olayın şartları bu kuraldan ayrılmayı gerekli kılabilir. Örneğin, bir yazarın her zaman yüksek bir bedel aldığının yayınlayanca bilindiği durumlarda, bu ihtimal söz konusu olacaktır[1070].

Her ne kadar İBK m. 389/II ve BK m. 381/II'nin zıt anlamından yola çıkarak, hakim tarafından bedelin belirlenmesinde, götürü bedelin esas alındığı sonucuna varılabilirse de, aslında hükmün amacı, diğer ispat araçlarını dışlamak olarak yorumlanmamalıdır. Bu bağlamda, hakim tarafından belirlenecek olan bedelin hesaplanmasında da, yukarıda açıkladığımız yöntemler de, taraflarca ispatlanmak şartıyla dikkate alınabilmelidir. Bu bağlamda, eserin satış fiyatı üzerinden %10'luk bir oran üzerinden bedelin hesaplanması en yaygın olanı olduğu gibi, aynı zamanda teamüle de uygundur[1071]. Bazen de, eserin net satış fiyatı üzerinden bedel miktarı belirlenebilir. Ancak, bu noktada baz alınacak olan eser nüshalarının sayısının tespit edilmesi gerekir. Şüphe halinde, satılmış olan eser nüshaları üzerinden hesaplamalar yapılacaktır. Yine, götürü bir bedel veya basılan eser sayısına göre hesaplanacak bir bedele de karar verilebilir[1072]. Götürü bir bedele karar verilmesi halinde, Alman Hukuku'nda kabul edilen kriterler ve özellikle eserin türü ve kalitesi büyük öneme sahip olacaktır[1073].

D. SONRAKİ BASILARDA BEDEL

BK m. 380/III ve bu hükmü karşılayan TBKT m. 496'ya göre, yayınlayanın birden fazla bası yapma hakkı varsa, ilk bası için kararlaştırılan bedel ve diğer koşulların sonraki basıların her birine de uygulanacağı kabul edilir[1074]. Bu bağlamda, BK'nın ilgili hükmü, aksi kararlaştırılmadığı sürece, her yeni bası için asıl sözleşme şartlarının geçerli olacağına ilişkin

[1070] SCHRICKER, 453.
[1071] HILTY, Basler, 2093; TROLLER, II, 907.
[1072] TROLLER, II, 907-908.
[1073] HILTY, Basler, 2093.
[1074] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 496/III'e göre, yayımcının birden fazla bası yapma hakkı varsa, ilk bası için kararlaştırılan bedel ve diğer koşulların sonraki basımlar için de uygulanacağı kabul edilmiş sayılır.

bir karineye yer vermiştir. Hükmün kapsamına, bası sayısı, eser nüshalarının tasarımı ve sürümü arttırmaya yönelik tedbirler girdiği gibi, telif ücretine ilişkin düzenlemeler de girmektedir[1075].

Alman Yayın Kanunu §5/I de, eğer yayınlayanın birçok basım hakkı varsa, şüphe halinde bir evvelki basıma ilişkin şartların her yeni basıma da uygulanacağını hükme bağlamıştır.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir sorun da, sonraki basımlarda bedelin miktarı belirlenirken, nüsha sayısındaki artışın dikkate alınıp alınmayacağıdır. Eğer, ilk basımda nüsha sayısı dikkate alınarak bedel belirlenmişse, bu durumda her yeni basım için de nüsha sayısı dikkate alınarak bedel belirlenecektir. Dolayısıyla, bedelin yüzdelik katılma olarak belirlenmesi veya nüsha sayısına göre belirlenmesinde sorun yoktur[1076].

Buna karşılık, bedel götürü olarak belirlenmişse, sonraki basımlardaki nüsha sayısının ilk basıma göre artması veya azalması (nüsha sayısındaki değişiklik) halinde veya eserin satış fiyatının artması durumunda yayınlatanın yine de ilk basımda götürü olarak kararlaştırılmış olan bedeli talep edip etmeyeceği sorunu gündeme gelmektedir. Zira, bu konuda BK'nın anılan hükmündeki yasal karinenin, yayınlatan için pek de uygun olmayacak durumlar yaratması aslında hiç de seyrek değildir. Özellikle, yeni basının satış grafiği oldukça yüksekse, hala ilk basıdaki bedel üzerinden hesaplamanın yapılmaması gerekir[1077].

Bu konuda doktrindeki ağırlıklı fikir, götürü olarak kararlaştırılan bu sabit bedelin değişen koşullara uyarlanması gerektiği, diğer bir ifadeyle, hükmün sadece "mutatis mutandis"[1078] geçerli olabileceğidir[1079]. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi sonraki basımlarda nüsha sayısı daha çok olsa da telif ücretinin değişmeden kalacağı görüşünün kabul edilmesi halinde, ücretin nüsha sayısına göre belirtilmediği bütün durumlarda yazarın çıkarlarının bozulmuş olacaktır. Dolayısıyla, bu yüzden nüsha sayısının artması halinde, ona orantılı olarak bedelin de artmasının uygun düşeceği belirtilmektedir[1080], ki kanaatimizce de bu sonuç menfaatler dengesi çerçevesinde de yayınlatanın çıkarlarına en iyi düşen sonuçtur. Zira, eser nüshalarının artması sonucunda yayınlayanın elde edeceği menfaat ve kar düşünüldüğünde, yayınlatanın hala ilk basıda kararlaştırılan götürü bedele hak kazanabileceğini ileri sürmek TMK m. 2 anlamında dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil edecektir ki, doktrindeki hakim

[1075] HILTY, Basler, 2094.
[1076] TROLLER, Kommentar, 60; HILTY, Basler, 2094; FRANKO, 190.
[1077] HILTY, Basler, 2094; GİRİTLİOĞLU, 67.
[1078] Hükmün, gerekli değişikliklerle birlikte, gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra uygulanabilmesidir.
[1079] TROLLER, Kommentar, 60; HILTY, Basler, 2094; TUNÇOMAĞ, 1154; BİLGE, 280; FRANKO, 190-191.
[1080] Bkz. GİRİTLİOĞLU, 67; TROLLER, Kommentar, 60; HILTY, Basler, 2094; TUNÇOMAĞ, 1154; BİLGE, 280; FRANKO, 190-191. Aksi görüş, OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 388, N. 4.

fikir de yukarıda da belirtildiği gibi bu yöndedir.

AYK§ 5/2 uyarınca, yayınlayana birden fazla bası yapma hakkı tanınmışsa, şüphe halinde, yani aksi kararlaştırılmadığı sürece, her yeni bası için bir önceki basıma ilişkin şartların geçerli olacağına ilişkin hükümden de açıkça anlaşıldığı üzere, yeni basıma ilişkin şartlar için, ilk basıya değil, bir önceki basıya yollama yapılmıştır. Örneğin, eserin 4. basısı için , nüsha sayısı, şekil, baskı, kapak ve dizayn, telif ücreti ve bedava nüshalar konusunda taraflar arasında özel bir anlaşma yapılmışsa, eserin 5. basısı için de bu şartlar geçerlidir. Yoksa, asıl sözleşmenin birinci basıya ilişkin şartları bu anlamda uygulama alanı bulmayacaktır. Bir önceki basıya ilişkin şartların aynısının geçerli olacağı hükmü, mutlak değil, aksine nisbi ve amaca uygun bir yoruma uygun olmalıdır. Örneğin, kararlaştırılan telif ücreti, yeni basının kapsamının ve şeklinin değişmesine göre hesaplanacaktır. İlk bası için götürü bir telif ücreti kararlaştırılmışsa, sonraki basılar için daha yüksek bir telif ücretinin kararlaştırılmalıdır, ki yeni basılarda ücretin yükseltilmesi aynı zamanda teamül gereğidir. Eğer, böyle bir anlaşma olmazsa, AYK §22/2 uyarınca saptanacak bir miktarı, yayınlayan ifa etmekle yükümlü olacaktır[1081].

İsviçre Hukuku'nda da, AYK'nın ilgili hükmü doğrultusunda, her yeni basıdaki bedelin, gerektiğinde bir önceki basıya bağlanması gerektiğini kabul eden yazarlar mevcuttur[1082].

E. BEDELİN ÖDENME ZAMANI

Taraflar bedelin ödenme zamanını yayın sözleşmesi hükümleri çerçevesi içinde kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir durumda bedelin ödenme zamanı sözleşmedeki hükümler uyarınca tespit edilecek ve bedelin ödenmesine veya ödenmemesine ilişkin hukuki sonuçlar da tarafların belirlediği bu zamana göre söz konusu olacaktır. Eğer taraflar sözleşmede bedelin ödenme zamanına ilişkin herhangi bir hükme yer vermemişlerse, bu takdirde BK'nın 381. maddesi devreye girecektir.

BK m. 381/I, uyarınca, "bedel, eser bütün olarak yayınlanacaksa tamamının; cilt, fasikül, forma gibi kısımlar halinde yayınlanacaksa, her kısmın basılması ve satışa

[1081] HOFFMAN, 46; SCHRICKER, 248.

[1082] HILTY, Basler, 2094; PEDRAZZINI, 58. PEDRAZZINI, bu hükmün aslında yasa koyucunun ihmalinden kaynaklandığını ve tarafların sözleşmede sonraki basılar için farklı anlaşmalar yapmaları halinde, zaten hükmün anlamsız kalacağını belirtmektedir. Bu konuda, OSER/SCHÖNENBERGER ise, bir önceki basıda telif ücretinin ödenmeyeceğinin kararlaştırılmış olması halinde, bir sonraki bası için de, aynı şartların geçerli olacağını öngören yasal hükmün uygulama alanı bulamayacağını benimsemektedir. Bkz. PEDRAZZINI, 586.

hazırlanmasıyla muaccel olur[1083]".

Bu bağlamda, BK ve İBK'nın bedelin götürü veya nüsha sayısına göre hesaplanacak bir bedel olması dikkate alınmaksızın genel bir düzenlemeye yer verdiği görülmektedir. Bu bağlamda, BK ve İBK'nın ilintili hükümlerinde de sözü edilen bedelin, eserin satışa hazır bulundurulduğu anda ödenmesi ilkesi, bedelin ancak kesin (götürü) tespiti halinde uygulama alanı bulacaktır[1084]. Sözkonusu götürü (sabit) bedel, başlangıçta belirlenmiş sabit bir miktar olabileceği gibi basılan nüsha sayısı veya eserin sabit perakende satış fiyatının hesaplanmasıyla elde edilecek belirli bir tutar şeklinde de olabilir. Ancak, her iki halde de bedelin ödeme zamanı aynıdır: Eserin satışa hazır duruma getirildiği an[1085]. Ancak, ücret satılacak nüsha sayısına göre belirlenecekse, o zaman sözkonusu kural uygulama alanı bulamayacak, bedelin zorunlu olarak zaman zaman ödenmesi gerekecektir[1086]. Bu durumda da, belirli aralıklarla, (prensip olarak yıllık), alınan satış sonuçlarına göre bedel ödenecektir[1087].

BK m. 381/I çerçevesinde, eğer eserin basımının tamamı yapılmamışsa, bu durumda sadece baskı teknikleri yüzünden, yani eserin tamamının tek cilt halinde basılamaması yüzünden basının ertelenmesiyle, eserin sözleşmede kararlaştırıldığı gibi cilt, fasikül, forma gibi bölümler halinde basılmış olmasını birbirinden ayırmak gerekir. İlk durumda, eserin ilk cildin basılıp hazır hale getirilmesiyle bedelin tamamı muaccel olurken, ikinci durumda sadece ilgili bölüm için söz konusu olan kısmi bedel muaccel olacaktır[1088].

Fransız Hukuku'nda da, "eğer telif ücreti götürü bir şekilde tayin edilmişse, eserin teslimi ile birlikte telif ücreti muaccel olur" hükmü yer almaktadır. Ancak, eğer bedel nüshaların satış sonuçlarına göre hesaplanacaksa, bedelin ödenmesi için nüshaların basılmış olması ve satış sonuçlarının alınmış olması gerekir[1089].

AYK §23 ve Avusturya Medeni Kanunu'nun 1165. maddesi, bedelin götürü olarak belirlendiği hallerde, yayınlatanın manüskriyi yayınlatana teslim ettiği anda bedelin muaccel olacağını öngörmüşlerdir. AYK §23; "Bedel, eserin teslimi anında ödenmelidir. Bedel belirli değilse veya çoğaltmanın kapsamına, özellikle de basılan nüsha sayısına bağlıysa, bedel eserin

---

[1083] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 497 uyarınca, "bedel, eser bütün olarak yayımlanacaksa tamamının; cilt, fasikül, forma gibi bölümler halinde yayımlanacaksa, her bölümünün basımından ve satışa hazır duruma getirilmesinden sonra ödenir".
[1084] TUNÇOMAĞ, 603; TROLLER, Kommentar, 61.
[1085] TROLLER, Kommentar, 62; HILTY, Basler, 2095; TROLLER, II, 908; PEDRAZZINI, 588-589; BİLGE, 280; YARSUVAT, 155; TUNÇOMAĞ, 1152; HIRSCH, II, 256; DALAMANLI, 707; FRANKO, 195.
[1086] TUNÇOMAĞ, 203.
[1087] TROLLER, II, 908; HILTY, Basler, 2095; HIRSCH, 1948, 229.
[1088] TROLLER, Kommentar, 62.
[1089] FRANKO, 196.

çoğaltma işlemi biter bitmez muaccel olur" hükmüne yer vermiştir. Anılan hükmün irdelenmesi üzerine, AYK'da bedelin ödenme zamanını, bedelin götürü, baştan belirlenen bir bedel olup olmadığına göre farklı zamanlara bağladığı görülmektedir.

AYK §23 uyarınca, prensip olarak bedel, eserin teslim edilmesiyle muaccel olur. Kararlaştırılan bedel, somutlaşmış eser nüshasının, yani manüskrinin teslim edilmesiyle birlikte, "Zug um Zug", yani aynı anda ödenmelidir. Eserin çoğaltılmaya elverişli bir şekilde teslim edilmemiş olması, sözleşmeye uygun bir eserin oluşturulmamış olması veya yazarın yayın hakkını yayınlayana devredecek durumda olmaması halinde bedelin ödenmesi borcu geri bırakılabilir. Aynı şekilde, yazar da manüskriyi teslim etmiş olmasına rağmen yayınlayan bedelin ödenmesine hazır değilse, yazar manüskriyi geri alabilir[1090]. Bu temel kural, eserin her yeni basısı için de uygulama alanı bulacaktır. Bu çerçevede, bedel düzeltilen manüskrinin yeni bası öncesi yayınlayana teslim edildiği anda muaccel olur. Eğer, yazar eserinde herhangi bir değişiklik veya düzeltme yapmazsa, yazarın bu açıklamasının yayınlayana bildirilmesiyle bedel muaccel hale gelecektir[1091].

Bedelin ödenme zamanını taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile yasal düzenlemeden farklı bir şekilde saptayabilirler. Zira, yazar ve yayınlayan yasal düzenlemeden ayrı olarak, sadece bedelin miktarını ve şeklini değil aynı zamanda bedelin ödenme zamanını da duruma göre belirleyebilirler. Ancak, bedelin ödenme yükümlülüğü kural olarak bir yan edim yükümlülüğü olduğu için, yayınlayan kararlaştırılan ödeme zamanında bu borcunu yerine getirmemişse, yazar yayın sözleşmesinden dönme yolunu kullanamayacak veya sözleşmeyi feshedemeyecektir. Ancak sadece açık olarak kararlaştırılmışsa veya yayın sözleşmesinde yer alan şartlardan, tarafların bedel ödeme yükümlülüğünü asli edim yükümlüğü haline getirdikleri sonucu çıkarılabiliyorsa, yayınlayan bedeli zamanında ödememişse, bedel ödeme yükümlülüğü asli edim yükümlülüğü olarak kabul edildiğinden, duruma göre sözleşmeden dönme veya fesih kurumları da devreye girebilecektir[1092] .

AYK §23 uyarınca, bedel belirli değilse veya çoğaltmanın kapsamına, özellikle de basılan nüsha sayısına bağlıysa, bedel en erken, eserin çoğaltılmasından sonra kesin olarak hesaplanabileceği için, yasa çoğaltma işleminin bitmesiyle birlikte bedelin de muaccel olacağını hükme bağlamıştır. Zira, ne kadar nüsha basıldığı en erken, çoğaltmanın bitmesi aşamasından sonra kesin olarak tespit edilebilecektir. Bu bağlamda, bedelin muaccel olması

[1090] SCHRICKER, 459.
[1091] SCHRICKER, 460.
[1092] SCHRICKER, 460; PEDRAZZINI, 591.

için eserin piyasaya sürülerek yayınlanması gerekmemektedir[1093].

Bedel, tarafların anlaşması uyarınca piyasaya sürülen eser nüshalarının satış fiyatlarının belirli bir yüzdesi olarak hesaplanacaksa, ancak sözleşmede bedelin muacceliyet tarihi hakkında bir hüküm yoksa, bu takdirde AYK §23'ün yasal düzenlemesinden ayrılmak gerekecektir. Bu durumda, bedel iş yılının sona ermesine ek olarak satış hesaplarının incelenmesi için gerekli olan sürenin geçmesiyle birlikte muaccel hale gelecektir[1094]. Bu sonuç, İsviçre Hukuku açısından da kabul edilmektedir[1095].

Eğer, eser bölümler veya kısımlar halinde yayınlanacaksa, bu takdirde bedelin muaccel olacağı tarihin ne olacağı konusunda AYK'da da herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Bu durumda, doktrin tarafların hedeflerine ve teamüle yollama yapılmaktadır. Buna göre, kural olarak, eserin özel olarak ayrılan parçasının teslim edilmesiyle birlikte, bedelin sadece bu bölüme karşılık gelen kısmının da muaccel hale geleceği kabul edilmelidir. Buna karşılık, eser tamamlanmağı sürece yayınlanmayacak olmasına rağmen, yazar tek tek manüskrinin bölümlerini ayırarak yayınlayana teslim ediyorsa, yazar bu bölüme karşılık gelen kısma ilişkin bedeli ancak, taraflar arasında bu konuda özel bir anlaşma varsa talep edebilecektir[1096].

BK ve İBK'nın AYK §23'ten ayrılan bir başka noktası ise, bedelin götürü olarak belirlenmediği hallerde, bedelin muacceliyet tarihidir. Zira, bu durumda AYK'da "eserin çoğaltma işleminin bittiği tarih" gösterilmesine karşılık, BK ve İBK'da bedelin muacceliyet tarihi olarak "eserin basım ve satışa hazır duruma getirilmesi" gösterilmektedir. Dolayısıyla, İsviçre ve Türk Hukukunda, bedelin ödenme zamanı AYK'da olduğu gibi eserin çoğaltılması işleminin bitmesi yeterli olmayıp, eserin satışa hazır duruma getirilmesi[1097], bu anlamda eserin ciltlenmesi ve kamuya sunulması için gerekli olan son halinin verildiği andır[1098]. Sözkonusu maddenin gerekçesi olarak, bir çok durumlarda ücretin basılan nüsha miktarına göre hesaplanması ve yayınlayanın yayınladığı eserden faydalanmadan önce çoğu kez büyük ölçüde masraflar yapması gösterilmektedir BK 381/I'deki çözüm tarzının, eserin baskısı esnasındaki düzeltme işinin bitmesine rağmen, yazarın mali yönden ilgili kalmasını sağlamak gibi bir faydasının da olduğu ileri sürülmektedir[1099]. Bu bağlamda, kanunun buradaki çözüm tarzının matbaacılık sanayisine de uygun düştüğü ileri sürülmektedir[1100].

[1093] SCHRICKER, 460.
[1094] SCHRICKER, 461.
[1095] TROLLER, II, 908; HILTY, Basler, 2095.
[1096] SCHRICKER, 461.
[1097] HILTY, Basler, 2095; TROLLER, II, 908; PEDRAZZINI, 588-589; BİLGE, 280; YARSUVAT, 155; TUNÇOMAĞ, 1152; HIRSCH, II, 256; DALAMANLI, 707.
[1098] TROLLER, Kommentar, 62.
[1099] Bkz. GİRİTLİOĞLU, 67, TUNÇOMAĞ, 603.
[1100] Bkz. FRANKO, 193.

Buna karşılık, yayın sözleşmesinde borçlar hukukunun genel ilkelerinden biri olan -taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece- "borçların aynı anda ifası" ilkesinden ayrılmayı gerektirecek hiçbir sebebin olmadığı ileri sürülerek, eser metninin yayınlayana verilmesi ile tehlikenin de yayınlayana geçtiği, dolayısıyla yayın sözleşmesindeki bedelin de, manüskrinin teslimi anında ödenmesi gerektiği, bu çözümün Borçlar Kanunu'nun 81. ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 82. maddelerindeki "Zug um Zug" ilkesine, yani aynı anda ifa ilkesine de yayın sözleşmesinin niteliğine de uygun olacağını benimseyen yazarlar da vardır[1101]. Bu görüşü destekleyenler bir başka gerekçe olarak, yayınlatanın eser metnini teslim etmekle en önemli borcunu ifa ettiğini ve karşılıklı ve aynı anda ifa ilkesine göre de bedel o anda muaccel olması gerektiğini ileri sürmektedirler[1102].

Kanaatimizce, doktrinde de belirtildiği üzere kanun koyucu yayın sözleşmenin özel niteliğini, matbaacılık faaliyetinin özelliklerini de dikkate alarak sözkonusu çözüm tarzını benimsemiş ve bu anlamda borçlar hukukundaki genel ilkeden ayrılmıştır. Bu çerçevede, kanun koyucu yukarıda belirtilen haklı sebeplerle genel hükümlerdeki ilkeden ayrılarak, bu konuda özel bir düzenleme tarzını tercih etmiştir. GİRİTLİOĞLU'nun da belirttiği üzere, kanunun bu açık hükmü karşısında, sadece tehlikenin teslimle birlikte yayınlayana geçtiğini gerekçe göstererek ve karşılıklı bir sözleşme olması dolayısıyla "Zug um Zug" ilkesinin uygulandığı satım sözleşmesinde satılanın alıcının zilyetliğine girmesiyle satış bedelinin muaccel olacağına dair kuralın burada da uygulanmasını gerektiren haklı bir sebep yoktur[1103]. Dolayısıyla, kanunda da öngörüldüğü üzere, bedelin ödenmesi eserin tesliminden daha sonraki bir zamana kayabilir. Ancak, tarafların bunun aksini kararlaştırmaları için bir engel yoktur.

V. BEDELİN SATIŞ MİKTARINA BAĞLANMASI HALİNDE YAYINLAYANIN YAYINLATANA SATIŞ HESAPLARINI İNCELEME HAKKI TANIMA BORCU

BK m. 381/II uyarınca[1104], sözleşme tarafları, bedeli kısmen veya tamamen eserin satışına bağlamakta iseler; yayınlayan satış hesabını düzenlemek ve teamüle uygun olarak

[1101] Ayrıntılı bilgi için bkz. GİRİTLİOĞLU, 67; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 389; FRANKO, 193 ve dn. 784'de anılan yazarlar; TUNÇOMAĞ, 603.
[1102] TUNÇOMAĞ, 603.
[1103] GİRİTLİOĞLU, 68. Aksi görüş, FRANKO, 195 vd.
[1104] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 497'ye göre "taraflar bedeli satış miktarına bağlamışlarsa, yayınlayan satış hesaplarını tutmak, çıkarmak ve teamüle uygun ispat edici belgeleri hazırlamakla yükümlüdür.

bunu ispat edici belgeyi sağlamakla yükümlüdür[1105]. Anılan maddede belirtilen yayınlayanın satış hesaplarının incelenmesi, yayınlayan için bir yükümlülük teşkil ederken, aynı zamanda yayınlatan için de bir haktır.

Yayınlayan satılan nüshalar hakkında yayınlatana satış hesapları ve teamüle uygun ispat edici belgelerle hesap vermek zorundadır. Yayınlayanın yayınlatana vermek zorunda olduğu hesap dökümü, sadece satış neticesinde elde edilen toplam meblağın, kazancın bildirilmesinden ibaret değildir. Yayınlayan, ayrıca satılan eser nüshalarının sayısı ve satış bedelleri hakkında da gerekli bilgileri vermek ve açıklamaları yapmak zorundadır[1106].

Prensip olarak, yayınlayanın satış hesaplarını verme yükümlülüğü sadece bir yan edim yükümlülüğüdür. Hesap verme yükümlülüğü, ancak yayın sözleşmesinden veya özel koşullardan çıkarılabildiği hallerde yayınlayanın asli edim yükümlüğü haline gelebilir. Dolayısıyla, yayınlayan bu yükümlülüğünü yerine getirmezse, yazar sadece bu yükümlülüğün ifasını talep edebilecek ve ifa davası açabilecektir, yoksa sözleşmeden dönme veya fesih, bu çerçevede kural olarak devreye girmeyecektir[1107]. Bu tür yükümlülüklerin temerrüdünde, gerçi yine ifa talebinde bulunulabilir. Ancak, bir yan edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin sözleşmenin feshine yol açabilmesi, bu yan edim yükümlülüğünün, sözleşmenin tümünün amacını ve anlamını tehlikeye düşürmesi halinde mümkündür[1108].

Alman Yüksek Bölge Mahkemesinin[1109] vermiş olduğu bir karar bu sorunun çözümünde kilit unsur niteliğindedir. Mahkeme, yayın sözleşmesi uyarınca yayınlayanın satış hesap dökümlerini gösterme yükümlülüğünü bir asli edim yükümlülüğü olarak kabul etmiştir. Zira, taraf iradelerinin buna esaslı ve özel bir anlam yükledikleri, mahkeme tarafından tespit edilmiştir. Çünkü, yazar, satılan her nüshanın satış bedeli üzerinden belli bir oran kendisine verilmemiş olsaydı, bu sözleşmeyi kurmayacaktı. Söz konusu karar açıkça şunu göstermektedir ki, bir yan edim yükümlülüğünün asli edim yükümlülüğü olarak kabul edilmesi, ancak tarafların sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe özel anlam yüklemelerine bağlıdır. Ancak, yayın sözleşmesinde salt herhangi bir edim yükümlülüğünden bahsedilmiş olması, onu tek başına asli edim yükümlüğü yapmak için yeterli bir olgu değildir.

Alman Yayın Kanunu §24 de, BK'daki hükme paralel bir düzenleme öngörmektedir. Alman Yayın Kanunu §24'e göre, "eğer bedel satılan nüshaların adedine göre belirleniyorsa,

[1105] BK m. 381/II'de kullanılan, akitler bedelin kısmen veya tamamen tediyesini satışın neticesine bırakmışlarsa, şeklindeki hükümde yer alan "satışın neticesinde", ibaresi, TBKT ile "satış miktarına" şekline dönüştürülmüştür ki, kanaatimizce de bu terim daha yerinde bir terimdir. Bu bağlamda, biz de "satış miktarı" ibaresini kullanmanın daha uygun olacağı kanaatindeyiz.
[1106] TROLLER, Kommentar, 62; TROLLER, II, 908; PEDRAZZINI, 588; HILTY, Basler, 2095.
[1107] SCHRICKER, 464-465; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 139; PEDRAZZINI, 557.
[1108] Bkz. PEDRAZZINI, 591; SCHRICKER, 557; EREN, 34.
[1109] OLG Dresden, GRUR 1925, 45.

yayınlayan her sene bir evvelki iş yılına ait hesapları yazara teslim etmek ve yazarın satış hesaplarının incelenmesinin gerektirdiği ölçüde ticari işletmesine ait ticari defterleri incelemesine izin vermek zorundadır". Bu bağlamda Alman Yayın Kanunu'nun söz konusu hükmü, yazarın yayınlayanın ticari defterlerini incelemesine prensip olarak ancak, bedelin, nüshaların satışına göre hesaplanmasının bunu gerektirdiği ölçüde izin vermiştir. Dolayısıyla, somut olayda yayınlayanın ticari defterlerinin incelenmesinin, yazara ödenecek olan bedelinin belirlenmesiyle bir ilgisi yoksa, örneğin bedel götürü olarak belirlenmişse, yazarın söz konusu ticari defterleri inceleme yetkisi ve hakkı da yoktur. Yine, AYK uyarınca yayınlayan yazara yılda sadece bir defa hesap verme yükümlülüğü altındadır.

Bedelin götürü olarak belirlendiği durumlarda, eserin satılabilme özelliğinin yayınlayanın telif ücretini ödeme yükümlülüğü üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Ancak, telif ücretinin satılan nüsha adedine, yani sürüme göre belirlendiği hallerde bu koşulların dikkate alınması gerekmektedir. Zira eserin sürümü, yayınlatanın telif ücretinin miktarı üzerinde doğrudan etkiye sahiptir. Bugün hakim olan bu hesaplama yönteminin, yani telif ücretinin bu şekilde kararlaştırılmasının temelinde, sadece yayınlayanın yayınlanan basılardaki tüm rizikoyu taşımaması, aksine yazarın da yayınlayanın sürümünü yaptığı eser nüshalarına göre bir ücret alarak bu rizikoya katılması gerektiği konusundaki düşünce yatmaktadır[1110].

Telif ücretinin götürü olarak hesaplanmasında ücret, sadece bir defa kesin olarak saptandığı için, ödenecek ücretin miktarı konusunda pek fazla sorun ortaya çıkmamaktadır. Buna karşılık, ücretin değişen sürüme göre hesaplanması, yayınlayanın borçlu olduğu miktar konusunda çeşitli görüş ayrılılıklarının ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu yüzden AYK, yazara yayınlayanın her sene bir evvelki iş yılına ait hesapları ve satış hesaplarının incelenmesinin gerektirdiği ölçüde ticari işletmesine ait ticari defterleri inceleme konusunda, bir talep hakkı vermektedir[1111].

Hesapların incelenme zamanı olarak AYK §24, yayınlayanın iş yılına atıfta bulunmaktadır. Bugün için genellikle takvim yılının sonu teamül uyarınca da hesap inceleme zamanı olarak kabul edilmektedir[1112]. Her ne kadar, AYK §24, iş yılının sonu konusunda bir hükme yer vermese de, aksi kararlaştırılmadığı sürece, hesaplama yıllık olarak yapılacaktır. Çoğunlukla, taraflar aralarında yılın yarısında, ara hesaplamanın yapılması konusunda

[1110] SCHRICKER, 463; PEDRAZZINI, 588; HILTY, Basler, 2093; SCHRICKER, 444 vd; GUHL, 542; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 130; REHBİNDER, Urheberrecht, 321.

[1111] SCHRICKER, 463; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 140; FROMM/NORDEMANN, 251; REHBİNDER, Urheberrecht, 322; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, 85 .

[1112] Çok önceleri, Almanya'da yayınevlerinin çoğu iş yılının sonu olarak paskalyayı takip eden ayı kabul etmekteydiler. SCHRICKER, 463.

anlaşırlar. AYK §24'teki yasal hükümden ayrılan bunun gibi veya başkaca sözleşmesel anlaşmalar kural olarak geçerlidir. Örneğin bir çok yayınevi, yazarın, ticari defterlerini bizzat incelemesi ve denetlemesini kabul etmemekte ve bunun yerine yazara, şüphe halinde, sürümün resmi kurumlardan talep edilen bir ekonomi uzmanına veya yeminli bir mali müşavire incelettirmesi hakkını tanımaktadırlar[1113].

Yayınlayan, yazara bir önceki iş yılına ait hesapları yıllık olarak sunmak zorundadır. Yayınlayan, ayrıca, bir önceki yıl ne kadar eser nüshasını piyasaya sürdüğünü de kanıtlamak zorundadır. AYK, bir eserin ne zaman piyasaya sürülmüş sayılacağı konusunda bir hüküm içermemektedir. Ancak, eseri kendi hesabına ve kendi ticari rizikosu adına bir ticari işletme olarak piyasaya süren bir yayınlayanın hukuki durumundan ve konumundan hareketle, bir eserin sürümünün en erken bunun karşı değerinin yayınevine geçtiği zaman olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu bağlamda, bir yayınevinin eser nüshası üzerindeki mülkiyet hakkının hukuki işlem ile kesin olarak üçüncü kişiye devredildiği an, eserin sürümünün yapıldığı andır[1114]. Bütün eser nüshalarının yayınlayan tarafından nakit veya toptan bir şekilde satılmış olması halinde, sözkonusu nüshalar düşük fiyat üzerinden satılmış olsa da yine de sürüm yapılmış sayılacaktır[1115].

Yayınlayanın satış hesaplarını verme yükümlülüğü, sadece eserin sürümüne ilişkin verilerle sınırlıdır. Yazar, bunun dışında, -eğer yazar kazanca katılmamışsa- yayınlayanın ticari ilişkileri, özellikle kazancı hakkında aydınlatıcı bilgi verilmesini talep edemez. Ancak, yazarın yayınlayanın kazancına katılması halinde durum farklıdır. Böyle bir ihtimalde yayınlayan yazara, yazarın kazanç hakkında bilgi sahibi olabileceği tüm imkanları açık tutmak zorundadır. Buna paralel olarak da, yazarın tüm ticari defterleri kapsamlı olarak inceleme hakkı olacaktır[1116].

Yazar, yıllarca hesapları talep etmemiş ve sadece bu konuda kendisine bildirilen bilgilerle yetinmişse, bundan kural olarak yayınlatana tanınan talep hakkından zımni olarak feragat ettiği sonucuna kesin olarak varılamaz. Yazarın davranışının feragat olarak yorumlanması için daha özel bazı şartların varlığı aranmalı veya dürüstlük kuralı uyarınca feragati haklı kılan sebepler kabul edilmelidir[1117].

[1113] Alman Hukuku'nda, denetleme ve inceleme hakkını, tamamen ortadan kaldıran formüler sözleşmeler Genel İşlem Şartları Kanunu §9 uyarınca geçersizdir. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 140; SCHRICKER, 464.

[1114] Bkz. SCHRICKER, 464. Başka bir deyişle, yayınlayanın eser nüshalarını kitabevlerine ya da kitabevi aracılığı ile doğrudan doğruya okuyuculara kesin olarak sattığı ve mülkiyetini de onlara geçirdiği anda, eserin yayma borcundan olan sürüm borcunu da yerine getirmiş sayılacağı kabul edilmektedir. TUNÇOMAĞ, 599; GİRİTLİOĞLU, 63.

[1115] Bkz. SCHRICKER, 464.

[1116] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 140-141; ULMER, 456; HILTY, Basler, 2095; SCHRICKER, 466.

[1117] SCHRICKER, 464.

AYK §24 uyarınca, yayınlayan satış hesaplarının incelenmesinin gerektirdiği ölçüde, yazarın ticari işletmesine ait ticari defterlerini incelemesine de izin vermek zorundadır. Yazar tarafından, yayınlayanın ticari defterlerinin incelenmesi, ancak bu defterlerin eserin sürümü hakkında bilgiler içermeleri ve yazarın telif ücretinin tamamını henüz almadığı hallerde ve sürece talep edebilir. Kural olarak, stok kartları veya tutulan istatistikler, yeterli bilgileri içermektedir. Yayınlayanın bunun dışındaki ticari ilişkileri hakkındaki bilgileri yazar bu yolla talep edemeyecektir. Ayrıca, yayınlayan da kendisine ait dokümanları denetlenmesi amacıyla yazara göndermekle yükümlü değildir. Yayınlayan sadece, yazara inceleme yapması için işyerinde izin vermek ve bunu sağlamakla yükümlüdür. Yazar, genel ilkeler uyarınca yanına bu konuda uzman olan birini de alabilir[1118].

Yazar, yukarıda da belirtildiği üzere bazen yayınlayanın kazancına katılarak da telif ücretini alabilir. Bu durumda da AYK §24 uygulama alanı bulacaktır. Ancak, kazanca göre hesaplanan telif ücreti, sürüme göre hesaplanan telif ücretiyle aynı olmayabilir. Zira, bazen her ne kadar eser nüshalarının büyük bir kısmı satılmış olsa da yayınlayan bir kazanç elde edemeyebilir. Bu durumda, yazar kazanca katıldığı için bir ücret talep edemezken, telif ücretinin sürüme göre hesaplanması halinde yazar belli bir ücret talep edebilecektir. Yazarın, kazanca katılması ihtimalinde de yazar aynı şekilde satış hesaplarını ve ticari defterleri incelemeyi talep edebilecektir. Zira, bu durumda da karşılıklı hukuki ilişkiler bir yayın sözleşmesindeki gibidir[1119].

Telif ücretinin böyle özel bir şekilde belirlenmesine paralel olarak, yayınlayanın yazara sadece eserin sürümüne ilişkin belgeleri vermekle hesap verme yükümlülüğünden kurtulduğu sonucuna varılamaz. Aksine, yukarıda da belirtildiği gibi yayınlayan koşulların gerektirdiği ölçüde kazanç hesaplamalarına ilişkin tüm bilgileri ve belgeleri de yazara vermek zorundadır. Yazar, bu durumda çoğaltma ve dağıtım masraflarını, genel masrafları, indirimleri ve yayınlayanın kazancı hakkında da bilgi isteyebilir ve yayınevinin buna ilişkin ticari defterlerini de görebilir[1120].

AYK'nın açık düzenlemesine rağmen, BK ve İBK'da bu konuda açık bir hüküm yoktur. Dolayısıyla, yayınlatanın yayınlayanın satış hesaplarını inceleme, basılan ve satılan nüsha sayılarını tespit ve kontrol hakkının kapsamına yayınlatanın ticari defterlerinin incelenmesinin de girip girmediği tartışmalıdır. Ancak, doktrinde yayınlayanın yayınlatana

[1118] SCHRICKER, 465; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 140. Ancak, bu konuda genellikle yeminli mali müşavirler tercih edilmektedir. Eğer hesapların incelenmesi neticesinde, yayınlayanın kusurlu olduğu ortaya çıkarsa, mali müşavirin masraflarını yayınlayan karşılamakla yükümlü olacak, aksi takdirde bu masraflar yazar tarafından karşılanacaktır. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 140.
[1119] ULMER, 456; SCHRICKER, 466; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 140.
[1120] SCHRICKER, 466; HILTY, Basler, 2095.

satış hesaplarını vermesinin dışında yayınlatanın talebi üzerine, satış miktarına göre bedelin belirlenmesi için gerekli ve hatta zorunlu olduğu ölçüde, yayınlayanın ticari defterlerini ve ilgili belgeleri yayınlatana vermek zorunda olduğu kabul edilmiştir[1121]. Bu çözüm tarzı AYK'daki açık hükme paralel bir çözüm tarzıdır. Dolayısıyla, yayınlatanın yayınlayanın ticari defterlerini inceleyebilmesindeki kriter, bedelin satış miktarına bağlı kılındığı durumlarda, bedelin belirlenebilmesi için ticari defterlerin de incelenmesinin gerekli olduğu durumlardır. Yayınlatanın yerine, hakim tarafından ya da her iki tarafça seçilen bir bilirkişi veya mali müşavir söz konusu kontrolü yapabilir. Sözkonusu kontrol, lisans sözleşmesindeki kontrole benzemektedir. Ancak, böyle bir kontrol tarzı çok nadirdir[1122]. Bunun sebebi yayınlayanın bu konudaki davranışları veya tutumları değil, genellikle yazarların böyle bir ihtiyaca gerek görmemeleridir. Bunun dışında, bu şekildeki kontroller, taraflar arasındaki güven ilişkisini de zedeleyebilecektir[1123]. Yayınlatanın, kazanca katılması ihtimalinde de, satış hesaplarının ve defterlerin yanı sıra, ayrıca yapılan tüm masrafların da Alman Hukuku'ndaki gibi, yayınlayanın, yayınlatanın ulaşabileceği bir şekilde, inceleme ve kontrolüne hazır bulundurması gerektiği kabul edilmektedir[1124], ki kanaatimizce de bu sonuç menfaatler dengesine daha uygundur.

Yayınlayanın yayınlatana vermek zorunda olduğu hesabın Türk-İsviçre Hukuku'na göre de, AYK'da benimsenen sistem gibi yıllık hesap olmasının teamüle uygun olduğu kabul edilmektedir. Yıllık hesap, ya Ocak sonu ya da Temmuz sonu olabilir[1125].

VI. YAYINLAYANIN YENİ BASI YAPMA BORCU

A. GENEL OLARAK

BK m. 375/III'e göre, eğer sözleşme yayınlayana bir eserin birden fazla basısını yapma ya da tüm basılarını yapma yetkisini vermekte ise ve yayınlayan, sonuncu bası tükendikten sonra yeni bir basıyı hazırlamakta ihmal göstermekte ise, yayınlatan yeni basının yapılması için yayınlayana bir süre verilmesini hakimden isteyebilir; bu süre içinde yayınlayan tarafından bası gerçekleştirilmezse, yayınlayan yeni bası yapma hakkını kaybeder.

Bu bağlamda, BK m. 375/III uyarınca, yayınlayanın yeni bası yapma borcunun, bu

[1121] TROLLER, Kommentar, 62.
[1122] REHBİNDER/GROSSENBACHER, 23; TROLLER, Kommentar, 62.
[1123] REHBİNDER/GROSSENBACHER, 23.
[1124] HILTY, Basler, 2095.
[1125] Ancak, TROLLER hesap kontrolünün, her koşulda, iş yılının bitmesinden 30 gün sonra söz konusu olacağını belirtmektedir. TROLLER, Kommentar, 62.

borcun kapsamının ve bu borca aykırılığın sonuçlarının daha iyi anlaşılabilmesi aslında, BK m. 375'in ilk iki hükmünün irdelenmesine bağlıdır

BK m. 375/I, uyarınca, eğer sözleşmede bası sayısı açıkça belirtilmemişse, yayınlayanın ancak bir bası yapmaya hakkı vardır.

BK m. 375/II'ye göre, aksi kararlaştırılmamışsa, yayınlayan her bası için yapacağı nüsha adedini tespitte serbesttir. Fakat yayınlatan talep ederse eserin mahiyetine uygun bir derecede ve o ölçüde yayını sağlayacak miktarda nüshayı basmak zorundadır. Birinci basım bittikten sonra yayınlayan yeniden basamaz.

Bu doğrultuda, biz de BK'nın yasal sistematiğini takip ederek öncelikle bası kavramını, yayınlayanın aksi kararlaştırılmadıkça tek bası yapma hakkını ve borcunu inceledikten sonra yayınlayanın yeni bası yapma borcunu irdeledik ve ardından bası miktarının belirlenmesi, kapsamı ve bu miktarın yayınlayan tarafından aşılmasının sonuçlarına yer verdik.

B. BASI KAVRAMI

"Bası" kavramı matbaa tekniğinin kullanmış olduğu bir terimdir. Bası kavramı eskiden matbaa tekniği tarafından tanımlanmaktaydı. Ancak, çoğaltma işlemi artık dizgi cümlesinin varlığına bağlı değildir. Bu bağlamda, doktrinin daha önceden kabul etmiş olduğu ölçüye göre, bası (tab)dan kasıt, yayınlayanın matbaadaki düzen ve dizgi bozulmadan bir defada çıkarılabileceği ve satışa çıkarma yetkisine sahip olduğu nüsha adedinin toplamıydı[1126]. Bu çerçevede bası, aslında bası örneğinin birebirliği ve aynı formda olmasıyla ilişkilendirilmişti[1127]. Ancak, bugün kavramın içeriği artık sadece yayın hukuku tarafından belirlenmektedir. Bu anlamda, bası kavramı "yayın ilişkisi veya yayın ilişkisinin bir bölümü çerçevesinde yayınlayanın, çoğaltmaya yetkili olduğu ve ihtiyaç gerektirdiği sürece yükümlü olduğu eser nüshalarının toplam sayısı" olarak tanımlanmaktadır[1128]. Bu noktada önemli olan, yayınlayanın sadece yayın sözleşmesinde kararlaştırılan eser nüshalarının toplam sayısını basmaya yetkili olduğu ve belirlenen bu sayının bir defada veya bir kaç seferde basılmış olup olmamasının bu kavram üzerinde bir etkisinin olmadığıdır. Yine, modern çoğaltma teknikleri

[1126] Bkz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 148; ULMER, 458; SCHRICKER, 242; TROLLER, Kommentar, 42; FRANKO,132-134; BİLGE, 278; HIRSCH, II, 254.
[1127] SCHRICKER, 242.
[1128] ULMER, 458; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 148; TROLLER, Kommentar. 42; SCHRICKER, 242; HUBMANN, 234.

karşısında, bası kavramının tanımının da bu kapsamda değişebileceğinin altı çizilmelidir[1129].

Basım sadece yazılı eserlere özgü değildir, aksine çoğaltma aracı ne olursa olsun her türlü eserlerin çoğaltılmış nüshalarının sayısını da kapsar[1130].

C. BK m. 375/I UYARINCA YAYINLAYANIN AKSİ KARARLAŞTIRILMADIKÇA TEK BASI YAPMA HAKKI VE BORCU

BK m. 375/I uyarınca, eğer sözleşmede bası sayısı açıkça belirtilmemişse, yayınlayanın ancak bir bası yapmaya hakkı vardır[1131].

AYK §5 de aynı prensibi benimseyerek, yayınlayanın sadece tek bası yapmaya yetkili olduğunu hükme bağlamıştır.

AYK, BK ve İBK'da benimsenen yayınlayanın tek bası yapma hakkına sahip olmasının arkasında, her ne kadar yasada açıkça belirtilmemiş olsa da, aslında kendiliğinden ortaya çıkan iki koşul yatmaktadır. Birincisi, yayınlayan ve yayınlatan arasındaki sözleşme ilişkisi süre olarak sınırlanmamış olabilir ve ikinci olarak da, uygulamada genellikle olduğu gibi yayın hakkı, sözleşmesel olarak birden çok bası veya tüm basılar hakkında tanınmamış olabilir. İşte, bu iki koşul altında, yayınlayan sadece yayın sözleşmesinde belirlenen nüsha sayısını çoğaltmaya yetkilidir veya bu konuda sözleşmede bir hüküm bulunmaması halinde ise, yasa gereği, sadece tek bası yapmaya yetkili olacaktır[1132].

Yayınlayanın, bası sayısı ayrıca kararlaştırılmışsa sadece bir bası yapmaya hakkı olması, ayrıca, yayın sözleşmesinde uygulama alanı bulan "amacın gerektirdiği ölçüde geçirme" teorisinin (zweckübertragungstheori) de bir yansımasıdır. Zira, anılan teori uyarınca, yayınlatan yayın hakkını, ancak yayın sözleşmesinin ifasının gerektirdiği ölçüde ve süreyle yayınlayana devredecektir. Dolayısıyla, yayın hakkının devri dar yorumlandığından, yayınlayanın sadece tek basım yapmaya yetkili olması da anılan teorinin doğal bir uzantısıdır. Kanun koyucu, böyle bir hükümle, yayınlayanın yayınlatanın zararına tasarruflarına karşı yayınlatanın menfaatlerini korumaktadır. Yorum yolu ile bu sınır aşılamaz ve tıpkı basımlar yeni bası sayılır[1133].

[1129] Örneğin disketten bilgisayara kopyalama, dijital çoğaltma. Bkz. HILTY, Basler, 2083; SCHRICKER, 252; ULMER, 458-459; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 148 . Aksi görüş PEDRAZZINI, 585. PEDRAZZINI, baskının sadece tek bir seferde yapılması gerektiğini savunmaktadır.

[1130] BİLGE, 278.

[1131] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 491/I uyarınca da, sözleşmede basım sayısı belirtilmemişse, yayımcının ancak bir basım yapma hakkı vardır.

[1132] SCHRICKER, 247. Daha sonra yapılan "tıpkı basım"a bile sadece yeni bası çerçevesinde izin verilebilecektir. PEDRAZZINI, 586; TEKİNALP, 247.

[1133] Bkz. TEKİNALP, 245; PEDRAZZINI, 586. Bir eserin basısının tükenmesinden sonra, yayınlanacak olan

BK'nın anılan hükmü, bir hukuki karineyi içermektedir. Şüphe halinde, yayınlayanın sadece tek bası yapma ve bunu yayma yetkisi vardır. Bu kapsamda, yayınlayanın yayın hakkı, ilk basının sona erdiği anda sona erer. Ancak taraflar, aralarında yaptıkları sözleşme ile sözleşme süresinin sonuna kadar yayınlayanın yayın hakkına sahip olabileceğini kararlaştırabilirler[1134]. Böyle bir anlaşmanın olmaması halinde, ilk bası sona erdikten sonra, yayınlayanın bu nüshaları yeniden basabilmesi, yeni bir yayın sözleşmesinin kurulmasına bağlıdır ve ancak yeni bir yayın sözleşmesi kurulduktan sonra yayınlayan bu yetkiyi yeniden elde eder[1135]. Zira, yayınlayan aksine bir anlaşma olmadığı takdirde yeni bası yapmaya ne yetkilidir, ne de yükümlüdür[1136]. Başka bir deyişle, Türk ve İsviçre Hukuku açısından, yayınlayan sadece tek bası yapmaya yetkili ve aynı zamanda yükümlüdür. Dolayısıyla, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, yayınlayanın çoğaltma borcu da basının üretilmesi, yani meydana getirilmesiyle birlikte tükenmektedir[1137].

Bası kavramı, aynı zamanda yayın sözleşmesinin süresinin sınırını da çizmektedir. Zira, aksi kararlaştırılmadığı sürece veya başka bir sona erme sebebi uygulama alanı bulmadığı sürece, yayın sözleşmesi en geç bu nüshaların tükendiği ana kadar devam etmektedir. İşte, yayınlayana sözleşme gereği tanınan haklar sınırsız ve süresiz olarak devredilmemişse, bası, aynı zamanda sözleşme süresini de belirlemektedir. Bu bağlamda kural olarak sözleşmenin sona ermesi basının tükenmesine bağlıdır[1138]. Bası da, yayınlayanın basmaya yetkili olduğu tüm nüshaların tükenmesiyle birlikte bitmektedir.

Yayın sözleşmesi, belirli bir süreye tabi olarak kurulmuşsa, yayınlayanın çoğaltma ve yayma hakkı da sözleşme süresinin sona ermesiyle birlikte tükenmektedir. Dolayısıyla, yayınlayan bu sürenin sonuna kadar sözleşme veya yasa gereği basma borcu altına girdiği nüshaları henüz basmamışsa, bu durumda çoğaltma ve yayma borcunu ihlal etmiş olacaktır[1139].

Bu bağlamda, yayınlayanın birden fazla basıya yetkili olması, yasa gücünden değil, sadece taraflar arasındaki sözleşmeden doğabilir. Böyle bir düzenleme, kural olarak sözleşmede açıkça, yayınlatanın yayınlayana birden fazla bası veya tüm bası yetkilerini tanımasıyla gerçekleşebilir. Ancak, sözleşmede açıkça buna ilişkin bir hüküm yer almasa

---

bası için iki olasılık söz konusu olabilir: Ya, ilim veya edebiyat eserinin aynısı tekrar basılır, ki buna "tıpkı bası" (folgeauflage) adı verilir, ya da ilk eser değiştirilerek, örneğin bir bilimsel eser yeniden işlenir, bu durumda yeni bası "neuauflage" söz konusu olur. Ayrıntılı bilgi için bkz. HILTY, Immaterial, 555.

[1134] TROLLER, Kommentar, 42; SCHRICKER, 247.

[1135] SCHRICKER, 247.

[1136] HILTY, Basler, 2083.

[1137] PEDRAZZINI, 585-586; ULMER, 458.

[1138] HILTY, Immaterial, 554; TROLLER, Kommentar, 42.

[1139] SCHRICKER, 247.

dahi, aynı sonuç sözleşmenin bir bütün olarak içeriğinden, özellikle telif ücreti dikkate alınarak yapılan anlaşmalardan veya yazara yeni basılarda iyileştirme yapma hakkının tanınmasından da çıkarılabilir. Ancak, sözleşmenin bu şekilde yorumlanmasında "amacın gerektirdiği ölçüde geçirme" teorisine dikkat edilmelidir[1140].

İsviçre uygulamasında bası sayısının belirtilmemesine az rastlanmaktadır. Oysa, Türkiye'de yazarlar, yayınevlerinden telif ücreti alırken, yayınevi sahiplerini ürkütmemek kaygısıyla böyle bir şart koşamamaktadırlar[1141].

D. BK m. 375/III UYARINCA YAYINLAYANIN BİRDEN FAZLA BASI YAPMA BORCU

BK m. 375/III'e göre, "Eğer mukavele naşire muayyen ve birden fazla taba veya eserin her tab'ına[1142] salahiyet vermiş olup da naşir de eserin nüshaları tükenmiş iken yeniden tab'ı ihmal ediyorsa müellif veya halefleri, yeni bir tabı için naşire hakim tarafından bir mühlet tayin ettirebilirler. Naşir, bu mühlet zarfında borcunu ifa eylemezse hakkı sakıt olur"[1143].

Yukarıda da belirtildiği üzere, yayınlayanın birden fazla basıya yetkili olması, yasa

---

[1140] SCHRICKER, 247.

[1141] GİRİTLİOĞLU, 57.

[1142] Yayınlayana, bütün yeni basıları yapma yetkisinin tanınması, yayınlatanın kişilik haklarına aykırılık sorununu gündeme getirebilir. Zira, özellikle eser sahibinin sözleşme müzakereleri aşamasında, genellikle formüler sözleşme hükümleri arasında yer alan böyle bir maddeyi önleme imkanı nerdeyse hiç yoktur. Çünkü, aksi takdirde kural olarak yayınlatan ilk bası için bile bir yayınlayan bulamamaktadır. İşte bu tür klozlar, yayınlatanın kişilik hakları perspektifinden değerlendirildiğinde, özellikle bir ders kitabının, bütün yeni basılarının getireceği satış başarısı düşünülürse, yayınlatanın yayınlayanla, geniş kapsamlı ve uzun süreli bir bağlılık ilişkisi içinde olduğu dikkat çekmektedir. Örneğin bir yazarın bilimsel ünü ve başarısı, aslında kendisinin ne yayınevinin seçiminde ne de sözleşme görüşmelerinde hiç söz sahibi olmadığı, diğer bir ifadeyle sözleşme özgürlüğüne sahip olmadığı, bir eserin basımına bağlı olabilir. Bu tür durumlarda, TMK m. 25/İMK m. 27 devreye girerek, yayınlatanın sözleşme ile olan bağlılığını somut olay açısından sınırlayabilir. Ancak, daha pratik olarak yayınlatanın belirli sayıda yeni bası için yayınlayanla sözleşme ilişkisine girmesi ve kurulan yayın sözleşmesinde, sözleşme ilişkisinin devamı esnasındaki, herhangi bir zaman diliminde, yeniden sözleşme özgürlüğünü talep edebilmesine ilişkin hükümlere yer verilmesi önerilmektedir. HILTY, Immaterial, 557-558.

[1143] BK'nın bu hükmünü karşılayan düzenlemenin TBKT m. 491/III'deki hali şu şekildedir: "Sözleşmede yayımcıya belirli birkaç basım veya bütün yeni basımları yapma yetkisi verildiği hâllerde, yayımcı eserin baskı adedi tükenmiş iken yeni bir basım yapmayı ihmal ederse, yayımlatan yeni basım için yayımcıya uygun bir süre verir. Yayımcı, verilen süre içinde basımı gerçekleştirmezse, yayımlatan sözleşmeden cayabilir". Hükmün gerekçesinde BK m. 375/III'de kullanılan "hakkı sakıt olur" şeklindeki ibarenin, her durumda tarafların menfaatlerine uygun düşmeyebileceği gözönünde tutularak, bu ibare yerine "yayımlatan sözleşmeden cayabilir" şeklindeki ibarenin tercih edildiği yer almıştır.
818 sayılı Borçlar Kanununu 375. maddesinin son fıkrasında öngörülen durumda, yayımlatanın veya haleflerinin istemi üzerine, yeni bir basım için yayımcıya verilecek sürenin hâkim tarafından belirlenmesinden söz edildiği hâlde, Tasarıda, yayımlatan tarafından uygun bir sürenin verilmesi yeterli görülmüştür. Aynı fıkrada "veya halefleri" sözcüklerinin kullanılmasında bir zorunluluk olmaması nedeniyle, bu sözcükler Tasarıya alınmamıştır.

gücünden değil, sadece taraflar arasındaki sözleşmeden doğabilir. Böyle bir düzenleme, kural olarak sözleşmede açıkça, yayınlatanın yayınlayana birden fazla bası veya tüm bası yetkilerini tanımasıyla gerçekleşebilir. Ancak, sözleşmede açıkça buna ilişkin bir hüküm yer almasa dahi, aynı sonuç sözleşmenin bir bütün olarak içeriğinden, özellikle telif ücreti dikkate alınarak yapılan anlaşmalardan veya yazara yeni basılarda iyileştirme yapma hakkının tanınmasından da çıkarılabilir. Ancak, sözleşmenin bu şekilde yorumlanmasında "amacın gerektirdiği ölçüde geçirme" teorisine dikkat edilmelidir[1144].

BK m. 375 irdelendiğinde görülmektedir ki, yayınlayanın yeni bası yapma borcunu ihmal etmesi halinde, ortaya çıkacak sonuçlar aslında doğrudan sözleşmenin sona ermesine ilişkin sonuçlardır. Dolayısıyla, yayınlayanın yeni bası yapma borcunun kapsamı, eserin objektif olarak satılamayacak nitelikte bir eser olmasının kesin olarak tespit edilmesi halinde, bu durumun yayınlayanın borcuna etkisi, yeni bası yapma borcuna aykırılık ve özellikle yayınlayanın temerrüdü konusunda ortaya çıkan sorunları ve sonuçlarını, BK'da öngörülen yasal sistematik doğrultusunda, yayın sözleşmesinin sona ermesi kısmında incelemenin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu bağlamda, gereksiz tekrarlardan kaçınmak adına, yayınlayanın yeni bası yapma borcu, sözleşmenin sona erme bölümünde, yayınlayanın yeni bası yapmada temerrüde düşmesi başlığı altında incelenmiştir. Ancak, hemen şu nokta vurgulanmalıdır ki, TMK'nın sözkonusu hükmünden, yeni bası yapmaya yetkili olan yayınlayanın aynı zamanda, yeni bası yapma borcu altında olup olmadığı konusu açıkça anlaşılamamaktadır. İsviçre-Türk Hukukunda, bu konuda yargıda bulunurken, AYK'nın yeni basılar hakkında yayınlayana sadece bir yetki verildiğini düzenleyen hükmü olan, AYK §17 de gözönünde bulundurulmaktadır. Bu bağlamda, hemen vurgulanmalıdır ki, yayınlayanın yeni bası yapma borcu altında olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.

Bu bağlamda, doktrinde GİRİTLİOĞLU, şüphe halinde, Türk Hukuku için de AYK §17'ye uygun olarak, burada yayınlatana tanınanın yalnızca bir yetki olması gerektiğini, kanunun sadece sözlerinin bunun aksinin kabulünü gerektirmeyeceğini ileri sürmektedir[1145]. TROLLER'e göre de, şüphe halinde, İsviçre Hukuku'nda yeni bası konusunda yayınlayanın AYK §17'deki düzenlemeye paralel olarak, sadece bir opsiyon hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir[1146].

Buna karşılık TUNÇOMAĞ, İsviçre Hukuku'nda da OSER/SCHÖNENBERGER[1147]

[1144] SCHRICKER, 247.
[1145] GİRİTLİOĞLU, 64.
[1146] TROLLER, II, 912.
[1147] OSER/SCHÖNENBERGER, 1446.

ve RİNTELEN[1148] tarafından da kabul edildiği üzere, "yayınlayanın verilen süre içinde basımı gerçekleştirmemesi halinde yayın hakkının düşeceği" şeklindeki ifadesinin, BK'nın yayınlayana yeni bası yapma konusunda bir borç yüklemiş bulunduğunu kuvvetle gösterdiğini ileri sürmektedir. Aksi takdirde, yayınlayanın böyle bir borcu yoksa yayın sözleşmesinden söz edilemez[1149]. Bu bağlamda, İsviçreli hukukçuların çoğu, sonraki bası yetkisinin bulunduğu durumlarda, bunun aynı zamanda bir "yüküm" de olduğunu da kabul etmektedirler. Bu fikri savunan yazarlar özellikle "ihmal etmek" teriminden yola çıkmakta ve ancak bir "yükümün" ihmal edileceği görüşünü savunarak burada borçlu temerrüdü bulunduğunu belirtmektedirler[1150]. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu konu hakkında ayrıntılı bilgiye, sözleşmenin sona erme kısmında ulaşılacaktır.

E. BASI MİKTARININ BELİRLENMESİ, KAPSAMI VE BU MİKTARIN YAYINLAYAN TARAFINDAN AŞILMASININ SONUÇLARI

BK m. 375/II'ye göre, aksi kararlaştırılmamışsa, yayınlayan her bası için yapacağı nüsha adedini tespitte serbesttir. Fakat yayınlatanın isteği üzerine eserin mahiyetine uygun bir derecede ve o ölçüde yayını sağlayacak miktarda nüshayı basmak zorundadır. Birinci bası bittikten sonra yayınlayan yeniden basamaz.

AYK §5/II ise, nüsha adedinin belirlenmemiş olması halinde, yayınlayanın 1000 adet kopya yapmaya yetkili olduğunu düzenleyerek, bu konuda bir rakam öngörmüştür. Eğer, yayınlayan çoğaltmanın başlamasından önce yayınlatana yaptığı bir bildirimle daha az sayıda bir nüsha adedi belirlemişse, yayınlayan o basım için artık sadece belirlenmiş olan sayı kadar baskı yapmaya yetkilidir.

Nüsha sayısı, yayın ilişkisinin en önemli ekonomik noktalarından biri olduğu için yayın sözleşmesinde çoğunlukla bu miktarın kesin olarak tespit edilmesine dikkat edilmektedir. Zira, bu konudaki bir boşluk ne yayınlayanın ne de yayınlatanın menfaatine uygundur. Hatta, Alman Hukuku'nda yukarıdaki hüküm çerçevesinde artık yayınlayan, kural olarak 1000 nüsha basmaya yetkili ve aynı zamanda bununla yükümlüdür[1151]. Uygulamada, genellikle şöyle sözleşmesel klozlar konmaktadır: Nüsha sayısı ya ilk bası için belirli miktar olarak kararlaştırılıp, sonraki basılar için yapılacak olan yeni anlaşmalar saklı tutulmaktadır

[1148] RINTELEN, 581.
[1149] Bkz. TUNÇOMAĞ, 600; FRANKO, 143.Ancak, İsviçre doktrininde DITTRICH, yayın ilişkisinin her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ve yeterli bir sürüm getireceği beklenmeyen bir eserin yeni basısının yayınlayandan beklenmemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. TROLLER, 909.
[1150] Bkz. GİRİTLİOĞLU, 64; TUNÇOMAĞ, 600; AYİTER, 250.
[1151] SCHRICKER, 251; HABERTSUMPF/HINTERMEIER, 149; .ULMER, 458-459.

ki, bu durum yayınlayanın risk alanını daraltmaktadır, ya da yayınlayana yayın ilişkisinin devam ettiği süre boyunca veya bu sürenin bir kısmı için toplam nüsha sayısının belirlenmesi yayınlayanın takdirine bırakılmakta veya son olarak yayınlayanın basmaya yetkili olacağı toplam maksimum bir nüsha sayısı belirlenmekte, ancak bu sayının her basıya düşecek olan miktarının belirlenmesi yine yayınlayanın takdirine bırakılmaktadır. Örneğin, yayın hakkı, tüm basılar için toplam olarak 5000 adet nüshayı kapsamaktaysa, her bası için basılacak olan miktar, yayınlayanın serbest takdirine bırakılmaktadır. Ancak, bu tip klozlarda dahi, yayınlayanın bu miktarı hakkaniyete uygun olarak ve uygun bir süre içinde takdir etmesi gerektiği, yoksa yayınlayanın bu miktarı keyfi olarak belirleyemeyeceği, başka bir deyişle yayınlayanın bu miktarın belirlenmesinde tamamen serbest olmadığı kabul edilmektedir[1152] .

Alman Hukuku'nda, aksi kararlaştırılmamışsa yayınlayanın en fazla 1000 adet baskı yapabileceği, sonraki basılardaki miktarın da 1000'i aşmaması gerektiği kabul edilmektedir[1153].

İsviçre-Türk Hukukunda, Alman Hukuku'ndan farklı olarak kesin bir sayı öngörülmemiştir. BK ve İBK'nın söz konusu hükmü sadece bu konuda bir alt sınır çizmektedir: Böyle bir alt sınırla, yayınlayanın minimum bası yapma yetkisi belirlenmiştir. Zira, nüsha sayısının ilk etapta yayınlayanın ekonomik ilgi alanı içinde olduğu kabul edilmiş, buna paralel olarak da, aksine bir anlaşma olmadığı takdirde, bu miktarı belirleme yetkisi yayınlayana bırakılmıştır[1154]. Ancak, bu noktada yayınlayanın bu miktarı ne zaman, sözleşmenin kurulduğu sırada mı, yoksa sözleşmenin ifası sürecinde mi belirlemesi gerektiği sorunu gündeme gelmektedir: Yayın sözleşmesi, kural olarak nüsha sayısının toplamını "bası" olarak nitelendirmektedir. Ancak BK m. 375/II, bu miktarın belirlenmesini sözleşmenin esaslı unsuru olarak dikkate almamıştır. Zira, böyle olsaydı, taraflar arasından yapılan farklı anlaşmaların bir anlamı kalmazdı. Yasal hükmün uygulanabilmesinin koşulu, sözleşmede nüsha sayısının belirlenmemiş olmasıdır. Ancak, bundan yayınlayanın daha sonra herhangi süre içinde nüsha sayısını belirleyebileceği sonucu çıkarılamaz. Zira, eğer böyle olsaydı, yayınlayan, hiç kimseye açıklamadığı asıl planını her zaman aşabilir, her zaman bu miktarın üzerine çıkabilirdi. İşte bu tehlikeleri önlemek adına, yayınlayandan, çoğaltma işlemine başlamadan önce bası sayısını belirlemesi beklenmektedir[1155]. Dolayısıyla, BK m. 375/II'ye göre, yayınlayan önceden, ne kadar nüsha basmak istediğine kendisi karar vermek

[1152] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 148-149; SCHRICKER, 252.
[1153] Bkz. SCHRICKER, 252; GİRİTLİOĞLU, 57,dn 38.
[1154] Bkz. HILTY, Basler, 2083; BUCHER, 220.
[1155] Bkz. TROLLER, Kommentar, 43.

zorundadır[1156]. Ancak, yayınlatan tarafından bu miktarın hesaplanıp, kontrol edilebilmesi için de yayınlayanın bu miktarı baştan belirlemesi gerekmektedir[1157].

BK'nın anılan hükmünde yayınlatana, onun talebi üzerine, en azından hükümde belirlenen, "eserin mahiyetine uygun bir derecede ve o ölçüde yayını sağlayacak miktarda nüshanın basılması"nı belirlemeye katılma hakkı tanınmıştır. Ancak yayınlatanın, bu hakkını, yayınlayanın planlarını olumsuz etkilemeyecek şekilde, yani kural olarak çoğaltma işleminin başlamasından önce kullanması gerektiği kabul edilmektedir. Yine, yayınlatanın miktarın belirlenmesine katılma hakkını kullanmakta tamamen serbest olmadığı, yayınlatanın hükümde belirtilen minimum bası kriteri ile bağlı olduğu belirtilmektedir. Basılacak nüsha sayısının kapsamı da, esere, yani eserin niteliğine ve eserin piyasa içindeki talebine bağlıdır. Yayınlatan her zaman, yayınlayandan bu konuda bilgi talep edebilecek ve eğer yetersiz bir sayı basılmışsa, yayınlatan da bu noktada, miktarın belirlenmesine katılma hakkını kullanabilecektir. Ancak, yayınlatan bu konuda herhangi bir bilgi talep etmese de, yayınlayan, bir kere belirlemiş olduğu, bası miktarı konusundaki kararını sonradan değiştiremez, yani bu miktarı azaltıp çoğaltamaz[1158]. Zira, yayınlayan, bası miktarını eserin piyasa içinde sürümünü olumsuz etkileyecek, yani piyasa şartlarına uygun olmayacak bir şekilde belirleyemez. Aksi takdirde, izinsiz basılar sözkonusu olabilecektir[1159].

Hükümde geçen "eserin mahiyetine uygun bir derecede ve o ölçüde yayını sağlayacak miktarda nüshayı basmak" kuralı yukarıda da açıklandığı üzere, az baskı tehlikesini önlemek için konmuştur, yoksa yayınlayanın yazarın zararına olarak, pek çok sayıda nüsha basarak onu zarara sokması tehlikesini önleyemez[1160]. Ancak, söz konusu hüküm kötüye kullanmaya müsait olup, yayınlatan açısından tehlikelidir. Kanun koyucunun bu konuda ters bir değerlendirmede bulunduğu, gene aynı hükümden anlaşılmaktadır. Şöyle ki, anılan hükmün devamında yayınlayana tanınmış bulunan serbesti ifade olunduktan sonra, yayınlatanın arzu etmesi halinde, yayınlayanın eserin niteliğine uygun ölçüde bir yayını sağlayacak miktarda nüsha basmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, kanun koyucu yayınlayanın eseri fazla basacağı, bu suretle eser sahibini zarara uğratacağını hiç düşünmemektedir. Onun endişesi eserin niteliği ile uyuşmayacak şekilde az basılmasıdır. Kanun koyucu,, sadece söz konusu soruna çare bulmayı amaçlamıştır. Oysa daha sık rastlanan olgu yayınlayana bırakılan yetki dolayısıyla eserin fazla nüsha

[1156] PEDRAZZINI, 586.
[1157] HILTY, Basler, 2083.
[1158] Bkz. TROLLER, Kommentar, 43.
[1159] HILTY, Basler, 2083.
[1160] GİRİTLİOĞLU, 58; FRANKO, 138 vd; HILTY, Immaterial, 554.

basılmasıdır[1161].

Bu sorunun çözümünde, TMK m.2'deki, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı devreye girebilir[1162]. Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir diğer ek çözüm de, hükmün ikinci cümlesinin kaynağa uygun çevirisine uygun yorumla ulaşılabilir. Kaynak İBK m. 383/II'ye göre, yayınlatanın eserin "uygun ciro için gerekli" olan miktarda basılmasını isteyebileceği belirtilmiştir. "Uygun bir ciro için gerekli" cümle parçası, "eserin mahiyeti ile mütenasip derecede" şeklinde çevrilmiştir. Oysa, kaynak kanun "ciroya" yollama yaparak pazar olanaklarının dikkate alınmasını istemiştir. Pazar araştırması veya pazarın bilinen ihtiyacı bir şiir kitabının 1000 adet basılması gereğini ortaya koyuyorsa, yayınlayan kitabı 2000-3000 adet basmamalı, yayınlatan anılan hükme dayanarak, eserin sadece 1000 adet basılmasını yayınlayandan isteyebilmelidir. Ancak, kaynak kanunda açıkça yer alan BK'dan dolaylı olarak anlaşılan "en az" ibaresi bu yorumu güçleştirmektedir[1163].

Kanun koyucu yukarıda belirtilen eleştirileri gözönünde bulundurarak TBKT'de söz konusu hükmü şu şekilde değiştirmiştir: "Sözleşmede basım sayısı belirtilmemişse, yayımcının ancak bir basım yapma hakkı vardır"; "Taraflar, süreli sözleşmelerde sözleşmenin süresini, süreye bağlanmayan sözleşmelerde ise, baskı adedini kararlaştırmak zorundadır" (TBKT m. 491).

Maddenin ikinci fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununu 375. maddesinde yer verilmeyen, yeni bir fıkradır. Böylece, 818 sayılı Borçlar Kanununu 375. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan ve aksi kararlaştırılmamışsa, kural olarak, baskı adedini belirlemekte yayımcıyı serbest bırakan düzenlemesi, TBKT'na alınmayarak, bu konuda uygulamada görülen bazı kötüye kullanmaların önlenmesi amaçlanmıştır.

Bası kavramı kapsamı içinde incelenmesi gereken bir diğer konu da, "ek ve bedava nüshalar"dır. İsviçre ve Türk Hukukunda her ne kadar ek ve bedava nüsha konusunda açık bir düzenleme olmasa da, doktrin ve uygulamada bu tür nüshalar kabul edilmekte ve İsviçre Hukuku'nda bu konuda, bu konuda özel bir düzenlemeye yer veren AYK §6 baz alınmaktadır[1164]. Biz de bu konuda, AYK'nın ilgili hükmünü dikkate alarak açıklamalarda bulunacağız.

AYK §6, ek ve bedava nüshalara ilişkin bir düzenlemeye yer vermiştir. Anılan paragrafa göre, teamül uyarınca basılması gereken ek ve bedava nüshaların sayısı, toplam baskı sayısının yirmide birini aşmadığı sürece, yayınlayanın basmaya yetkili olduğu nüsha

[1161] TEKİNALP, 245; HILTY, Basler, 2083.
[1162] GİRİTLİOĞLU, 58.
[1163] Bkz. TEKİNALP, 245.
[1164] Bkz. HILTY, Basler, 2083; TROLLER, Kommentar, 44; PEDRAZZINI, 585.

sayısında dikkate alınmayacaktır. Böylece, AYK'nın anılan hükmüyle ek ve bedava nüshalar yayınlayanın basmakla yetkili olduğu nüsha sayısının dışında tutulmuştur. AYK hem §6'da, hem de §25'te "bedava nüsha" kavramına yer vermiştir. Ancak, AYK §25'te kullanılan, bedava nüsha kavramı ile, yayın sözleşmesi ve teamül uyarınca yayınlatanın kişisel kullanımı için kendisine verilen nüshalar kastedilmektedir ki, İsviçre-Türk Hukuku için de aynı kavram kullanılmaktadır. AYK §6'da belirtilen "bedava nüshalar" ise, yayınlayan tarafından, sözleşmeden veya yasa hükmünden veya tarafların açık veya örtülü iradelerinden kaynaklanan ve eserin sürümünü arttırmak amacıyla, basına, medyaya, özellikle eserin hitap ettiği kitleye tanıtım amacıyla karşılıksız olarak verilen nüshalar olarak tanımlanmaktadır[1165]. Oysa, İsviçre ve Türk Hukuku'nda bedava nüshalar ile sadece yayınlatana karşılıksız olarak verilen nüshalar kastedilmekte, reklam ve tanıtım amaçlı nüshalar bunun dışında yer almaktadır[1166]. Bu bağlamda, özetle AYK §6'da kullanılan bedava nüshalar ile reklam ve tanıtım amaçlı nüshalar kastedilmektedir ve biz de bu kavramı bu anlamda kullanmaktayız.

AYK §6/II, yayınlayana bu konuda bir yükümlülük yüklemiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, yayınlayan, ek nüshaları, zarara uğrayan veya tamamen telef olan nüshaların yerine yedek olarak kullanılmadıkları sürece, yayma yetkisine sahip değildir. Bu kural, İsviçre'deki yayın uygulamasına da uygun ve bu uygulamaya paralel bir kuraldır. Bu bağlamda, Türk Hukukunda da söz konusu kuralın uygulama alanına sahip olması, yayınlatan ve yayınlayan arasındaki menfaatler dengesine uygun olduğu gibi, fazla nüsha basımında yayınlatanın uğrayacağı zararın önceden önlenmesi açısından da son derece önemlidir. Sözkonusu ek nüshalar, sadece hasara uğramış veya ayıplı eser nüshaları yerine kullanılmak amacıyla önceden basılmış olmalıdır. Bu tür nüshalar, daha sonra yayınlatanın zararına basılamaz. Ayrıca, sadece basılan bu ek nüshalar, ayıplı eserlerin veya telef olmuş eserlerin yerine, yedek nüsha olarak dağıtılabilir. Ek nüshaların yanında, baskı adedinin dışında bedava nüshalar, tanıtım ve reklam amacıyla da nüshalar basılabilir, ancak bu tür nüshalar sadece söz konusu amaçların gerçekleştirilmesi için kullanılmalıdır[1167]. Başka bir deyişle, uygulamada ve doktrinde sözkonusu ek nüshalar, reklam ve tanıtım amacıyla dağıtılacak olan nüshalar, satışa sunulacak olan bası nüshalarından ayrı olarak, yani onların dışında hesaplanmaktadır[1168].

Ek olarak basılması gereken nüshaların sayısı, basım tekniğine, kullanılan kağıda ve diğer teknik durumlara göre değişiklik gösterebilir. Bu yüzden, genellikle yayın

[1165] ULMER, 459; SCHRICKER, 258; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 150.
[1166] Bkz. TROLLER, Kommentar, 44; HILTY, Basler, 2083.
[1167] TROLLER, Kommentar, 44; HILTY, Basler, 2083; HILTY, Immaterial, 554; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 150; HUBMANN, 236; ULMER, 459.
[1168] HILTY, Basler, 2083; HILTY, Immaterial, 554; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 150; HUBMANN, 236; ULMER, 459.

sözleşmelerinde ek nüshaların miktarının saptanmasına özen gösterilmektedir. Uygulamada yaygın olan, basılan nüsha sayısının ortalama olarak %5 oranında ek nüshanın basılmasıdır[1169].

Ek nüshaların teamül uyarınca veya sözleşmede yer alan miktardan veya yasa hükmünde belirlenen miktardan fazla basılması halinde, hem bir telif hakkı ihlali olacaktır, hem de yayın sözleşmesinin ihlali söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, yayınlayanın bu fiili, sadece bir sözleşmeye aykırılık değil, ayrıca eser sahibinin veya haleflerinin yetkilerinin de ihlali niteliğindedir[1170].

Sözkonusu ek nüshalar amaca aykırı olarak kullanılırsa, örneğin ek nüshalar telef olanların veya zarara uğrayan nüshaların yerine kullanılmamışsa, yani bu nüshaları kullanmaya ihtiyaç duyulmamış veya gerek kalmamışsa, yayınlayanın bunları dağıtma hakkı yoktur. Yazar, buna açıkça veya örtülü olarak (örneğin, ek nüsha miktarına göre belirlenen ek bir ücret almışsa) izin vermediği sürece yayınlayan bunları dağıtmaktan kaçınmalıdır. İzinsiz olarak ek nüshaların dağıtılması, her halükarda, eser sahibinin yayma hakkını ihlal ettiğinden, ortada hem bir telif hakkı ihlali hem de sözleşme ihlali söz konusu olacaktır[1171]. Ancak, ek nüshalardan farklı olarak, reklam ve tanıtım amacıyla veya eleştiri yazarlarına ücretsiz olarak gönderilen nüshaların sözleşmeye aykırı olarak kullanılması, örneğin para karşılığı satılması sadece yayın sözleşmesine aykırılık teşkil eder, yoksa yayınlatanın telif hakkının ihlali söz konusu değildir. Zira, yayınlatan bu tür nüshaların, satışa sunulan diğer nüshaların yanında üçüncü kişilere ücretsiz olarak dağıtımına önceden izin vermiştir. Dolayısıyla, bu nüshaların amaca aykırı olarak kullanılması, yayınlatanın telif hakkına hukuka aykırı olarak tecavüz oluşturmayacak, sadece yayınlayanın sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğüne aykırılık oluşturacaktır[1172].

Yayınlayanın sözleşme veya kanun uyarınca basmaya yetkili olduğu nüsha sayısından daha fazla nüsha sayısını basması, yukarıda da belirtildiği gibi sadece sözleşmenin ihlaline (BK m. 96) yol açmaz, aynı zamanda eser sahibinin veya haleflerinin eser üzerinde sahip oldukları mali ve manevi hakları da zedeler[1173]. Yine, yayınlatan- aksi kararlaştırılmadığı sürece- yayınlayana sadece bir bası için çoğaltma ve yayma yetkisi vermiştir. Bu bası tükenmediği sürece, yayınlayanın anılan yetkileri de varlığını korur. Ancak, sözleşmede

[1169] SCHRICKER, 257-258; HILTY, Basler, 2083; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 150.
[1170] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 150; SCHRICKER, 260; TROLLER, Kommentar, 44-45; HILTY, Basler, 2083; HILTY, Immaterial, 554.
[1171] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 150; SCHRICKER, 260; HILTY, Basler, 2083; HILTY, Immaterial, 554.
[1172] SCHRICKER, 261; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 150, ULMER, 240.
[1173] TROLLER, Kommentar, 44; TROLLER, II, 912-913; HILTY, Basler, 2083; HILTY, Immaterial, 554.

saptanan bası tükenmesine rağmen, yayınlayan sözleşmeye aykırı olarak yeni nüshalar veya ek nüshalar basıp bunları sözleşmeye aykırı olarak kullanırsa, bu durumda yayın hakkını ihlal etmektedir. Bu andan itibaren, yayınlayan fazla basılan nüshaları dağıtırsa, yayınlatanın telif hakkını ihlal etmiş olacaktır. Aynı durum, sözleşmenin belirli bir süre sonra sona ermesi hali için de geçerlidir. Yine, ilk bası sona ermeden, yayınlayanın sözleşmeye aykırı olarak yeni bası yapması hali de bu kapsamda değerlendirilmektedir[1174].

Özetle, basının tükenmesiyle birlikte, yayınlatanın yayın hakkı da tekrar yayınlatana geri dönecektir. Dolayısıyla, yayınlayanın yeni bası yapmaya yetkili olmadığı halde yeni bası yapması veya sözleşmede öngörülen bası sayısından daha fazla bir sayı basması halinde, bu hem yayın sözleşmesinin ihlalini, hem de yayın hakkının, dolayısıyla telif hakkının ihlalini oluşturacaktır[1175].

Bu bağlamda, yayınlatan sözleşme uyarınca uğramış olduğu zararı talep edebileceği gibi, bu konuda FSEK hükümlerine da dayanarak, akit dışı sahip olduğu dava haklarını da kullanabilecektir. Yayınlatan, bu yarışan taleplerden, somut olayda kendisi için en uygun olanını seçebilecektir. Ancak, genel olarak FSEK hükümlerinin daha avantajlı olduğu belirtilmelidir. Zira, yayınlatan FSEK m. 66 uyarınca, tecavüzün ref'i davası açabileceği gibi, mali haklara tecavüz halinde, özellikle eserin, eser sahibinin izni olmadan, sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılmış olması halinde FSEK m. 68/I'de[1176] öngörülen hukuki imkanlardan da yararlanabilecek, bu talepleri ileri sürebilecektir. Bu bağlamda, yayınlatan, kendisinin izni alınmadan çoğaltılan nüshalar hakkında yayınlayandan, sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal veya rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını isteyebilir. Yayınlatanın yayınlayandan talep edebileceği bedelin tespitinde, yayın sözleşmesinde öngörülen telif ücreti esas alınacaktır. Zira, FSEK m. 68/I uyarınca, ödenecek olan bedel, ya taraflar arasındaki "varsayımsal, farazi sözleşme

[1174] TROLLER, Kommentar, 44; HILTY, Basler, 2083; HILTY, Immaterial, 554.

[1175] BGH, GRUR 1980, 227, 230. SCHRICKER, 247, 253. Ayrıca bkz. TEKİNALP, 247, 301; TROLLER, II, 908-909; PEDRAZZINI, 590; ULMER, 470; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 202-203; REHBİNDER, Urheberrecht, 333; SCHACK, 460; REHBİNDER, Schweiz, 173.

[1176] FSEK m. 68/I'e göre; "Eser, eser sahibinin izni olmadan çevrilmiş, sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılmış, diğer biçimde işlenmiş veya radyo-televizyon gibi araçlarla yayınlanmış veya temsil edilmiş ise; izni alınmamış eser sahibi, sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal veya rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını isteyebilir. Bu bedelin tespitinde öncelikle ilgili meslek birliklerinin görüşü esas alınır". Hükümde, her ne kadar eser sahibinden bahsetse de, doktrinde, hem ref davası açma hakkının hem de, FSEK m. 68'de öngörülen talepleri ileri sürme hakkının mali hakkı devralan kişiye de tanındığı kabul edilmektedir. Bkz. TEKİNALP, 306, 307; ARSLANLI, 209; EREL, 294; ÖZTRAK, 79. FSEK m. 68'de "eser sahibi" denilmiş olması, mali hakkı devralan kişinin dava açmasına engel olamaz. Çünkü eser sahibinin devredilen mali hak ile hiçbir ilişkisi kalmadığı için, bu hakka ait ref davasını açmasına teorik olarak da imkan yoktur. Bkz. TEKİNALP, 307. Yargıtay 11. HD'nin 10.12.2004 tarih ve E. 2004/2426, K. 2004/12189 sayılı kararına konu olan olayda, müzik eserinin izinsiz yayını halinde, muhtemel mali ve manevi haklara tecavüzün önlenmesi dava hakkının FSEK'in 80/1-1- B-1 hükmü uyarınca fonogram yapımcıları meslek birliğine geçmiş olmasına hükmedilmiştir. (Kazancı Bilişim).

ilişkisine" göre hesaplanacaktır, ya da "emsal veya rayiç bedel" esas alınarak tespit edilecektir. FSEK m. 68/I'e dayanılarak, sözkonusu taleplerin ileri sürülebilmesi için davalının kusuru aranmaz[1177]. Yine, FSEK m. 70/II uyarınca, mali hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere müteallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir. FSEK m. 70/III, uyarınca da, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen karın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu bağlamda, yayınlatan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre elde edilen kazancı talep edebilecektir. Ancak, bu halde, 68 inci madde uyarınca talep edilen bedel[1178] indirilir (FSEK m. 70/III)[1179].

VII. YAYINLAYANIN BEKLENMEDİK HAL SONUCU YOK OLAN ÇOĞALTILMIŞ NÜSHALARI YENİDEN BASMA BORCU

BK m. 383/I, basılmış olan eser nüshalarının yok olmasını düzenlemektedir. Anılan maddeye göre, eserin tamamlanmış olan baskı adedinin tamamı veya bir bölümü, satışa sunulmadan önce beklenmedik hâl sonucu yok olursa yayınlayan, yayınlatana ayrıca bir bedel ödemeksizin yok olan miktarı, masrafı kendisine ait olmak üzere yeniden basabilir[1180].

BK m. 383/II'ye göre ise, yayınlayan, aşırı masraf, gider gerektirmeksizin yok olanların yerine yenilerini koyabilecek ise, bunu yapmakla yükümlüdür.

1901 tarihli AYK'de ve 1911 tarihli değişiklikten önce İBK'da bu konuda herhangi bir kural yoktu.

BK m. 383 irdelendiğinde, eser nüshalarının yok olması halinde hükmün, iki farklı sonucu düzenlediği görülmektedir: 1. Yayınlayanın eser nüshalarını yeniden basma hakkı ve

---

[1177] Ancak, rayiç bedelin üç katı telif ücreti istenmesi, sözleşmeden ve kanundan doğan haklardan vazgeçilmesi anlamına gelmez. Bu konuda, FSEK m. 68/IV de, "bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir" hükmüne yer vermiştir. Bkz. TEKİNALP, 301-304.

[1178] İndirilmesi gereken "bedel" ile neyin kastedildiği açık değildir. Zira, FSEK m. 68'de iki bedel yer almaktadır. Bedellerden birincisi, hak sahibinin çoğaltılmış kopyalar ile araç ve kalıpların kendisine "uygun bir bedel ile kendisine devrini istemesi halinde, söz konusu olan devir bedeli, ikincisi ise hak sahibinin bir varsayım olarak mütecaviz ile arasında sözleşme yapılmış olsaydı isteyebileceği telif ücretinin üç katı şeklinde kullanılmıştır. Bu çerçevede, doktrinde EREL, bedel kelimesiyle, her iki bedelin de ifade olunduğu görüşünde iken (EREL, 307), TEKİNALP, bedelden sadece, devredilen çoğaltılmış nüshalar ile iletmeye yarayan araçların vb. anlaşılması gerektiği görüşündedir ki, kanaatimizce de bu görüş hak sahibinin çıkarlarının korunması açısından daha uygun bir yaklaşımdır. Zira, aksi halde tecavüze uğrayan kişi temin edilen kardan rayiç telif ücretinin üç karı indirildikten sonra kalan tutarı almak zorunda kalarak zarara uğrar. Devredilenlerin bedelinin indirilmesi halinde ise böyle bir tehlike yoktur. Bkz. TEKİNALP, 317-318.

[1179] Bkz. TEKİNALP, 316-317; YAVUZ, 541-542.

[1180] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 498/I uyarınca, "Eserin tamamlanmış olan baskı adedinin tamamı veya bir bölümü, satışa sunulmadan önce beklenmedik hâl sonucu yok olursa yayımcı, yayımlatana ayrıca bir bedel ödemeksizin yok olan miktarı, gideri kendisine ait olmak üzere yeniden basabilir".

Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise, "Yayımcı, aşırı gider gerektirmeksizin yok olanların yerine yenilerini koyabilecek ise, bunu yapmakla yükümlüdür" hükmü yer almaktadır.

2. Yayınlayanın yok olan eser nüshalarını yeniden basma yükümlülüğü.

Anılan maddenin uygulanabilmesi için eser nüshalarının tümünün yok olması gerekli değildir, en azından yeni eser nüshalarının hazırlanmasını gerektirecek bir durumun varlığı halinde de söz konu madde uygulama alanı bulacaktır[1181].

Söz konusu hüküm irdelendiğinde, anılan maddede, daha önce BK m. 382'de incelemiş olduğumuz yayınlatanın yayınlayana çoğaltma amacıyla verdiği "eser metninin" yok olması hali değil, yayınlayan tarafından basılmış olan "eser nüshalarının yok olması" halinin düzenlendiği görülmektedir. Maddede ifade edilen "yok olma", eserin usulüne uygun sürümünü olanaksızlaştıran her türlü zararı ifade eder[1182]. Yok olma ile sürüm olanağını ortadan kaldıracak bir bozukluk birbirine eşittir[1183]. Diğer bir ifadeyle yok olma, eser nüshalarının sadece tanınmaz hale gelmesini değil, aynı zamanda, nüshaların yayımını elverişsiz hale getiren her türlü hasarı da kapsamaktadır[1184]. Ancak, eserin satış değerini düşüren önemsiz zararlar, sadece eserin satış fiyatının indirilmesine yol açar, yoksa bu noktada eser nüshalarının yeniden basılması söz konusu olmayacaktır[1185].

BK m. 383'ün uygulanabilmesi için, eserin satışa çıkarılmadan önce yok olması gerekir. "Satışa çıkarılma" kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı fikirler söz konusudur. Yayınlayanın eser nüshalarını başka kitabevleri aracılığı ile sattırması, özellikle bu kitabevlerinin eser nüshalarını kendi adlarına, fakat yayınlayan hesabına satmaları durumunda, bu nüshaların kitabevlerine giderken yolda kazayla yok olması halinde de aynı hükmün uygulama alanı bulup bulamayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bu noktada doktrinde, yayınlayanın eser nüshalarını kitabevlerine ya da kitabevi aracılığı ile doğrudan doğruya okuyuculara kesin olarak sattığı ve mülkiyetini de onlara geçirdiği anda, eserin yayma borcundan olan sürüm borcunu da yerine getirmiş sayılacağı kabul edilmektedir. Ancak, eser kitabevlerine sadece satmaları için bırakılmışsa, kitabevleri yayınlayanın satım komisyoncuları durumunda olduklarından, aslında kitabevleri nüshaların maliki değildirler. Eserin mülkiyeti hala yayınlayana aittir. Dolayısıyla, basılmış nüshalar, ister yayınlayanın, ister satış için bıraktığı kitapçının elinde veya kitapçıya gönderilirken yolda kazaya uğrasın, hüküm aynıdır; yani yayınlayan ayrıca telif ücreti ödemeksizin yok olan nüshaları yeniden bastırabilir[1186]. Zira, yayınlayan henüz yayım borcunu yerine getirmemiştir.

[1181] TROLLER, Kommentar, 68.
[1182] TUNÇOMAĞ, 599; SCHRICKER, 265.
[1183] GİRİTLİOĞLU, 62; SCHRICKER, 265.
[1184] TROLLER, Kommentar, 68; SCHRICKER, 265.
[1185] Bu ihtimalde, yayınlayanın eser nüshalarını yeniden basma hakkı yoktur. SCHRICKER, 265.
[1186] TUNÇOMAĞ, 599; GİRİTLİOĞLU, 63. Ancak, bu konuda, kazayla yok olan bu gibi nüshaların yerine yenilerinin konmasının gerekmediği, yerine yenileri konması gereken nüshaların ancak yayınlayanın depo ve

BK m. 383/II yayınlayana, beklenmeyen hal sonucu yok olan eser nüshalarını basma yükümü yüklemiştir. Yayınlayanın yok olan eser nüshalarını basmakla yükümlü olabilmesi için, yayınlayan aşırı gider gerektirmeksizin yok olanların yerine yenilerini koyabilecek durumda olmalıdır. Maddede sözü geçen gider, yok olan eser nüshalarının çoğaltılması için yapılan masraflarından daha az olmalıdır. Örneğin, eser nüshalarının tamamı yok olmadığı takdirde, daha ucuz bir çoğaltma yönteminin uygulanması söz konusu olabilirse, yayınlayanın eser nüshalarını basma yükümlülüğünden bahsedebiliriz[1187]. Bu duruma özellikle, eserin dizgisinin kurşun kalıplarının daha durması, fakat yalnız baskının gerekmesi girmektedir. Aynı durum streotip baskı yapılması hali için de geçerlidir. Bu durumda yeniden basma yükümü kabul edilmelidir[1188]. Ancak, yeni teknolojik gelişmeler sayesinde, özellikle dijital bası, elektronik yayın ve dijital çoğaltma gibi kavramlar, bu maddeye yeni boyutlar getirecektir. Zira, eserin dijital olarak çoğaltılması ve elektronik yayını yayınlayan açısından çok daha ucuz olacaktır.

Ancak, bası yayınlayanın kusuru olmaksızın yok olmuşsa, o zaman yayınlatan basının yeniden meydana getirilmesine ve piyasaya sürülmesine bağlı olarak ortaya çıkacak gecikmeye katlanmak zorundadır[1189].

Ancak, yayınlayan eser nüshalarını yeniden basma yükümlülüğünden kurtulsa bile, yayınlatanın eserin tamamen yayınlanması halinde almaya hak kazanacağı telif ücretini ödemek zorundadır. Bu durum, BK'nın 382. maddesindeki sonuçtan farklı değildir. Bu durumda da, yayınlatanın telif ücreti talebinin de "uygun" bir ölçüde olması gereklidir. Zira, hem manüskrinin (eser metninin) yok olması, hem de eser nüshalarının yok olması halinde yayınlayan eseri sözleşmeye uygun olarak yayamamıştır[1190].

Bedel, yayın sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde ödenecektir. Eğer, birden fazla bası için yayın sözleşmesi kurulmuşsa, aynı bedel diğer basılar için de geçerli olacaktır[1191].

Yasa, bedelin, yani telif ücretinin götürü veya sürüme göre belirlenmesi arasında bir

---

mağazalarında bulunanlar olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. GİRİTLİOĞLU, 63. Alman Hukuku'nda, nakliye sırasında eser nüshalarının yok olması halinde, yok olmanın AYK §7'de öngörüldüğü gibi, yayınlayanın deposunda olmaması yüzünden, yayınlayanın yeniden basım hakkına sahip olmadığı kabul edilmektedir. Ancak, yayınlayanın bir deposundan diğerine taşınma sırasında veya yayınlayanın başka bir şubesine nakil sırasında, eser nüshalarının yok olması halinde olay aynı yayınevi işletmesi içinde olduğu için, "yayınlayanın deposu" şartının yerine getirildiği kabul edilmekte ve yayınlayanın yeniden basım hakkına sahip olduğu belirilmektedir. Bkz. SCHRICKER, 267.

[1187] TROLLER, Kommentar, 69.

[1188] BİLGE, 279; TUNÇOMAĞ, 600; GİRİTLİOĞLU, 63; FRANKO, 165.

[1189] TROLLER, II, 915.

[1190] TROLLER, Kommentar, 69.

[1191] TROLLER, Kommentar, 65; HILTY, Basler, 2097; SCHRICKER, 590; HOFFMAN, 131. Sözleşmenin birden fazla basıyı kapsayacak şekilde yapılması halinde de, -bir önceki basının tükenmesinden sonra yeni basının yapılması gibi- özel bazı zorluklar karşımıza çıkacaktır. TROLLER, Kommentar, 65.

ayrım yapmamış, sadece yayınlayanın bütün telif ücretini ödemekle yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır.

Götürü bir bedel yerine, eğer, ödemenin eserin kapsamına veya sürümüne göre belirlenmesi kararlaştırılmışsa, eserin kapsamı ve objektif olarak beklenen ve önceden, tahmini olarak öngörülebilecek sürüm, aynı zamanda somut olayda sözkonusu olabilecek bütün özellikler dikkate alınarak hesaplanacaktır[1192]. Bu bağlamda, beklenen satış sonuçlarının tahmini olarak belirlenmesi sadece bir çıkış noktası olarak ele alınacak, ancak tek bir ölçüt olmayacaktır[1193]. Bu kapsamda, eserin türü ve yazarın kişiliği de dikkate alınacaktır[1194].

BK m. 383/I ile, yayınlayan tarafından basılan hükümlerin beklenmedik hal/kaza sonucu yok olması hali düzenlenmiştir. Dolayısıyla, nüshaların yayınlayanın veya yardımcısının kusuruyla yok olması halinde, yayınlayan, yayın sözleşmesinden doğan borcunu kendi kusuruyla yerine getirmemiş, dolayısıyla sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal etmiş olacaktır. Bu çerçevede yayınlatan, eseri yeniden çoğaltarak yayın borcunu yerine getirmekle yükümlü olacaktır[1195]. Bu halde, yayınlayanın kararlaştırılan nüshaları yeniden basmak zorunda kalması yüzünden yayınlayanın uğrayacağı masraflar dikkate alınmayacaktır. Yayınlayan ayrıca, eserin geç yayınlanmasından dolayı yayınlatanın uğradığı zararları da tazmin etmek zorundadır. Eğer, yayınlayan söz konusu yükümlülükleri yerine getirmezse, sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumlu olacak ve BK m. 96 vd. hükümleri devreye girecektir[1196].

AYK §7 uyarınca, yayınlayan tarafından bir depoda tutulan eser nüshaları yok olursa, yayınlayan bu nüshaların yerine yerinelerini koyabilir. Ancak, yayınlayan önce yazara bu konuyu bildirmek zorundadır. Bu bağlamda AYK, yayınlayanın yok olan eser nüshalarının yerine yenilerini koyabileceğini öngörmüş, ancak bu hakkın kullanılmasını, yazara bu konuda önceden verilecek olan ihbar şartına bağlamıştır. Ancak, AYK §7, eser nüshalarının beklenmedik hal sonucu yok olması şartına hükümde yer vermemiştir. Dolayısıyla, Alman Hukuku'nda, yayınlayanın kusuru ile bu eser nüshalarının yok olması halinde de, anılan maddenin uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Zira, yayınlayanın eser nüshalarını kasten yok etmesi halinde bile, hükmün kendisine tanıdığı yetki uyarınca, sözleşme amacına

[1192] TROLLER, Kommentar, 65; PEDRAZZINI, 589; HILTY, Basler, 2097; SCHRICKER, 590; HOFFMAN, 131; RINTELEN, 420.
[1193] TROLLER, II, 914; PEDRAZZINI, 589.
[1194] SCHRICKER, 590; HOFFMAN, 131; RINTELEN, 420.
[1195] TUNÇOMAĞ, 599-600; TROLLER, Kommentar, 69; GİRİTLİOĞLU, 62.
[1196] TROLLER, Kommentar, 69; TROLLER, II, 915; HILTY, Basler, 2099.

ulaşılabilmesi için bu eser nüshalarını basmakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir[1197]. AYK'nın ilgili maddesinin uygulama alanı bulması için, yayınlayanın deposunda bulunan eser nüshalarının yok olması gerekir. Bu hükmün arkasında yatan ratio legis, aslında yayınlayanın kendi ticari işletmesi içinde bulunan eser nüshaları üzerinde hala hakimiyete sahip olmasıdır. Yayınlayanın bu nüshalar üzerinde, hukuki tasarruf yetkisi de devam etmektedir. Hükmün uygulanabilmesi için, yayınlayanın bu yedek basım yetkisine ilişkin planını yazara bildirmesi gerektiğini yukarıda da vurgulamıştık[1198].

Doktrinde, baskı adedinin, yayınlayanın veya yardımcısının kusuruyla yok olması halinde, yayınlatanın yine de yayınlayandan eseri bastırıp çoğaltarak, çoğaltma ve yayma borcunu yerine getirmesini isteyebileceği ve bu durumun BK m. 381'i ihlal etmediği kabul edilmektedir[1199]. Zira, yayınlayan, eseri çoğaltmaya yalnız yetkili değil, aynı zamanda bununla yükümlüdür. Dolayısıyla, yayınlayanın çoğaltma borcunu yerine getirmek için kendi kusuruyla yok olan nüshaların yerine, masrafını kendi çekerek yenilerini bastırıp koyması yayınlatanın yayın hakkını ihlal etmez. Ancak, yayınlatan bu yüzden yeni bir bedel isteyemez[1200]. Yayınlayanın eseri tekrar çoğaltmaktan kaçınması halinde, yayınlayan yayın sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmediği için temerrüde düşecektir[1201].

Kanaatimizce, basılan nüshaların yayınlayanın veya yardımcısının kusuruyla yok olması halinde, yayınlayan evleviyetle yok olanların yerine yenilerini çoğaltmaya ve yaymaya yetkili olduğu gibi aynı zamanda bu nüshaları basmakla da yükümlüdür. Yayınlayanın böyle bir yetkisinin olmadığı iddiası, yayınlayanı temerrüde düşmekten kurtarmayacaktır. Yayınlayanın, yok olan nüshalarını yerine yenilerini koyması, yayın sözleşmesinden doğan borcun ifası olacağı için, yayınlayanın bu faaliyeti sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyeceği gibi, kendisine devredilen yayın hakkını da ihlal etmeyecektir. Aksine, yayınlayanın yok olan nüshaların yenisini basmaması yayın sözleşmesine aykırılık teşkil edeceği ve bu anlamda yayınlayandan tazminat talep edilebileceği gibi, borçlu (yayınlayanın) temerrüdüne veya FSEK'de öngörülen cayma hakkının kullanılmasına da yol açacaktır.

[1197] Bkz. SCHRICKER, 265; RINTELEN, 336.

[1198] Yazara yapılacak bildirim, irade açıklamasının bir türü olarak ele alınmaktadır. SCHRICKER, 267.

[1199] TUNÇOMAĞ, 606; GİRİTLİOĞLU, 72; TEKİNALP, 248. Ancak, İsviçre Hukuku'nda bazı yazarlar, yayınlayanın BK m. 381 uyarınca ancak, yok olan eser nüshalarının beklenmedik hal sonucu yok olması halinde bu nüshaları yeniden çoğaltarak yayabileceğini, yani yok olanların yerine yenilerini koyabileceğinden hareketle, eser nüshalarının yayınlayanın veya onun yardımcısının kusuruyla yok olması halinde yayınlayanın, yok olanların yerine yenilerini koymaya yetkili olmadığını, zira bunun yayınlatanın yayın hakkını ihlal edeceğini benimsemektedirler. Ancak, yayınlayanın edimi eseri çoğaltıp yayma olup ileride basılacak nüshalar parça borcu olarak kararlaştırılmadığından, bunların basılıp yok olmaları edimin imkansızlığı demek değildir; çünkü yayınlayanın eseri yine aynı miktarda bastırması her zaman için mümkündür. Bkz. GİRİTLİOĞLU, 72.

[1200] TROLLER, II, 915; GİRİTLİOĞLU, 72. Zira, yeni nüshalar, sadece yok olanların yerine çoğaltılmaktadırlar. HILTY, Basler, 2098.

[1201] TUNÇOMAĞ, 606.

Bu bağlamda, sonuç olarak bası yayınlayanın kusuru sonucunda yok olmuşsa, yayınlayan bundan dolayı yayınlatana karşı meydana gelen zararlardan sorumlu olduğu gibi, yayınlatan ısrar ettiği takdirde, basının yeniden yapılması kendisi için çok büyük masraflara yol açacak olsa bile, bu basıyı gerçekleştirmek zorundadır[1202]. Yayınlayanın, sözleşmenin müsbet ihlali dolayısıyla yayınlatana ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarı, yayınlatana ödenen telif ücretiyle uyumlu olmalıdır[1203].

VIII. YAYINLAYANIN HAKLARI

Yayınlayanın asli edim yükümlülükleri olan çoğaltma ve yayma borcu, öncelikle aynı zamanda yayınlayanın hakları arasında da yer almaktadır. Yine, kaza ile yok olan nüshaları yeniden basma borcu da yukarıda da belirtildiği üzere, aynı zamanda yayınlayanın hakları arasındadır. Zira, BK m. 383/I uyarınca, eserin tamamlanmış olan baskı adedinin tamamı veya bir bölümü, satışa sunulmadan önce beklenmedik hâl sonucu yok olursa yayınlayan, yayınlatana ayrıca bir bedel ödemeksizin yok olan miktarı, masrafı kendisine ait olmak üzere yeniden basabilir.

Bu bağlamda, yayınlayana tanınan bu hak çerçevesinde, yayınlayan sadece içerik ve kapsam açısından, yok olan eser nüshalarının yerine yeni eser nüshaları basmaya yetkilidir. Başka bir deyişle, yayınlayan ne kadar eser nüshası yok olmuşsa, sadece bu miktar kadar yeni nüsha basabilir. Elde kalan nüshaların baskı kalitesi ne şekildeyse, yok olanların yerine basılacak olan nüshalar da, aynı kalitede olmalıdır. Eğer, yayınlayan yok olan nüshaların üzerinde bir miktar basarsa, bu hem telif hakkı ihlali, hem de sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır[1204].

Yayınlayan, eğer bası sayısı saptanmışsa, bu sayı çerçevesinde yok olan veya hasara uğrayan nüshaların yerine yeni nüshalar basabilir. Ancak, yayınlayanın çoğaltma hakkı, her ne kadar eser nüshalarının sayısıyla artmışsa da, yayma hakkı genişlememiştir. Dolayısıyla, bu yüzden yayınlatana ek bir telif ücreti ödenmesi gerekmemektedir[1205]. Diğer bir ifadeyle, yeni basılan eser nüshaları, zaten yok olanların yerine basıldığı için, yayınlatan da yeni bir telif ücreti talep edemeyecektir[1206].

BK m. 383, yok olan eser nüshalarının daha önceden basılmış yedek nüshalar ile

[1202] TROLLER, Kommentar, 69; TROLLER, II, 915; HILTY, Basler, 2099.
[1203] HILTY, Basler, 2099.
[1204] Bkz. SCHRICKER, 269; TROLLER, Kommentar, 69.
[1205] TROLLER, Kommentar, 69.
[1206] HILTY, Basler, 2098.

kapatılabilmesi ihtimalinde, uygulama alanı bulmayacaktır[1207]. Uygulamada, yayınevleri çoğunlukla, eser nüshalarının bu şekilde yok olma tehlikesine karşı, depolarında yedek nüshalar tutmakta ve gerektiğinde ellerindeki bu yedek nüshaları yok olan nüshaların yerine koymayı planlamaktadırlar[1208].

AYK §7 uyarınca, yayınlayan tarafından bir depoda tutulan eser nüshaları yok olursa, yayınlayan bu nüshaların yerine yerinelerini koyabilir. Ancak, yayınlayan önce yazara bu konuyu bildirmek zorundadır. Bu bağlamda AYK, yayınlayanın yok olan eser nüshalarının yerine yenilerini koyabileceğini öngörmüş, ancak bu hakkın kullanılmasını, yazara bu konuda önceden verilecek olan ihbar şartına bağlamıştır.

BK m. 383/I'de açıkça BK m. 117'deki gibi yayın sözleşmesinin son bulup bulmadığına ilişkin bir ifade yoktur. Ancak, sonuç hükümlerinden bunun tersini anlamak gerçek duruma daha uygun düşer. Diğer bir ifadeyle, eser nüshalarının yok olması halinde sözleşme BK m. 117 uyarınca sona ermeyecektir ki, bu durum adalete de uygundur. Çünkü sürüm hakkı ve borcu belirli nüshalara ilişkin olmadığından, o nüshaların yok olması, sözleşmenin yerine getirilmesine de bir engel oluşturmamaktadır[1209].

Bası miktarını belirleme ve nüshaların satış fiyatını belirleme de, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece yine yayınlayanın haklarını oluşturmaktadır. Bu konular üzerinde, yukarıda yayınlayanın borçları bölümünde durulduğu için, gereksiz tekrarlardan kaçınma adına, bu konuda sadece yayınlayanın borçlarına atıf yapmanın uygun olacağı kanaatindeyiz.

[1207] HILTY, Basler, 2098.
[1208] SCHRICKER, 264.
[1209] BİLGE, 279; GİRİTLİOĞLU, 62.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
YAYIN SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Yayın sözleşmesinin konusunun maddi bir eşya (taşınır/taşınmaz mal) olmaması, aksine bir fikri ürün olan "eser" olması, yayın sözleşmesinin özgün bünyesinden kaynaklanan özel sona erme sebeplerini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda gerek BK'nın özel hükümleri arasında gerekse FSEK'de yayın sözleşmesinin sona ermesine ilişkin özel düzenlemeler yer almakta ve anılan hükümler şartları gerçekleştiği takdirde öncelikli olarak devreye girmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, yayın sözleşmesi, konusunun "eser" olmasından kaynaklanan özellik dışında bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Bu doğrultuda, borçlar hukukunun genel ilkeleri ve özellikle sözleşmenin sona ermesine ilişkin genel hükümler, yayın sözleşmesine özgü özel sona erme halleri saklı kalmak ve bu hükümleri ihlal etmemek kaydıyla, yayın sözleşmesi açısından da uygulama alanı bulacaktır. Ancak, BK'nın genel hükümleri, yayın sözleşmesinin sona ermesinde tamamlayıcı olarak uygulama alanı bulacaktır. Özellikle, yayın sözleşmesi tek bir bası veya belli bir bası sayısı ile sınırlı olarak kurulmamışsa, diğer bir ifadeyle tüm basılar için kurulmuşsa, şartlar gerçekleştiği takdirde BK'nın genel hükümleri (BK m.106 vd.) sözleşmenin sona ermesinde de uygulama alanı bulacaktır. Bu çerçevede, sürekli borç ilişkisi olan yayın sözleşmesinde, sürekli edimin ifasına başlanmış olup olmamasına göre, sözleşmeden "dönme" veya "fesih" kurumları devreye girecektir.

Yine, yayın sözleşmesi açısından, taraflar arasında kurulan özel güven ilişkisi dolayısıyla, sözleşmenin haklı sebeple feshedilebilmesi özel bir anlam taşımaktadır. Özellikle taraflar arasındaki özel güven ilişkisinin zedelenmesi, sarsılması yüzünden sözleşme ilişkisinin devamının taraflar için çekilmez hale gelmesi açısından, haklı sebeple fesih kurumunun özel bir yeri vardır.

§ 5. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN GENEL SONA ERME SEBEPLERİ

I. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN TEMERRÜT DOLAYISIYLA SONA ERMESİ

A. YAYINLAYANIN TEMERRÜDÜ

Yayın sözleşmesi çerçevesinde yayınlayanın sinallagma ilişkisi içinde kalan asli edim yükümlülüğü, yayınlayanın çoğaltma ve yayma borcudur. Bu bağlamda, yayınlayan çoğaltma ve yayma borcunda temerrüde düşerse, yayınlatan BK'da ve FSEK'de yer alan özel sona erme sebeplerinin dışında her zaman genel hükümler doğrultusunda, BK m. 106-108 hükümlerini devreye sokarak sözleşmeden dönebilecektir. Anılan hükümler uyarınca yayınlatan, kural olarak -BK m. 107 uyarınca mehil tayinine gerek olmayan hallerin dışında- bir mehil tayin ederek-, yayma ve çoğaltma faaliyetine henüz başlanmadığı sürece sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilecektir. Verilen bu süre içinde, yayınlayan borcunu yerine getirmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise yayınlatan hemen sözleşmeden döndüğünü bildirecektir. Eğer, yayınlayan sözleşmeye uygun çoğaltma ve yayma borcunu ciddi ve kesin olarak reddetmiş veya henüz hiçbir hazırlığa başlamamışsa[1210] veya eser sahibinin piyasaya sunulması gereken eserine rakip bir başka eser piyasaya sürülmüş, bir doçentlik veya profesörlük tez takdimi sınav tarihlerinden önce basılmamışsa, yarışmaya gönderilecek olan eser zamanında basılmamışsa, mehil tayinine gerek yoktur[1211].

Yayınlatan, sözleşmeden dönerek temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispatlayamayan yayınlayandan ayrıca sözleşmenin hükümsüz kalması yüzünden uğradığı menfi zararın tazminini de talep edecektir. Yayınlatana ödenmesi gereken menfi zarar kapsamına özellikle yayınlatanın sözleşmeye güvenerek bu sırada kaçırmış olduğu diğer yayın sözleşmesi imkanları, yine eser sahibinin sözleşmeye güvenerek kitap tanıtımlarında yaptığı harcamalar girmektedir. Ayrıca, yayınlatana sözleşme uyarınca bir telif ücreti ödenmiş veya avans verilmişse bu bedel, yayınlayana geri verilecek, yayınlayan da elindeki manüskriyi yayınlatana iade edecektir[1212].

Bu bağlamda, temerrüde düşen yayınlayan, BK m. 102 uyarınca temerrüt sırasında manüskrinin kazaen (umulmayan bir hal sonucu) yayınlayanda kaldığı bir sırada yok

[1210] Bkz. SCHRICKER, 576; OĞUZMAN/ÖZ, 420; EREN, 289; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 950; SEROZAN, İfa, § 17-11.
[1211] Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 421; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 950; EREN, 289.
[1212] Bkz. İkinci Bölüm, §4, III, Yayınlayanın Manüskriyi Geri Verme Borcu.

olmasından veya kötüleşmesinden dolayı sorumlu olacaktır. Böyle bir durumda yayınlayan, bu durumdan ancak, temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu veya borcu zamanında ifa etmiş olsaydı bile kazanın alacaklının hukuk alanında da gerçekleşeceğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulacaktır. Örneğin yayınlatanın evinde bir yangın çıkmış ve yayınlatanın eserin bütün kopyalarının içinde bulunduğu bilgisayar çökmüş veya yangında yok olmuşsa, yayınlayan sorumluluktan kurtulacaktır.

Kural olarak, iki tarafa borç yükleyen akitlerde sadece sinallagma ilişkisi içinde olan asli edimlerin ifasında temerrüde düşülmesi halinde sözleşme fesihle sona erdirilebilir[1213]. Ancak, yayın sözleşmesi her ne kadar iki tarafa borç yükleyen bir akit olsa da, sinallagma ilişkisi içinde olan edimlerin yanı sıra yardımcı fonksiyon gören bir takım yan edim yükümlülüklerini de bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin hesapları incelettirme yükümlülüğü, eserin düzeltilmesi yükümlülüğü. Bu tür yükümlülüklerin temerrüdünde, gerçi yine ifa talebinde bulunulabilir. Ancak, bir yan edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin sözleşmenin feshine yol açabilmesi, bu yan edim yükümlülüğünün, sözleşmenin tümünün amacını ve anlamını tehlikeye düşürmesi halinde mümkündür[1214].

Bu çerçevede, yayınlayanın temerrüdü kapsamında ayrıca, yayınlayanın telif ücretini (bedelin) ödememesi üzerine yayınlatanın sözleşmeden dönme imkanına sahip olup olmadığı sorunu da irdelenmektedir. Telif ücreti, yayın sözleşmesinin objektif esaslı unsuru değildir. Dolayısıyla, telif ücretinin kararlaştırılmamış olması yayın sözleşmesinin kurulmasını engellemediği gibi, telif ücreti ödeme borcu, yayınlayanın sinallagma ilişkisi içinde yer alan asli edim yükümlülüğünden biri de değildir. Zira, BK m. 380/I uyarınca sözleşmeden yayınlatanın bedel istemediği anlaşılmadıkça yayınlatan bedel ödenmesini de isteyebilecektir.

Bu bağlamda, telif ücretinin (bedelin) ödenmesi, yayınlayanın yan edim yükümlülükleri arasındadır[1215]. Bir yan edim yükümlülüğü olan telif ücretinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi kural olarak sözleşmeden dönme imkanı vermeyecektir. Ancak, Alman Yüksek Bölge Mahkemesinin[1216] vermiş olduğu bir karar bu sorunun çözümünde kilit unsur niteliğindedir. Mahkeme, yayın sözleşmesi uyarınca yayınlayanın satış hesap dökümlerini gösterme yükümlülüğünü bir asli edim yükümlülüğü olarak kabul etmiştir. Zira, taraf

[1213] Dolayısıyla, sinallagma ilişkisi içinde olan asli edim yükümlülüklerinden farklı olarak, yan edim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde, bunlar karşılıklı borçlardan olmadıkları için, karşılıklı edimler içeren bir sözleşmeden doğsalar bile, bunlar hakkında sözleşmeden dönme veya ifadan vazgeçerek tazminat istenemez. Bu tür yan edimin ifası mümkünse aynen ifa ve gecikme tazminatı, mümkün değilse tazminat istenecektir. OĞUZMAN/ÖZ, 426. Krş. EREN, 34.

[1214] Bkz. PEDRAZZINI, 591; SCHRICKER, 557; EREN, 34.

[1215] Yayın sözleşmesinde neyin asli edim yükümlülüğü, neyin yan edim yükümlülüğü olduğunu belirleyecek olan, yayın sözleşmesi ve somut olayın içinde bulunduğu özel olgulardır. Bkz. SCHRICKER, 557.

[1216] OLG Dresden, GRUR 1925, 45.

iradelerinin buna esaslı ve özel bir anlam yükledikleri, mahkeme tarafından tespit edilmiştir. Çünkü, yazar, satılan her nüshanın satış bedeli üzerinden belli bir oran kendisine verilmemiş olsaydı, bu sözleşmeyi kurmayacaktı. Söz konusu karar açıkça şunu göstermektedir ki, bir yan edim yükümlülüğünün asli edim yükümlülüğü olarak kabul edilmesi, ancak tarafların sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe özel anlam yüklemelerine bağlıdır. Ancak, yayın sözleşmesinde salt herhangi bir edim yükümlülüğünden bahsedilmiş olması, onu tek başına asli edim yükümlüğü yapmak için yeterli bir olgu değildir. Bu çerçevede, yazar için yayın sözleşmesinde belirli bir bedelin kararlaştırılmış olması da, her zaman bu yükümlülüğün asli edim yükümlülüğü yapılmasının istendiği anlamına gelmeyecektir[1217]. Dolayısıyla, telif ücretinde temerrüde düşülmüş olması halinde kural olarak yayınlayanın temerrüdüne bağlanan bir dönme veya fesih imkanı söz konusu olmayacak, ancak her somut olayda tarafların telif ücretine vermiş oldukları ve ona bağlamış oldukları anlam çerçevesinde farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Bu bağlamda, her somut olayda tarafların söz konusu yükümlülüğe yükledikleri anlam, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi, taraf iradeleri ve taraflar arasında kurulan özel güven ilişki çerçevesinde, somut olayın özellikleri dikkate alınarak yorumlanacaktır.

B. YAYINLATANIN TEMERRÜDÜ

Her ne kadar, yayınlatanın eseri teslim etme borcu, yayınlayanın asli edim yükümlülüğü olan çoğaltma ve yayma borcu ile sinallagma ilişkisi[1218] içinde olmasa da, eserin tesliminde temerrüde düşülmesi halinde de BK m. 106 vd. hükümleri uyarınca yayınlayan şartların yerine getirilmesi kaydıyla sözleşmeden dönebilecektir. Yayınlatanın eseri teslim etme borcu, yayın sözleşmesinden doğan bir yan edim yükümü olmasına rağmen ve yan edim yükümlülüklerinin, asli edim yükümlülüklerinin aksine prensip olarak sözleşmeden dönme hakkı vermemesine karşılık, şu nokta vurgulanmalıdır ki, yayınlatanın eseri teslim etme borcu sıradan bir yan edim yükümlülüğü değildir. Zira, yayın hakkının sözleşme ile yayınlayana devredilmesiyle birlikte, yayınlatanın çoğaltma ve yayma borcuna başlayabilmesi için öncelikli olarak yerine getirilmesi gereken bir ön şart niteliğinde olan eseri teslim etme borcu aynı zamanda, yayın hakkının devredilmesinin bir uzantısı olarak da görülebilir. Zira, yayın hakkının fiilen kullanılabilmesi eserin teslim edilmesine bağlıdır. İşte bu anlamda,

[1217] Bkz. SCHRICKER, 577.

[1218] Zira, yukarıda da belirtildiği üzere yayınlatanın çoğaltma ve yayma borcu ile sinallagma ilişkisi içinde olan karşı edim, yayınlatanın yayın hakkını devretme borcudur.

yayınlayanın asli edim yükümlüğü, yayınlatanın yan edimin ifası göz önünde tutularak kararlaştırılmıştır ki, bu da BK m. 96 ve BK m. 106'nın devreye girmesine yol açacaktır[1219]. Ayrıca, yukarıda da belirtildiği üzere yan edim yükümlülüklerinin ifa edilmemesinin sözleşmenin anlamını ve amacını tehlikeye düşürmesi halinde de sözleşmeden dönme veya fesih mümkün olabilecektir[1220] ki, kanaatimizce eserin teslim edilmemesi borcu da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

AYK §30, yazarın eseri teslim etmede temerrüde düşmesi halinde, yayınlayanın sözleşmeden dönmesini özel olarak düzenlemiştir. AYK §30/I uyarınca, "eserin tamamı veya bir kısmı kararlaştırılan zamanda teslim edilmemişse, yayınlayan ifa yerine, yazara eserin teslimi için uygun bir süre belirleyerek, söz konusu sürenin sonunda, ifayı reddeceğini bildirebilir. Eğer, sözleşmede eserin teslimi için belirlenen tarihten önce eserin vaktinde teslim edilemeyeceği açıksa, yayınlayan sözleşmede belirlenen tarihten daha önce olmamak kaydıyla bir süre belirleyebilir. Bu sürenin sona ermesinden sonra, yayınlayan eser vaktinde teslim edilmemişse sözleşmeden dönmeye yetkilidir. Ancak, artık eserin teslimi talep edilemez". AYK §30/II'ye göre; "Böyle bir sürenin tanınmasına, eserin meydana getirilmesinin imkansız olması, yazarın eseri meydana getirmeyi reddetmesi ve yayınlayanın özel çıkarlarının sözleşmeden derhal dönmeyi haklı kılması halinde, gerek yoktur". AYK §30/III, "Eğer eserin teslimindeki gecikme, yayınlayan için sadece önemsiz bir zarar veriyorsa, sözleşmeden dönme mümkün değildir". AYK § 30/III, "yazarın temerrüt dolayısıyla yayınlayana karşı ileri sürebileceği talepler bu hükümden etkilenmezler".

AYK §30, yayınlatanın temerrüdünde iki hali özel olarak düzenlemiştir. 1. Bitmiş olan bir eserin tesliminde temerrüde düşülmüş olması, 2. Yazarın kararlaştırılan tarihte, henüz eseri tamamlamamış, bitirmemiş olması[1221].

Türk Hukukunda da, gelecekte meydana getirilecek eserlere ilişkin sözleşmelerde, eser sahibinin eseri kararlaştırılan günde tamamlayamaması halinde eser sözleşmesindeki hükümlerin kıyasen uygulanması kabul edilmektedir[1222] ki, bu hükümler, AYK §30'da belirtilen hükümlerle paralellik içindedir. Bu bağlamda BK m. 358/I[1223] uyarınca yayınlayana

---

[1219] Yan edim yükümlülükleri, kararlaştırıldıkları sözleşmede ivaz ve özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin karşılıklı değişim (sinallagma) ilişkisi içinde yer alabilirler. Sözleşmede diğer tarafın borçlandığı karşı edimin bir kısmı, yan edimin ifası göz önünde tutularak kararlaştırılmış bulunmaktadır. Bu nedenle bu tür edimlere, "karşılıklı, ivazlı veya denk (muadil) yan edim yükümü de denilmektedir. Yan edim yükümlülüklerinin ifa edilmemesi halinde, alacaklı ifa davası açabilir BK m. 96 ve BK m. 106'ya göre hareket edilebilir. EREN, 34.

[1220] PEDRAZZINI, 591.

[1221] Bkz. SCHRICKER, 549 vd.

[1222] GİRİTLİOĞLU, 48; TEKİNALP, 240.

[1223] BK m. 358/I hükmü, eser sözleşmesinde teslim tarihinden önceki temerrüt halini düzenlemektedir. Anılan hüküm uyarınca, müteahhit sözleşme konusu işe başlamakta gecikir, iş görme faaliyetlerini yavaş yürütür ve

bir dönme hakkı tanınabileceği kabul edilmektedir.

AYK §30'da benimsenen çözümün İsviçre Hukuku için de geçerli olduğu kabul edilmektedir[1224]. Ancak, bu noktada bir farklılığa dikkat edilmelidir. AYK § 30/III'de belirtildiği üzere, eserin teslimindeki gecikme, yayınlayan için sadece önemsiz bir zarar veriyorsa, sözleşmeden dönmenin mümkün olmamasına ilişkin, dönme hakkına getirilen bir sınırlama İsviçre Hukuku tarafından bilinmemektedir. Ancak, istisnai hallerde sözleşmenin içeriğinden de aynı sonuca ulaşmak mümkün olabilir. Özellikle, eserin teslimi için belirlenen sürenin taraflar için çok da vazgeçilmez bir süre olmaması veya kısa bir süre gecikme ile yapılan teslimin yayınlayan tarafından kabul edilmemesi halinde sözleşmeden dönmenin, TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceği hallerde, İsviçre Hukuku açısından da aynı sonuca ulaşmak mümkündür[1225].

Yayınlayan tarafından, eserin teslimi için yayınlatana tanınan süre, uygun bir süre olmalıdır. Sürenin uygun olup olmadığı somut olayın içinde bulunduğu şartlara ve sözleşmenin amacına göre belirlenecektir. Yoksa, yayınlayanın özel çıkarları doğrultusunda, süre çok kısa veya çok uzun olmamalıdır. Bu noktada, tarafların menfaatleri dürüstlük kuralına göre değerlendirilecek ve somut olayın içinde bulunduğu şartlar ve teamül dikkate alınarak her somut olay için uygun bir süre belirlenecektir[1226].

Belirlenen süre içinde yayınlatan, eseri sözleşmeye uygun olarak teslim etmezse, yayınlayan ifa ve tazminat talep edebileceği gibi, ifadan vazgeçip, ya borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan zararları talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir[1227]. Eğer, yayınlayan, tazminat talep etmişse, bu tazminat kapsamına yayınlayanın ifaya olan çıkarı, yani olumlu zararı girecektir. Buna karşılık, yayınlayan sözleşmeden dönerse, her iki tarafın yerine getirmiş oldukları edimler geri verilecektir. Yayınlayan, bunun da ötesinde, sözleşmenin kurulması sonucunda oluşan zararlarının tazmin edilmesi konusunda bir talep hakkına da sahip olacaktır ki, bu da menfi zararı oluşturmaktadır. Yayınlayan, sözleşme kurulmasaydı, ne durumda olacaksa, o duruma getirilmelidir. Dolayısıyla, yazar yayınlayanın hem boşa çıkan masraflarını, hem de yayınlayanın sözleşmenin sona ermesi yüzünden bu süre zarfında kaçırdığı fırsatları tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak, yayınlayanın hem ifa ile birlikte, hem de sözleşmeden dönme halinde tazminat talep edebilmesi için yazarın kusurlu

---

erteler, müteahhidin sözleşme konusu eseri kararlaştırılan tarihe yetiştiremeyeceği anlaşılır ise iş sahibi BK m. 107'de belirlenen durumlarda, mehil tayinine gerek olmaksızın sözleşmenin erken feshi yoluna gidebilir. Ancak, her ne kadar kanun metni fesihten bahsetse de, burada bir erken dönme halinin mevcut olduğu ve hükümlerini kural olarak geriye etkili olarak doğurduğu kabul edilmektedir. Bkz. YAVUZ, 471; ÖZ, 47.

[1224] OSER/SCHÖNENBERGER, 573; TROLLER, II, 911.

[1225] TROLLER, II, 911.

[1226] SCHRICKER, 551-553; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 158; ALLFELD, 148.

[1227] TROLLER, II, 911; HILTY, Basler, 2100.

olması gereklidir. Yazar, BK'nın genel hükümleri uyarınca kusurlu kabul edildiği için, bunun aksini, yani kusursuzluğunu ispat etmekle yükümlüdür[1228].

II. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN HAKLI SEBEPLE FESHİ

A. GENEL OLARAK

Gerek BK, gerek FSEK, yayın sözleşmesini sona erdiren sebepler arasında "haklı sebeple sözleşmenin feshi"ni saymamışlardır. Haklı sebeple fesih hükümlerinin niteliği irdelendiğinde, söz konusu hükümlerin temelini TMK m. 2 dürüstlük kuralından aldığı ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, haklı sebeple feshin dürüstlük kuralının özel bir uygulama hali olduğunu söylemek mümkündür. Zira, bir olgunun haklı sebeple feshe imkan verdiğini kabul etmek için, bu olgunun sözleşmenin devamını "çekilmez" hale getirmesi aranmaktadır. Dolayısıyla, ancak sözleşme taraflarından sürekli borç ilişkisine devamını beklemenin dürüstlük kuralına aykırı düştüğü hallerde bu olgu, bir "haklı sebep" teşkil edecektir. Bu ise, haklı sebebin içeriğini dürüstlük kuralının oluşturması anlamındadır. Dürüstlük kuralı gerektiriyorsa, sözleşmeyi sona erdirme imkanı tanınmaktadır. Bu bağlamda, haklı sebeple fesih hakkının bütün sürekli borç ilişkilerinde geçerli olacağı ortaya çıkar. Zira, dürüstlük kuralı bütün borç ilişkileri için geçerli olan genel bir kuraldır[1229].

Tüm sürekli borç ilişkilerinde var olan taraflar arasında karşılıklı güven ilişkisine dayanılarak, gerek doktrin gerekse mahkeme kararlarıyla oluşturulan "haklı sebeple fesih" (olağanüstü fesih) hakkı, sürekli borç ilişkilerinde herhangi bir mehil tayin etmeksizin taraflara sözleşme ilişkisini ileriye etkili olarak sona verme hakkı tanımış ve bu kuram zamanla geliştirilmiştir[1230]. Haklı sebeple olağanüstü fesih belirli veya belirsiz süreli borç ilişkisini vaktinden önce ileriye etkili olarak sona erdiren bir imkandır[1231]. İfasına başlanmış

[1228] Bkz. TROLLER, II, 911; HILTY, Immaterial, 566-567; SCHRICKER, 606.

[1229] SELİÇİ, 202.

[1230] Olağanüstü feshe, "süresiz" fesih adı da verilmektedir. Zira, olağanüstü fesihte, sürekli sözleşme ilişkisi fesih beyanının muhataba ulaşmasıyla derhal sona erer. Oysa, olağan fesihte sözleşmeye dayalı ilişki, fesih beyanı muhataba ulaştıktan belirli bir süre geçtikten sonra ortadan kalkar. Bkz. SEROZAN, 121; EREN, 1212. Ayrıca bkz. KRÜGER, Münchener Kommentar, §314- N. 7 vd; HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENTLAND, §3-N.186; SELİÇİ, 156 vd.; SCHRICKER, 616; SCHACK, 463; JICKELI Joachim, Der Langfristige Vertrag, Baden-Baden 1996, 317. Olağanüstü feshin, olağan fesih karşısında özelliği geçerliliğinin akdi veya kanuni bir sebebe (fesih sebebine) bağlı tutulmamış olmasıdır. Bkz. SELİÇİ, 157; HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENTLAND, Das Neue Schuldrecht, München §3-N.186.

[1231] EREN, 1212; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1290; SEROZAN, 124; OĞUZMAN/ÖZ, 428, 382 vd.; SELİÇİ, 157. Ayrıca bkz. KRÜGER, Münchener Kommentar, §314- N.5; HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENTLAND, §3-N.189-190; TROLLER, II, 918; PEDRAZZINI, 592; JICKELİ, 317; HILTY, Immaterial, 570; HILTY, Basler, 2100; SCHACK, 463; SCHRICKER, 616; ULMER, 475;

olan sürekli borç ilişkisinde, sürekli edimin yerine getirileceğine duyulan güven taraflar arasında bir güven ilişkisi kurmaktadır; ifasına başlanmış sürekli borç ilişkisinin normal ifa süresinde taraflarca öngörülemeyen bazı sebeplerin ortaya çıkması, özellikle taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranışı dolayısıyla ifanın engellenmesi yüzünden kişisel ilişki çökmüş olur, şu veya bu tarafın artık sürekli borç ilişkisini sürdürmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırı görülebilirse, ilişkiyi sona erdirmek haklı sebeple fesihle mümkün olabilmelidir[1232]. Yayın ilişkisi ne kadar uzun süreliyse, sözleşmenin sona ermesine yol açan bu tür çözüm imkanları da o ölçüde önemlidir. Özellikle yayınlayana eserin tüm basıları için yayın hakkı tanınmışsa, yazar haklı sebeple fesih hakkını kullanarak, sözleşme uyarınca üstlendiği ve bağlı olduğu yükümlülüklerden kurtulabilecektir[1233] .

Bu bağlamda, sürekli borç ilişkisi özelliği taşıyan yayın sözleşmesi de haklı sebeple feshedilerek, sona erdirilebilir[1234].

Olağanüstü fesihteki kilit unsur, sözleşmenin feshine imkan veren haklı sebep kavramıdır. Haklı sebep kavramına doktrin ve uygulama bir içerik kazandırmaya çalışırken, bütün sürekli borç ilişkileri için geçerli olacak bir tanım vermekten çok değer hükmüne dayanak olabilecek bazı rasyonel esaslar bulmaya yönelmiştir. Bu bağlamda, bugün gerek uygulama gerek doktrin haklı sebep kavramının içini doldururken "çekilmezlik" unsurunu merkez olarak almaktadır. Ancak, hangi olguların, sürekli borç ilişkisini çekilmez hale getirebileceğini önceden belirlemek, bir liste halinde verme imkanı ve gereği yoktur. Zira, her somut olaydaki ilişkiler birbirinden tamamen farklı olacaklar ve aynı olgular zaman içinde çoğu zaman farklı bir değerlendirmeye tabi tutulacaklardır. Ancak genel olarak bu olgunun şu veya bu şekilde borç ilişkisi üzerine etki yapabilecek bir nitelikte olması aranmalıdır. Zira, borç ilişkisinin ortadan kalkması veya devamı bu olgunun varlığına bağlı olacaktır. Yalnız salt bu olgunun varlığı, hukuki ilişkiyi sona erdirmek için yeterli olmayacak, ayrıca bu olgunun borç ilişkisini çekilmez hale getirip getirmediği değerlendirilecektir. Ancak, öncelikle objektif olarak bu olgunun varlığı aranacak ve en azından bu olgunun sürekli borç ilişkisi üzerinde

---

HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 215; REHBİNDER, Urheberrecht, 336.

[1232] Bu anlamda olağanüstü fesih ani edimli borç ilişkilerinde, ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinde bile ifa engellerinin sürülebilmesine yaraması açısından, ani edimli borç ilişkilerinde dönmenin yerine getirdiği görevi üstlenmektedir. SELİÇİ, 157. Ayrıca bkz. KRÜGER, Münchener Kommentar, §314- N.5; HAAS / MEDICUS/ ROLLAND / SCHÄFER / WENTLAND, §3-N.189-190; TROLLER, II, 918; PEDRAZZINI, 592; JICKELİ, 317; HILTY, Immaterial, 570; HILTY, Basler, 2100; SCHACK, 463; SCHRICKER, 616; ULMER, 475; RINTELEN, 424; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 215; REHBİNDER, Urheberrecht, 336;.

[1233] ULMER,476.

[1234] TROLLER, II, 918; PEDRAZZINI, 592; HILTY, Immaterial, 570; GUHL, 545; HILTY, Basler, 2100; SCHACK, 463; KNAAK, 283; SCHRICKER, 616; ULMER, 475; RINTELEN, 424; HABERSTUMPF / HINTERMEIER, 215; REHBİNDER, Urheberrecht, 336; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314- N. 5.

etkili olması şartı da asgari şart olarak aranacaktır[1235]. Bu bağlamda, haklı sebep kavramı belirlenirken, öncelikle yayın sözleşmesinin ruhu, kendine özgü karakteri, taraf menfaatleri ve özellikle, eser sahibinin maddi ve manevi menfaatleri ile taraflar arasındaki özel güven ilişkisi hareket noktası olarak alınmalıdır.

Alman Hukuku'nda, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren "Borçlar Hukukunun Modernize Edilmesi Hakkında Kanun" uyarınca, "sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshi" BGB §314'de pozitif hüküm olarak yer almıştır. BGB §314'teki yasal düzenleme aslında, doktrinde ve mahkeme içtihatlarında kabul edilmiş olan sürekli borç ilişkilerinin karakteristik özelliği olan "özel güven temeli" üzerine kurulan genel kuralın, pozitif yasal hükme yansımasından ibarettir. Dolayısıyla, söz konusu kanunun hükümet tasarısındaki gerekçesinde de belirtildiği üzere, anılan hükümle sadece doktrin ve mahkeme içtihatları tarafından geliştirilmiş olan genel ilke, hiçbir değişikliğe uğratılmadan pozitif bir düzenlemeye kavuşmuştur[1236].

Haklı sebeple feshi düzenleyen BGB §314/I'e göre, sözleşme taraflarından her biri herhangi bir süre (feshi ihbar süresi) tayin etmeksizin, sürekli borç ilişkisini haklı sebeple feshedebilir. Anılan fıkranın ikinci cümlesinde haklı sebep kavramına yer verilerek, "haklı sebebin" tanımı yapılmıştır: Feshedecek olan taraftan, somut olayın tüm olguları dikkate alındığında ve her iki tarafın menfaatleri değerlendirildiğinde, sözleşme ilişkisinin sözleşmenin sona ermesine kadar veya feshi ihbar bildiriminin bitmesine kadar devam etmesi beklenememelidir[1237].

Bu bağlamda yayın sözleşmesinin haklı sebeple feshedilebilmesi için, somut olayın içinde bulunduğu tüm şartların göz önünde bulundurulması ve sözleşme taraflarının her ikisinin menfaatlerinin değerlendirilmesiyle birlikte, taraflardan birinin bu şartlar altında sözleşmeye devam etmesinin kendisinden beklenemeyecek düzeyde olması gerekir[1238].

Hakim sürekli borç ilişkisinin çekilmez hale geldiğini değerlendirirken somut olayı

[1235] Diğer bir ifadeyle, olguların varlığı tek başına sürekli borç ilişkisine etkisi bakımından yetersizdir; ancak çekilmezlik niteliğini taşıyorlarsa fesih hakkına yol açarlar. Bunu değerlendirmek de hakimin takdir yetkisi çerçevesinde mümkün olacaktır. SELİÇİ, 192-193, 196. Ayrıca krş. BGH GRUR 1959, 51, 53; BGH GRUR 1977, 551, 553; BGH GRUR 1982, 41, 43, 45; BGH GRUR, 1984, 754, 755; HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENTLAND, §3-N.188 vd.; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 7 vd; JICKELİ, 317.

[1236] Hükümet tasarısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GORSCAK, 146; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314- N.1. Krş. OETKER, 99, 181 vd.

[1237] KRÜGER, Münchener Kommentar, §314- N.5; HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENTLAND, §3-N.188 vd; GORSCAK, 146; SCHACK, 463; SCHRICKER, 616; ULMER, 475-476; RINTELEN, 424; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 215; REHBİNDER, Urheberrecht, 336; BGH GRUR 1959, 51, 53; BGH GRUR 1977, 551, 553; BGH GRUR 1982, 41, 43, 45; BGH GRUR, 1984, 754, 755.

[1238] SCHACK, 463; SCHRICKER, 616-617; TROLLER, II, 918; PEDRAZZINI, 592; HILTY, Immaterial, 570; HILTY, Basler, 2100; SELİÇİ, 192-194; ULMER, 476; RINTELEN, 424; HABERSTUMPF / HINTERMEIER, 215; REHBİNDER, Urheberrecht, 336; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314- N.5.

çevreleyen bütün şartları dikkate almalıdır, takdir yetkisini kullanırken objektif olarak taraflar arasındaki menfaat ve değer dengesini tartmalıdır. Aslında, burada söz konusu olan değerlendirme, çatışan menfaatlerden hangisine üstünlük tanınacağına karar vermektir [1239].

Yayın hukukundaki bu fesih hakkı, yazarın, daha doğrusu yazarın mirasçılarının genellikle eserdeki koruma süresi boyunca sözleşme ilişkisiyle olan bağlantılarını koparmak için ellerindeki tek imkan olması dolayısıyla çok sık ve ciddi olarak tartışılmaktadır[1240]. Yayın sözleşmesinin haklı sebeple feshi, her şeyden önce, yayınlatanın tüm basıları devrettiği uzun süreli yayın sözleşmelerinde önem kazanmaktadır. Ancak, bu çerçevede belirtilmesi gereken bir nokta da, haklı sebeple fesih hakkının sözleşme ile sınırlandırılabileceği ancak, bu haktan sözleşme ile vazgeçilemeyeceğidir[1241]. Diğer bir ifadeyle, taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile, haklı sebeple feshin kapısını tamamen kapatamazlar.

B. HAKLI FESİH SEBEBİ OLABİLECEK ÖZEL OLGULAR

1. Taraflar Arasındaki Güven İlişkisinin Sarsılması, Özellikle Güven İlişkisini Çökertecek Kadar Sürekli Tekrarlanan İhlaller

Haklı sebeple fesih imkanı öngörülen sürekli borç ilişkileri, aynı zamanda yayın sözleşmesinde olduğu gibi, bir güven ilişkisinin doğduğu, "kişisel bağlantı ile", "kişi"[1242] unsurunun özellikle ortaya çıktığı borç ilişkileridir. Bu güven ilişkisini sarsan, iyi kişisel ilişkileri ortadan kaldıran olgular borç ilişkisine devamı çekilmez hale getirirler. Özellikle sözleşmeye aykırı davranışlar, asli veya yan edim borçlarının ihlali güven ilişkisini bertaraf edebilir. Bu hallerde haklı sebeple fesih hakkı doğabilir[1243].

Taraflar arasında doğan güven ilişkisinin çökmesi, karşılıklı, güven ilişkisinin taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranışından dolayı bozulması halinde, sözleşmeye uygun davranan tarafın bağlılığını her halükarda devam ettirme, sözleşmeye uygun taraf aleyhine olacaktır. Ancak, güven ilişkisinin bozulması sadece asli edim borçları açısından

---

[1239] SELİÇİ, 197.
[1240] SCHACK, 463.
[1241] KRÜGER, Münchener Kommentar, §314- N. 4; SCHRICKER, 616; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 215.
[1242] Güven ilişkisi ve kişiye ilişkin sonuçlar hakkından ayrıntılı bilgi için bkz. SELİÇİ, 34; 202 vd.
[1243] Bu bağlamda, kusurlu bir borca aykırı davranış, kusurlu davranan tarafa güvenilemeyeceğini ortaya koymaktadır. SELİÇİ, 196-197. Ayrıca bkz. KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 12; HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENTLAND, §3-N.188 vd.; OETKER, 205 vd.; TROLLER, II, 918; PEDRAZZINI, 592; HILTY, Immaterial, 570; HILTY, Basler, 2100; SCHRICKER, 617; BGH GRUR 1990, 669, 672.

düşünülemez. Bunun dışında, yan edim borçlarına aykırı davranış da güven ilişkisini bozabilir. Özellikle kişisel ilişkinin ağır bastığı borç ilişkilerinde, kişisel ilişkiyi sarsan davranışlar, her ne kadar doğrudan doğruya edime ilişkin olmasalar da güven ilişkisini bozabileceklerdir[1244].

Doktrin ve mahkeme içtihatlarına göre, taraflar arasında güven temeli zedelenmişse ve bu güvenin zedelenmesinden dolayı feshe yetkili olan sözleşme tarafından sözleşme ilişkisine devam etmesi beklenemiyorsa, haklı sebep gerçekleşmiştir. Ancak, özellikle sözleşme ilişkisinin özelliği ve buna dayanan menfaat durumları ile söz konusu zedelenmenin türü ve yoğunluğu, tüm olgular dikkate alınarak değerlendirilmeli, tespit edilen olguların feshe yetkili olan kişi üzerinde nasıl etkili olduğu irdelenmelidir[1245]. Bu bağlamda, sözleşmenin türü ve amacı, sözleşme ilişkisinde kişisel ilişkilerin, bağların derecesi ve yoğunluğu, sözleşme taraflarının borçlarının ifası aşamasında gerekli olan kişisel güven de dikkate alınmalıdır[1246].

Haklı sebebin şartları, objektif olarak taraflar arasındaki güvenin büyük ölçüde sarsılması, bu sarsılmanın ve zedelenmenin fesih talep eden kişi üzerindeki etkileri ve son olarak menfaatlerin kapsamlı olarak değerlendirilmesiyle birlikte sözleşmenin devam etmesinin beklenemezliğidir. Doktrin bu kriterleri her zaman toplu bir bakış açısıyla değerlendirmekte, ancak somut olayın durumuna göre söz konusu olabilecek farklılıklara dikkat çekmektedir[1247].

Belirleyici olan nokta, özellikle sözleşme ilişkisinin özelliği ve bundan doğan taraf menfaatleri ile söz konusu sözleşme ihlalinin türü ve ölçüsü dikkate alınarak, somut olaydaki şartların fesih üzerindeki etkisini ve söz konusu şartların, sözleşmeye bağlılık kapsamındaki güveni ve taraflardan birinin güvenilirliğini, doğruluğunu sarsmaya yetip yetmediğidir[1248].

Bu bağlamda, somut olayda söz konusu olan ihlalin türü ve yoğunluğunun değerlendirilmesinde, olaydaki tüm şartlar, özellikle sözleşme ilişkisindeki özgünlük ve bundan kaynaklanan menfaatler durumu göz önüne alınmalıdır. Bu çerçevede, tekrarlanan

---

[1244] Bkz. SELİÇİ, 201; TROLLER, II, 918; PEDRAZZINI, 592; HILTY, Immaterial, 570; HILTY, Basler, 2100; ULMER, 476.

[1245] BGH GRUR, 1964, 326, 330; BGH GRUR 1990, 669, 672; SCHRICKER, 617; BGH GRUR 1990, 669, 672; BGH GRUR 1977, 551, 553; OLG Köln GRUR 1986, 679; OLG Schleswig-Holstein ZUM 1995, 867, 873; SCHRICKER, 617; SCHACK, 463; TROLLER, II, 918; PEDRAZZINI, 592; HILTY, Immaterial, 570; HILTY, Basler, 2100; JICKELİ, 317-318; SELİÇİ, 192-194; ULMER, 475; RINTELEN, 424; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 215; REHBİNDER, Urheberrecht, 336; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314- N. 5 vd.

[1246] Bkz. KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 12.

[1247] GORSCAK, 147; SCHACK, 463; SCHRICKER, 616-617; TROLLER, II, 918; PEDRAZZINI, 592; HILTY, Immaterial, 570; HILTY, Basler, 2100; SELİÇİ, 192-194; ULMER, 475; RINTELEN, 424; HABERSTUMPF / HINTERMEIER, 215; REHBİNDER, Urheberrecht, 336; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314- N. 5 vd.

[1248] BGH GRUR 1990, 669, 672; BGH GRUR 1977, 551, 553; OLG Köln GRUR 1986, 679; OLG Schleswig-Holstein ZUM 1995, 867, 873; SCHRICKER, 617.

borç ihlallerinin toplamı, örneğin uzun bir süre boyunca telif ücretinin vaktinde ödenmemesi bir haklı sebeple fesih sebebi oluşturabilir[1249]. Haklı sebeple sözleşmenin feshedilebilmesi için kusur gerekli değildir. Dolayısıyla, kusur olmasa dahi, ya da her iki taraf ta kusurlarından dolayı yükümlerini ihlal etse de, haklı sebebin varlığı kabul edilecektir[1250].

Somut olayda haklı sebep olarak nitelendirilebilecek olgular sözleşme tarafının birinin davranışı ile meydana gelebileceği gibi, bu olgu beyan sahibinin veya beyan muhatabının şahsında da doğabilir. Bu olguların mutlaka beyan muhatabının bir kusuru dolayısıyla meydana çıkmaları gerekmez. Bu bağlamda özellikle tarafların sözleşmeye aykırı davranışları, haklı sebebi oluşturabilecek olgulardır. Genel olarak, doktrinde, "özellikle tarafların sözleşmeye aykırı davranışları, kusurlu imkansızlık, kötü ifa, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt", sürekli borç ilişkisinin sona ermesi açısından ilişkiyi çekilmez hale getirdikleri oranda haklı sebeple fesih örnekleri olarak kabul edilmektedir. Ancak bütün borç ilişkilerini çekilmez hale getirecek olguları kazuistik bir biçimde saymak mümkün değilse de, bunların hangi alanlarda ortaya çıkabileceklerini araştırmak haklı sebeple feshin uygulama alanını belirlemek açısından yararlıdır[1251].

Alman Yüksek Mahkemesinin verdiği yeni kararlarda, yayın sözleşmesi açısından haklı sebep olarak, "taraflar arasındaki şiddetli tartışma, tekrarlanan yüküm ihlalleri, yayma hakkının yeterli olarak yapılmaması, desteklenmemesi, hesap dökümlerindeki önemli ve ciddi yanlışlıklar ya da satış hesaplarında yolsuz ve dolandırıcı nitelikteki işlemlerin yapılması, telif ücretinin ödenmesinde çok defa temerrüde düşülmüş olması, taraflar arasında aynı zamanda temelde var olan hizmet sözleşmesi yüzünden düzelemeyecek düzeyde kişisel bozuşma, tartışma müzik eserlerinin kiralanması dolayısıyla elde edilen kazancın saklanması, kitabın fiyatının belirlenmesindeki yükümlülüklere aykırılık ve yetkisiz olarak yeni bası yapılması[1252] gösterilmiştir. Ancak, yazarın uygunsuz davranışları yüzünden kamuoyunda oluşan olumsuz görüş veya yargı, haklı sebeple fesih imkanı vermez. Ancak, bir yüksek okulun reklam

[1249] ULMER, 475; RINTELEN, 424; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 215; REHBİNDER, Urheberrecht, 336; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314- N.12; SELİÇİ, 194; TROLLER, II, 918; HILTY, Immaterial, 570; HILTY, Basler, 2100.SCHACK, 463; BGH GRUR 1990, 669, 672; BGH GRUR 1977, 551, 553; OLG Köln GRUR 1986, 679; OLG Schleswig-Holstein ZUM 1995, 867, 873; SCHRICKER, 617.

[1250]OETKER, 271; REHBİNDER, Urheberrecht, 336; HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENTLAND, §3-N.188 vd.; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 215; ULMER, 476; SCHRICKER, 618; SCHACK, 463; SELİÇİ, 194; TROLLER, II, 918; HILTY, Immaterial, 570 vd; HILTY, Basler, 2100; BGH GRUR 1959, 51, 53. Zira, kusur tazminat talebinde aranacaktır. Taraflardan birine atfedilebilecek bir kusurun olmaması halinde, tazminat talebine de yer kalmayacaktır. Bkz. HILTY, Basler, 2102.

[1251] Bkz. SELİÇİ, 194; TROLLER, II, 918; HILTY, Immaterial, 570; HILTY, Basler, 2100; HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENTLAND, §3-N.189; ULMER, 476.

[1252] Yayınlayanın yetkisiz bası yapması, aynı zamanda sözleşmeye aykırılık oluşturduğu gibi, yayınlatanın yayın hakkının da ihlali niteliğindedir. Dolayısıyla, bu durumda yayınlatan mali hakkının ihlali dolayısıyla yayınlayana karşı sözleşmeden bağımsız olarak, FSEK m. 66, 68 ve FSEK m. 70'de öngörülen talepleri ileri sürebilecektir. Bkz. TEKİNALP, 301-318; YAVUZ, 540-543.

broşürlerinin yazılmasında, meslek yüksek okulu müdürünün, bu reklamlarda makamını ve otoritesini kötüye kullanması halinde, ilgili yüksek okul müdürüne karşı fesih imkanı kabul edilmiştir[1253]. Yine, yayınlayanın ihtarına rağmen, yazarın tıpkı üçüncü kişi gibi yayınlayanın zararına çoğaltma ve yayma faaliyetlerinde bulunması da haklı sebeple fesih şemsiyesi altındadır[1254].

Haklı sebep kavramı belirlenirken, yukarıda da belirtildiği üzere FSEK m. 58 de dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, FSEK m. 58'de öngörülen "hak ve selahiyetlerden gereği gibi yararlanamama" ibaresi geniş olarak yorumlanarak, yayınlayanın kendisine devredilen bu hakkı hiç kullanmaması veya yetersiz kullanması, FSEK m. 58'in uygulama alanını ve kapsamı içinde değerlendirilmelidir. Hakkın hiç kullanılmaması veya yetersiz kullanılması, sözleşmeye aykırılık teşkil edeceği gibi, sürekli bir borç ilişkisi olan yayın sözleşmesini sona erdirilmesine yönelik bir haklı sebep niteliği de taşıdıklarından sözleşme haklı sebeple feshedilebilir. İşte, FSEK m. 58, bu anlamda haklı sebeple fesih kavramı için temel ve çerçeve bir hüküm olarak görülebilir ve "haklı sebep" kavramı FSEK m.58 ile güdülen amaç ve maddenin ratio legisi baz alınarak değerlendirilebilir. Ancak, hemen vurgulanmalıdır ki, haklı sebepler fesih kavramı altında incelediğimiz sebepler, FSEK m. 58'den daha geniş kapsamlıdır.

Yine, haklı sebeple fesih imkanları, yayınlayanın uzun süren mali güçlükleri, matbaacının tekrarlanan gecikmeleri sebebiyle ve yazara telif ücretinin ödenmesinin mümkün olmadığı haller için de kabul edilmelidir. Yayın sözleşmesinde öngörülen özel güven ilişkisi, yayınlayanın yetkisinin dışında yapılan tıpkı basımlar veya yazarın haklı ve doğru bulmadığı fazla basımlar gibi yüküm ihlallerinde derhal sözleşmeyi feshetme yetkisi vermektedir. Yine, tarafların birbirlerine karşı aşağılayıcı ve kırıcı sözler söylemeleri yüzünden de söz konusu güven ilişkisi, "sözleşmenin devamının beklenemeyecek düzeyde olması yüzünden" zedelenebilir. Zira, tarafların birlikteliklerinin olumlu etkilerinin ortadan kalkması sebebiyle sözleşmenin amacı tehlikeye girmektedir[1255].

Buna karşılık, sözleşmeyi fesheden taraf kendisinin uç kişilik yapısı sergileyen biri olması dolayısıyla kendi kusurlu davranışına dayanarak sözleşmeyi feshedemeyecektir[1256]. Diğer bir ifadeyle, güven ilişkisini kendi kusurlu davranışıyla zedeleyen kişiye fesih hakkı

[1253] BGH GRUR 1970, 40, 41; BGH GRUR 1974, 789; BGH GRUR 1977, 551, 553; BGH GRUR 1982, 41; BGH GRUR 1990, 443; OLG München ZUM 2000, 60; OLG München ZUM 1987, 279;OLG Köln GRUR 1986, 679; OLG Frankfurt ZUM, 1989, 39; OLG Hamburg ZUM, 1991, 45; SCHRICKER, 618; SCHACK, 463; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 12; ULMER, 476.

[1254] SCHACK, 463.

[1255] TROLLER, II, 918; PEDRAZZINI, 592; HILTY, Immaterial, 570; HILTY, Basler, 2100; SCHRICKER, 619; SCHACK, 463-464; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 12.

[1256] RGZ 112, 189; ULMER, 476; SCHRICKER, 619; SCHACK, 463-464.

tanınmamaktadır. Ancak, fesih hakkına götüren olgunun doğmasında, hak sahibinin kusurunun rol oynamış olması, bu olgunun kendiliğinden, mutlaka haklı sebep olarak nitelendirilmesini önlemez. Zira, haklı sebebe beyan sahibi tarafından sebebiyet verilmesi mümkündür. Ancak kusurlu olarak bu olguya sebebiyet verenin menfaati, menfaatler durumunun tartılmasında daha hafif olarak değerlendirilmesini gerekli kılabilir. Bu yüzden çoğu zaman dürüstlük kuralı, olguya kusuru ile sebebiyet verenden ilişkiye devam etmesini gerektirebilecektir[1257].

Buna karşılık, yazarın yayın sözleşmesine konu olan eseri hakkında yapılan olumsuz eleştiriler ve yorumlar yüzünden yayınlayanın sözleşmeyi feshetme yetkisi yoktur. Zira, yazarın kişiliğini ve yazarlık kalitesini sözleşmenin kurulmasından önce araştırma ve doğru olarak değerlendirme görevi yayınlayana aittir[1258].

Bu bağlamda fesih açıklamasında bulunan kişinin kişisel açıdan belirli bir olguyu haklı görmesi, başka bir deyişle tamamen "sübjektif bir haklı sebep", kriter olarak alınamaz. Bir olgu ancak objektif olarak, "borç ilişkisine devamı" çekilmez hale getiriyorsa haklı sebep olabilir. Aksi halde, hukuki ilişkilerin ortadan kaldırılması, beyan sahibinin keyfine bırakılmış olacaktır. Bu yüzden değerlendirme, çatışan menfaatlerden hangisine üstünlük tanınacağına karar vermektir[1259].

Dolayısıyla, TROLLER'in de vurguladığı gibi, her iki tarafın ortak menfaati sözleşmenin sona ermesini haklı kılacağı gibi, bazen haklı sebep, taraflardan birinden, karşı taraftan da kaynaklanabilir. Ancak, sözleşmeye haklı sebeple fesih hakkı tanımakta, bu durum bir sözleşme ihlali oluşturmadığı sürece, son derece çekinceli davranmak gerekmektedir[1260].

Yayınlatan ve yayınlayan arasında oluşan güven ilişkisi karşılıklı olarak birbirine saygı gösterme yükümü ile belirmektedir. Dolayısıyla, yayınlayan eser sahibinin aşırı iş yükü dolayısıyla ya da kişisel problemleri yüzünden yaratıcılık gücünün azalmasına saygı göstermek zorunda olduğu gibi aynı şekilde yayınlatan da yayınlayanın eserin basılması sırasında içinde bulunduğu dar boğaza karşı saygılı olmak zorundadır. Güven ilişkisi

---

[1257] SELİÇİ, 198; REHBİNDER, Urheberrecht, 336; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 215; SCHRICKER, 618; SCHACK, 463; HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENTLAND, §3-N.188 vd.; TROLLER, II, 918; HILTY, Immaterial, 570 vd; HILTY, Basler, 2100; BGH GRUR 1959, 51, 53.

[1258] OLG München ZUM 1992, 147, 150; RGZ 191, 474; SCHRICKER, 619.

[1259] SELİÇİ, 197.

[1260] Bkz. TROLLER, II, 918. BGB §314/II uyarınca, eğer haklı sebep aynı zamanda bir sözleşmeden doğan bir yükümün ihlali olarak oluşmuşsa, haklı sebeple sözleşmenin feshi, ancak fesih muhatabına verilen sürenin dolması veya ihtarın sonuçuz kalması halinde mümkündür. Bu hüküm ile yasa koyucu, borçluyu korumak için ona son bir süre verip, borçlunun sözleşmeye uygun olarak edimini ifa etmesi şansını ona son kez geri vermektedir. Haklı sebeple fesihle tanınan bu son süre, aynı zamanda sözleşmeden dönme halinde tanınan son süre ile uyumlaştırma amacı gütmektedir. KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 12; HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENTLAND, §3-N.191.

taraflardan birinin yükümlülüklerini ağır olarak ihlal ettiği takdirde zedelenebilir[1261].

Her somut olayda, yayınlayan ve yayınlatan arasındaki güven ilişkisinin yayın sözleşmesinin temel unsurunu, taraflardan biri için sözleşmenin devamının beklenemez düzeye getirecek ölçüde zedeleyip zedelemediği özenli bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bunun yanı sıra feshin, başka bir yolun mümkün olmaması ve beklenememesi göz önünde bulundurularak, bir son çare (ultima ratio) olmasına dikkat edilmelidir. Bu durum da özellikle, müzik yayını sözleşmeleri gibi uzun süreli sözleşme ilişkilerinin ayakta tutulması için korunmasında ortaya çıkmaktadır[1262]. Zira, sözleşmenin en ufak ihlalinin bu güven ilişkisini sarstığını söylemek mümkün değildir. Burada, ihlal edilen spesifik borcun tüm borç ilişkisini çekilmez hale getirip getirmediği irdelenecek ve ancak böyle bir durum saptanırsa haklı sebeple feshin yolu açılabilecektir[1263].

Haklı sebeple feshin şartları gerçekleştikten sonra, yayınlayan veya yayınlatanın fesih beyanı -herhangi bir süre tanınmasına gerek kalmadan (mehil tayini)[1264]- açıklamasıyla birlikte, sözleşme, dönmenin aksine, ileriye etkili olarak sona ermektedir[1265].

Eğer yayın sözleşmesi birden fazla eser için kurulmuşsa, bu eserlerden sadece birisi yüzünden sözleşmenin kısmi olarak feshedilmesi kural olarak mümkündür. Ancak, böyle bir durumda, Alman Yüksek Mahkemesi, taraflar arasındaki güven ilişkisi zedelenmişse, feshe konu olmayan diğer eserler açısından da sözleşmenin geri kalanının feshedilebileceğine karar vermiştir. Bu bağlamda, sözleşmenin geri kalanının dürüstlük kuralı uyarınca feshedilmesine karşı da sözleşmeyi kısmi fesheden taraf herhangi bir itiraz da bulunamayacaktır[1266].

Haklı sebeple sözleşmenin feshi, yayın sözleşmesi açısından söz konusu olan diğer sona erme sebeplerini, bu anlamda cayma veya dönmenin yolunu kapatmadığı gibi, haklı sebeple fesih hakkı sahibi diğer tarafa karşı ifa davası da açabilir veya borcun gereği gibi

---

[1261] SCHACK, 463. Ayrıca krş. TROLLER, II, 918; PEDRAZZINI, 592; HILTY, Immaterial, 570; HILTY, Basler, 2100; SELİÇİ, 192-194; ULMER, 475; RINTELEN, 424; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 215; REHBİNDER, Urheberrecht, 336.

[1262] OETKER, 271; OLG Celle ZUM 1986, 213, 217; OLG München ZUM 1992, 147, 151; BGH GRUR 1974, 789, 792; BGH GRUR 1982, 41, 45; BGH 1984, 754, 756; SCHRICKER, 619; HILTY, Basler, 2100; TROLLER, II, 918. Olağanüstü feshin, son çare (ultima ratio) doktrinine bağlanması, sadece tarafların ortak menfaatlerinin haklı olarak değerlendirilmesi yararına yapılmaz, aynı zamanda bu doktrin sayesinde feshedenin menfaatleri gözönünde bulundurularak, fesih muhatabına, sözleşmenin sona ermesine göre daha hafifleştirilmiş bir yol konusunda öncelik hakkı tanınır. OETKER, 271-272.

[1263] SELİÇİ, 202.

[1264] BGB §314/III, haklı sebeple feshe yetkili olan kişinin, fesih sebebi hakkında bilgi sahibi olduktan sonra, uygun bir süre içinde sözleşmeyi feshedebileceğini hükme bağlamıştır. Böylece, yasa koyucu, sözleşme ilişkisini belirsizlikten kurtararak, hızlandırma amacı gütmektedir. KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 17-18; HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENTLAND, §3-N.192.

[1265] KRÜGER, Münchener Kommentar, §314- N. 18-19; HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENTLAND, §3-N.188 vd.; SCHRICKER, 620; SELİÇİ, 156 vd.; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 215-217; ULMER, 475; JICKELİ, 318; REHBİNDER, Urheberrecht, 336.

[1266] SCHRICKER, 620.

yerine getirilmediği hallerde, borca aykırılıktan dolayı tazminat davası da açabilecektir[1267].

Feshin hukuki sonucu, feshin muhataba varması ile birlikte sürekli borç ilişkisinin sona ermesidir. Fesih, tüm borç ilişkisini hukuk sahasından silmez. Hukuki etkisi kendisini, tüm sürekli borç ilişkilerinden doğmakta olan edim borçlarının bundan böyle doğmasına engel olmakta gösterir[1268].

Yukarıda da belirtildiği üzere haklı sebeple fesihte, sözleşme ileriye etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Bunun anlamı, feshin işlemiş ifa süresi için sürekli ilişkiyi sona erdirmediği, feshin geçerli olacağı ana kadar doğan borçlara etki yapmadığıdır. Borç ilişkisinden doğup yerine getirilmiş olan edimler oldukları gibi kalacaklar, bunlar hakkında dönmede olduğu gibi borç ilişkisinin çözülmesi dolayısıyla doğacak geri verme borcu söz konusu olmayacaktır[1269].

2. Eser Sahibinin Kanaat Değişikliği

Eser sahibinin kural olarak, eserin çoğaltılması ve yayılmasında olduğu gibi eserin değerlendirilmesinde ve kullanılmasında da menfaati vardır. Ancak, eser sahibi bazen makul ve inandırıcı sebeplerle eserinde savunduğu görüşlerden uzaklaşabilir. Dolayısıyla, bu eserin kamuya sunulmasından doğan sorumluluğu artık taşımak istemiyor olabilir. Bu çerçevede, eser sahibinin eserin kullanılmasını yasaklamak istediği haller söz konusu olabilir. Örneğin, bilimdeki yeni gelişmeler sebebiyle artık güncelliğini kaybetmiş, aşılmış olan eserin yayılmasına izin vermesi eser sahibinden beklenemez[1270]. İşte bu gerekçelerle, Alman Hukuku'nda, UrhG §42'de eser sahibinin kanaat değişikliği yüzünden cayma hakkı özel olarak düzenlenmiştir. Fransız Hukuku'nda da, bu durum URG Art. L.121-4'de düzenlenmiştir.

UrhG §42/I uyarınca, eser sahibinden, eserin artık kendi kanaatine uygun olmaması

[1267] BGB §314/IV, bu konuda, feshin haklı sebeple feshe yetkili olan kişinin tazminat talep etme hakkını dışlamadığını içermektedir. Haklı sebeple fesih halinde, sözleşme ileriye etkili olarak sona erdiği için sözleşmeden dönmede olduğu gibi, tazminat talebinin yasal hüküm olarak yer alması gereksizdir. Zira, sözleşme ileriye etkili olarak sona erdiği için, tarafların, temerrütten kaynaklanan zararların giderilmesi hakkında sahip oldukları tazminat talepleri, şüphesiz varlığını korumaya devam edecektir. KRÜGER, Münchener Kommentar, §314- N. 21; HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENTLAND, §3-N.193.

[1268] SELİÇİ, 118; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 19-20; HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENTLAND, §3-N.186; ÖZ, 26; SEROZAN, İfa, §17-N. 13; BGE 89 II 301; BGE 78 II 36; JICKELİ, 318.

[1269] SELİÇİ, 119; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 19-20; HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENTLAND, §3-N.188 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, 383; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, 182; ÖZ, 26; JICKELİ, 318.

[1270] Bu satırlar, Alman Hukuku'nda eser sahibinin kanaat değişikliği yüzünden cayma hakkını düzenleyen UrhG §42'nin hükümet tasarısının gerekçesinde yer almaktadır. Bkz. SCHRICKER, 623; KNAAK,318.

yüzünden eseri değerlendirmesi beklenemiyorsa, eser sahibi yararlanma hakkı sahibine karşı cayma hakkını kullanabilir. Eser sahibinin halefleri sadece, eser sahibinin ölümünden önce cayma hakkını kullanmaya yetkili olacağını ancak bunu açıklayamadığını ispatlamak veya bunun eser sahibinin son arzusu olduğunu kanıtlamak şartıyla cayma hakkını kullanabilirler.

UrhG §42/II uyarınca, cayma hakkından önceden feragat edilemez ve cayma hakkının kullanılması da bertaraf edilemez.

UrhG §42'nin, eser sahibinin fikirleriyle bağdaşmaması yüzünden eserin değerlendirilmesine devam edilmesinin beklenemezliği üzerine kurulan bir hüküm olduğu için, anılan hüküm yazarın salt "kişilik haklarını koruyucu bir hüküm" olarak değerlendirilmiştir[1271]. Eser sahibinin fikirlerinde meydana gelecek değişiklik yüzünden sözleşmeden cayabilme imkanı, Alman Hukuku'nda bir anlamda kişilik haklarını koruyucu hükümlerin pozitif bir hükümle düzenlenmiş özel bir yansımasından ibarettir.

Kanaat değişikliği yüzünden yayın sözleşmesinden cayabilmek için gereken en temel maddi şart, eserin eser sahibinin görüşlerine artık uymaması, onun görüşlerini yansıtmaması dolayısıyla eser sahibinden eserini bu şekilde değerlendirmesinin artık beklenememesidir. Böyle bir kanaat değişikliği veya fikir ayrılığı, eser sahibinin eserinde ifade ettiği görüşlerden, sonradan yaptığı değerlendirmeler sonucu ulaştığı farklı bir görüşü, herhangi bir şekilde dile getirmesiyle oluşabilir. Ancak fikir ayrılığı, mutlaka doğrudan doğruya eser sahibinin kanaatinde, görüşlerinde meydana gelen değişiklikler yüzünden ortaya çıkmalıdır. Görüş değişikliği, eser sahibinin kişiliğinde, bilimsel, dini, politik, ahlaki, dünyevi ve estetik alandaki görüşlerinde söz konusu olabileceği gibi, eser sahibinin özel bazı entellektüel

---

[1271] UrhG §42'de yayın hukukunda da uygulanmaktadır. Eser sahibi, diğer hukuki imkanlarla, özellikle AYK §35'le birlikte, UrhG §42 de uygulama imkanına da sahiptir. ULMER, 474; FROMM/NORDEMAN, § 42-N.3; GAMM, §42-N.1; SCHRICKER, 623.
Ancak, sözleşmenin kurulmasından sonra, önceden öngörülen sebeplerin ortaya çıkması halinde AYK §35 yazara, çoğaltma işlemi başlayana kadar sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. Bu hüküm, politik veya ekonomik nitelikteki önemli ve özel durumların meydana gelmesi durumunda uygulanacaktır. Alman Hukuku'na göre, AYK §35 uyarınca yürürlükte hukuk uyarınca yazar, çoğaltma işleminin başlanmasına kadar, -diğer şartların da gerçekleşmesi şartıyla- sözleşmeden dönebilir. Ancak, söz konusu dönme, zaman açısından çoğaltma işleminin başlamasını dikkate alarak sınırlandığından, her zaman yeterli değildir. Bu anlamda, UrhG §42 çok daha geniş bir uygulama alanına sahiptir.
Ancak, AYK §35 her koşulda, çoğaltma işlemi başlayana kadar uygulama alanına sahipken, UrhG §42 bu aşamadan sonra da uygulanabilecektir. Her iki hükmün uygulama alanı birbiriyle çatışmamakta, ancak zamansal olarak birbirlerini tamamlamaktadırlar. SCHRICKER, 623; ULMER, 474.
Alman Hukuku'nda, eğer her iki hükmün de şartları yerine getiriliyorsa, cayma hakkına sahip olan kişinin bu iki imkan karşısında bir seçimlik hakka mı sahip olduğu, yoksa iki imkandan birinin öncelikli olarak uygulanıp uygulanmayacağı sorunsalında, doktrin hukuki sonuçlarının farklı olması dolayısıyla eser sahibinin bu konuda bir seçim hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 213; ULMER, 474; SCHRICKER, 623. Her iki hüküm de birbirlerinin uygulama alanlarını kapatmadığından, eser sahibi hangi hukuki imkandan yararlanmak istiyorsa onu seçebilecektir. SCHRICKER, 626.
Her iki hüküm arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SCHRICKER, 622 vd.; ULMER, 474 vd.

tutumlarında da meydana gelebilir[1272]. Ancak kural olarak, sadece eser sahibinin, artık o görüşten keyif almaması veya eserin kalitesinden memnun olmaması veya eserde sadece stil/tarz değişikliği istemesi fikir değişikliği yüzünden cayma hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan şartların yerine getirilmesi açısından yeterli değildir. Ancak, anılan hüküm bir anlamda "kanaat/görüş" değişikliğinin de yorumu sorunudur ve bu anlamda doktrinde de "dar" veya "geniş yorum"u benimseyen yazarlar olduğu gibi, bu konuda orta bir yolun bulunması gerektiğini de ileri sürenler vardır[1273].

Bu bağlamda, kanaat değişikliğinin, eserin bu şekilde kullanılmasını beklenemez hale getirmesi gerekir. Yani, objektif olarak menfaatlerin tartılmasında, eser sahibinin kişilik haklarının ihlali o kadar ağır olmalıdır ki, -yazarın ününe ve itibarına zarar verme anlamında- bu ihlal, caymayı haklı kılmalıdır[1274]. Doktrinde, özellikle, yazarın veya eser sahibinin politik, etik ve dini görüşlerinin ve yorumlarının taban tabana zıt olacak şekilde değişmesi bu kapsamda örnek olarak gösterilmektedir[1275]. Yine, eser sahibinin eserinde savunmuş olduğu görüşün, bugünkü bilimsel araştırmalardan sonra artık tutunabilir bir yanının kalmaması halinde de, eser sahibinin kanaatinin eserin yayılmasını engelleyecek derecede değiştiği kabul edilmelidir[1276].

İsviçre ve Türk Hukuku'nda, yazarın kanaat değişikliği sebebiyle "cayma hakkı", Alman ve Fransız Hukuku'ndan farklı olarak özel bir hükümle düzenlenmemiştir. Ancak, UrhG §42'yi karşılayan bir hüküm, Türk Hukukunda manevi haklara ilişkin bir hüküm olan FSEK m. 14/III'de düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, eser sahibi, eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise, eserin yayımlanmasını men edebilir. Ancak, FSEK'in anılan hükmünün kapsamı, UrhG §42'den çok daha dardır[1277]. Bu bağlamda doktrinde, yazarın veya eser sahibinin kanaat değişikliğinin sözleşmeyi feshe yol açabileceği kabul edilmektedir[1278].

Buna karşılık, İsviçre Hukuku açısından, "kanaat değişikliği" yüzünden yazara veya

---

[1272] FROMM/NORDEMAN, §42-N.4; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, §42-N.5; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 212; SCHRICKER, 624; GAMM, §42-N.5; KNAAK, 283; STRAUS, 318.

[1273] Bkz. GAMM, §42-N.5; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 212; FROMM/NORDEMANN, §42-N.4; MÖHRİNG / NİCOLİNİ, §42-N.5; SCHRICKER, 624.

[1274] FROMM/NORDEMAN, §42-N.6; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, §42-N.5; SCHRICKER, 624-625; GAMM, §42-N.6; HABERSTUMPF / HINTERMEIER, 212.

[1275] TROLLER, II, 918; PEDRAZZINI, 592; HILTY, Basler, 2100; HILTY, Immaterial, 570; HABERSTUMPF/ HINTERMEIER, 212.

[1276] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 212; STRAUS, 318.

[1277] Bkz. AYİTER, 219; EREL, 257; GİRİTLİOĞLU, 79-80.

[1278] TROLLER, II, 918; HILTY, Immaterial, 570, PEDRAZZINI, 592; HILTY, Basler, 2100; REHBİNDER, Urheberrecht, 136; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 906. TROLLER, yazarın kanaat değişikliğini de AYK §35 kapsamında değerlendirmekte ve dönmenin özellikle yazarın kanaat değişikliğinde bir rol oynadığını ve bunun da kıyasen İsviçre Hukuku açısından da uygulanabileceğini belirtmektedir. TROLLER, II, 918.

eser sahibine, Alman Hukuku'nda olduğu gibi, yazarın serbestçe kullanabileceği bir "cayma" hakkının tanınması için bir sebep olmadığını kabul eden yazarlar da mevcuttur. Böyle bir hakkın tanınması halinde, bu hakkın kullanılmasının tamamen eser sahibinin keyfine bağlı olacağı ileri sürülmektedir. Oysa, kurulmuş olan yayın sözleşmesinin böyle bir sebep yüzünden sona ermesine yol açacak ölçüdeki sebeplerin, zorlayıcı ve inandırıcı olması gereklidir. Bu çerçevede, yazara böyle bir cayma hakkının tanınmasıyla, sözleşmenin sona ermesine yol açacak sebeplerin ispatlanmasına bile gerek kalmayacaktır. Zira, yazarın kanaatinin değişmesinde, ayrıca bu sebeplerin inandırıcı ve zorlayıcı olmasının ispatlanması eşyanın doğasına aykırıdır. Ancak, yazar veya eser sahibi, kanaat değişikliği yüzünden sözleşmenin vaktinden önce sona ermesine sebep olursa, yayınlayana uygun bir tazminat ödemek zorunda kalacaktır[1279].

Kanaatimizce Türk Hukuku açısından, her ne kadar FSEK'de Alman Hukuku'nda olduğu gibi, eser sahibinin kanaat değişikliği dolayısıyla yayın sözleşmesinden cayabilme hakkı açık bir hüküm olarak düzenlenmemiş olsa da, eser sahibi, bu konuda haklı sebeple fesih hakkını kullanarak sözleşme ilişkisini sona erdirebilmelidir[1280]. Zira, eser sahibinin kanaat değişikliği yüzünden, eseri bu şekilde kullanılmasına devam etmesi ve özellikle sözleşme ilişkisine devam etmesi beklenemiyorsa, haklı sebep gerçekleşmiştir. Ancak, özellikle sözleşme ilişkisinin özelliği ve buna dayanan menfaat durumları ile söz konusu kanaat değişikliğinin kapsamı, yoğunluğu ve niteliği somut olaydaki tüm olgular dikkate alınarak değerlendirilmeli, tespit edilen olguların feshe yetkili olan kişi üzerinde nasıl etkili olduğu irdelenmelidir. Bu bağlamda, öncelikle TMK m. 2, dürüstlük kuralı merkez alınarak, fikir (görüş) değişikliği yüzünden, eser sahibinden artık eserini bu şekilde değerlendirmesinin beklenemeyecek durumda olması şartı aranmalıdır. Sonuç olarak, somut olayda, menfaatlerin objektif olarak değerlendirilmesi sonucunda, eser sahibinin ününün ve saygınlığının korunması perspektifinden bakıldığında, eserin bu şekilde değerlendirilmesinin kişilik haklarını ağır olarak ihlal ettiği saptanabiliyorsa, haklı sebeple fesih hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan haklı zeminin de oluştuğu kabul edilmelidir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, eser sahibi tarafından haklı sebeple fesih hakkının kullanılarak sözleşme ilişkisinin sona ermesi, yayınlayanın eser sahibinden tazminat talep etme hakkının kapısını kapatmamaktadır. Dolayısıyla yayınlayanın en azından, eser sahibinin sözleşmeden doğan borçlarını ifa edeceğine güvenerek yapmış olduğu masraflar eser sahibi tarafından karşılanmalıdır. Tazminat miktarı ve kapsamı hakkında UrhG §42/III özel bir hüküm

[1279] Bkz. PEDRAZZINI, 592.
[1280] Aynı yönde HILTY, Lizenzvertragsrecht, 906.

öngörmektedir. Türk Hukuku açısından da bu hükmün arkasında yatan ratio legisin kavranması ve bu mantık çerçevesinde tazminat miktarının belirlenmesinin menfaatler dengesine uygun olacağı kanaatindeyiz.

UrhG §42/III uyarınca, eser sahibi yararlanma hakkı sahibinin zararını uygun bir oranda tazmin etmek zorundadır. Bu tazminat en azından, cayma hakkı açıklanana kadar yararlanma hakkı sahibinin yapmış olduğu masrafları karşılamalıdır. Ancak her halükarda, yapılan masraflar, eserin kullanılması sonucu elde edilen yararlanmalar tarafından çoktan karşılanmışsa, bu masraflar dikkate alınmayacaktır.

Bu bağlamda, kanaat değişikliği yüzünden sözleşmeden cayma halinde, eser sahibinin karşılayacağı uygun tazminat miktarı, UrhG §41 ve FSEK m. 58'de öngörülen cayma hakkının kullanılmasında "hakkaniyet gerektirdiği hallerde uygun bir tazminat" miktarını da aşmaktadır. Zira, fikir değişikliği yüzünden sözleşmeden caymada uygun tazminatın ödenmesindeki amaç, tıpkı bir maddi tazminat kalemi gibi malvarlığında meydana gelen azalmayı telafi etmektir[1281]. Bu sonuç, sözleşmeden caymanın tamamen eser sahibinden kaynaklanan sebepler dolayısıyla ortaya çıkmasıyla da açıklanabilir. Eser sahibi, kendi riziko alanına giren bir sebepten dolayı cayma hakkını kullanabilirse de, en azından sözleşmenin karşı tarafının bu sözleşmenin yerine getirileceği inancıyla geleceğe yönelik olarak yapmış olduğu masrafları karşılayarak, zararını tazmin etmelidir. Ancak, yayınlayanın yapmış olduğu bu masraflar, eserin kullanılması sonucunda elde ettiği kazanç ile karşılanmışsa, yapılan masraflar, karşılandığı ölçüde dikkate alınmamalıdır. Zira, bu anlamda yayınlayanın tazmin edilmesi gereken bir zararı yoktur.

UrhG §42/IV, cayma hakkının hükümlerini doğuracağı an konusunda özel bir düzenleme getirmektedir. Anılan hüküm uyarınca, cayma hakkı, en erken eser sahibinin masrafları karşıladığı anda veya bu konuda bir teminat verdiği anda hükümlerini doğurur. Yararlanma hakkı sahibi, cayma hakkının ileri sürülmesinden sonraki 3 aylık süre içinde, eser sahibine masrafları bildirmek zorundadır. Eğer bu yükümlülük yerine getirilmezse söz konusu sürenin dolmasıyla birlikte cayma hakkı hükümlerini doğuracaktır. Bu hüküm, aslında eser sahibinin kanaat değişikliği yüzünden kendisine hukuk düzeni tarafından tanınan cayma hakkının yayınlayan üzerinde yaratacağı olumsuz ve adaletsiz sonuçları önlemek adına, yayınlayan lehine getirilen bir hükümdür. Dolayısıyla, eser sahibi ancak masrafları karşıladığı veya bu konuda bir teminat verdiği anda cayma hakkının etkilerinden yararlanabilecektir. Söz konusu hükmün, Türk Hukuku açısından da, eser sahibinin yayınlayanın uğradığı zararın

[1281] Bkz. FROMM/NORDEMANN § 42; SCHRICKER, 623; GAMM, §42-N. 9; STRAUS, 318.

tazmini aşamasında, dikkate alınmasının menfaatler dengesine uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Kanaat değişikliği yüzünden sözleşme haklı sebeple feshedildiğinde, diğer bir ifadeyle Alman UrhG §42 uyarınca, cayma hakkının kullanılmasıyla birlikte, sözleşme ilişkisi -eğer çoğaltma işlemi başlamışsa- ileriye etkili olarak sona erecek ve yayın hakkı da başka herhangi bir ek işleme gerek kalmaksızın, kendiliğinden eser sahibine geri dönecektir.

Bu çerçevede, sürekli bir sözleşme olan yayın sözleşmesinin ileriye etkili olarak sona ermesiyle birlikte, yayınlayanın o ana kadar elde ettiği yararlar kendisinde kalacak ve bu yararların elde edilebilmesi için yapılan masrafların tazmin edilmesi de eser sahibinden talep edilemeyecektir. Ancak, cayma hakkının kullanılmasıyla birlikte, eser sahibi tarafından eserin kullanılmasının yasaklanması yüzünden yayınlayanın elde edemediği ve yayınlayanın sözleşmenin ileride ifa edileceğine güvenerek yaptığı masraflar tazmin edilecektir. Örneğin, yayınlayan eser nüshalarını çoğaltmış, ancak eser sahibinin cayma hakkını kullanmasıyla bu nüshaların yayılması yasaklanmışsa, çoğaltma masrafları veya ileride piyasaya sürülecek olan eser için reklam masrafları yapılmışsa, bu reklam masrafları tazmin edilecektir[1282].

UrhG §42/V, cayma hakkının kötüye kullanılmasını engellemek için[1283], eser sahibinin cayma hakkını kullandıktan sonra, eseri tekrar değerlendirmek istemesi halinde, önceki yayınlayan lehine bir hüküm öngörmektedir. Sözkonusu hüküm uyarınca, eser sahibi, cayma hakkı kullandıktan sonra eserini yeniden değerlendirmek isterse, önceki yararlanma hakkı sahibine makul koşullar altında sözkonusu yararlanma hakkını teklif etmekle yükümlüdür. Bu hükmün, Türk Hukuku açısından da gözönünde bulundurulması gerektiğini düşünüyoruz.

3. Sonradan Ortaya Çıkan Öngörülemez Nitelikteki Özel Olgular

a. Genel Bakış

Borç ilişkisini çekilmez hale getirebilecek olguların mutlaka taraflardan birinin davranışından doğması gerekmez. Tarafların davranışı dışında onunla hiç ilgisi olmayan bazı olgular, sürekli borç ilişkisi üzerinde etkili olabilirler. Özellikle sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olan şartlardaki değişikliklerin borç ilişkisini çekilmez hale getirmeleri mümkündür[1284]. Başka bir ifadeyle, sürekli borç ilişkilerinde de tarafların, sözleşmenin kurulduğu sırada bu unsurları bilmiş olsalardı, dikkate alacakları, önceden öngörülemeyen

[1282] Bkz. SCHRICKER, 626; STRAUS, 318.
[1283] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 213.
[1284] SELİÇİ, 194; TROLLER, II, 918; HILTY, Immaterial, 570; HILTY, Basler, 2100.

özel durumlar, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkabilir. Sözkonusu öngörülemeyen özel durumlar da, sözleşmenin olağanüstü feshine neden olmaktadır[1285].

Ancak, hemen vurgulanmalıdır ki, bazen, sözleşmenin kurulduğu sıradaki olguların sonradan değişmeleri -her ne kadar işlem şu veya bu taraf için daha karlı veya daha zararlı bir gelişme gösterse de- tarafların katlanmak zorunda kalacakları fedakarlık sınırı içinde yer alabilir. Ancak, ağır hallerde, ortaya çıkan durum dolayısıyla bir sözleşme tarafından ilişkiye devam etmesini istemek "dürüstlük kuralına" aykırı düşecekse, haklı sebep vardır denilebilecektir. Böylece ancak, objektif şartların sözleşmeye devamı tahammül edilmez bir sertliğe götürdüğü hallerde, bu gelişme hukuken dikkate alınacaktır. Bu yüzdendir ki, haklı sebeple fesih hükümleri içlerinde özel ve istisnai bir karakter taşırlar[1286].

b. Sonradan Ortaya Çıkan Öngörülemez Nitelikteki Özel Olguların İşlem Temelinin Çökmesine Yol Açması

Sonradan ortaya çıkan öngörülemez nitelikteki özel olguların haklı sebeple feshe neden olması, ilk planda akla "işlem temelinin çökmesi" kurumunu getirmektedir. Zira, yayın sözleşmesi, sözleşme taraflarına hem maddi hem de manevi açıdan ağır sonuçlar getirebilen, sürekli bir borç ilişkisi kurmaktadır. Yazarın (yayınlatanın) borcu, sadece kişisel hakimiyeti altındaki fikri yaratıcılığını, yayınlayana yayınlamak için bırakmaktır. Bu eserin çoğaltılması ve yayılmasıyla, eser sahibi bilimsel, sanatsal, edebi ve hatta insani açıdan ününü, kamuya sunmaktadır. Diğer taraftan, yayınlayan eserin yayılmasını kendi hesabına üstlenme borcu altındadır. Eserin çoğaltılabilmesi veya üretilebilmesi için, yayınlayan önemli ölçüde sermaye kullanmak zorundadır. Bu bağlamda, bu sermayenin, değişen koşulların ortaya çıkmasıyla birlikte kaybedilebileceğini de önceden görmek kesinlikle mümkündür[1287].

Bu çerçevede, eserin başarı şansının olmaması veya yayınlayanın sermayesinin kısıtlı azalması yüzünden yayın programının kısıtlanmak zorunda kalması gibi, sözleşmenin kurulmasından sonra, beklenmeyen gelişmelerin meydana gelmesi üzerine, yazarın hala sözleşmenin ifa edilmesi talebine karşı yayınlayanın ileri sürebileceği itiraz/itirazlarının olup olmadığı, varsa hangi itirazların söz konusu olabileceği sorunu gündeme gelmektedir. İşte, yukarıda bahsedilen şartların gerçekleşmesi şartıyla, yayınlayan "işlem temelinin çökmesi" kuramına dayanabileceği gibi, yayınlatana da bu hak tanınmaktadır[1288].

[1285] KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 12.
[1286] Sürekli borç ilişkilerinde belirli bir olgunun ortaya çıkması dolayısı ile ilişkiye devamın ne zaman dürüstlük kuralına aykırı düşeceğini değerlendirirken, bu ilişkilerin niteliği göz önünde tutulmalıdır. SELİÇİ, 196.
[1287] SCHRICKER, 602.
[1288] ULMER, 472; SCHRICKER, 608; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 165; DELP, 31; SCHRICKER, 613;

Pacta sund servanda (ahde vefa) ilkesi ile clasula rebus sic stantibus (beklenilmeyen hal şartı)[1289] ilkesi arasındaki paradoks özellikle Almanya'da ikinci dünya savaşından sonra doktrin ve mahkeme içtihatlarıyla geliştirilen "Geschäftsgrundlage" "işlem temelinin çökmesi" kuramıyla aşılmaya çalışılmıştır.

Doktrinde, sözleşmenin yapıldığı zamandaki durumların değişmemesi örtülü şartıyla yapıldığı varsayılır. Clasula rebus sic stantibus görüşü özellikle Alman Hukuku'nda örtülü şart olmaktan çıkarılıp objektif temellere dayandırılmış ve böylece ortaya işlem temeli görüşü çıkmıştır. Sözleşmenin işlem temeli, belirli olguların varlığına veya gelecekte gerçekleşeceğine ilişkin olup, sözleşmenin kuruluşunu etkilemiş ortak tasavvurlardan oluşur[1290].

İşlem temelinin çökmesi sorunu, genelde taraflarca önceden görülememiş olup, yasaca da seçilememiş olan beklenmedik (sürpriz) gelişmelerin beraberinde gelen rizikoların sözleşenler tarafından hakça taşınması ya da paylaşılması sorunudur. Başka bir ifadeyle, işlem temelinin çökmesinde sorumluluk değil de sadece "risk aktarımı" veya paylaşımı söz konusudur[1291].

BK ve TMK'da işlem temelinin çökmesi halinde sözleşmenin çözülebilmesi veya değiştirilebilmesi konusunda pek az kurala rastlanır. Sözleşmenin temelini teşkil eden, onun üzerine anlaşmanın dayandığı ve karşılıklı edimlerin tayin olduğu edim ve karşı edim arasındaki dengenin, taraflardan biri için artık çekilmez, katlanılmaz biçimde bozulduğu ve ortadan kalktığı hallerde, işlem temelinin çökmesi söz konusudur. Bu durumda, sözleşme ya değişen koşullara uydurulmalı ya da çözülüp kaldırılabilmelidir[1292].

İşlem temelinin çöktüğünü kabul edebilmek için en başta varlığı aranacak koşul, beklenmedik (sürpriz) olgunun eğer baştan mevcut olsaydı esaslı temel hatası (işlem temelinin baştan eksikliği) nedeniyle sözleşmeyi BK m. 24/4 uyarınca iptale elverişli sayılabilecek bir ağırlık taşımasıdır. Ancak, işlem temelinin sözleşmenin kuruluşundan sonra çöktüğünün kabul edebilmek için, işlem temelinin baştan eksikliği ile ilgili ölçütlerle de yetinilemez. Ayrıca şu

---

RINTELEN, 435; PEDRAZZINI, 592; HILTY, Immaterial, 570-571; TROLLER, II, 918-919.

[1289] Sözleşme yapıldığı sırada mevcut olan şartlar önemli ölçüde değişmişse artık taraflar bu sözleşmeyle bağlı olmamalıdır. Bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, 1005 vd.; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 3.

[1290] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1005; KRÜGER, Münchener Kommentar, §313-N. 4-5; HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENTLAND, §3-N .174-175.
SCHRICKER, 608 vd.

[1291] SEROZAN Rona, İfa, ifa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002, 220. Ayrıca bkz. KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 28 vd.; HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENTLAND, §3-N .176.

[1292] TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1006; KRÜGER, Münchener Kommentar, §313-N. 76 vd SEROZAN, İfa, 228; HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENTLAND, §3-N.177-178.

ek koşullar da aranır: Beklenmedik (sürpriz) gelişme, önceden kestirilememiş ve göze alınmamış bir gelişme olmalıdır. Bu olumsuz gelişme işlem temelinin çöktüğünü ileri süren kişinin yüzünden veya onun etki alanından kaynaklanan bir nedenle gerçekleşmemiş bulunmalıdır. Ayrıca, somut riziko, yasa veya sözleşme gereği, belirli bir sözleşenin risk alanına dahil sayılmamalıdır. Son olarak, beklenmedik olayla beklenti ve tasarım arasındaki ayrım (sapma) o denli çarpıcı (belirgin) olmalıdır ki, bunu görmezlikten gelmek dürüstlük kuralına uygun düşmemelidir[1293].

İşlem temelinin çökmüş olduğu, bütün bu sıkı koşulların filtresinden süzülen somut sözleşme adaletine ilişkin değer yargısıyla (pek ender durumlarda) saptanınca, ilk önce sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına çalışılır. Emprevizyonda ilk çare "revizyon"dur. Edimlerle oynamakla durum kurtarılabilecek gibi değilse, o zaman "son çare" olarak yerine göre, dönme ya da fesih yoluna başvurulabilir[1294].

Doktrin ve mahkeme kararlarıyla geliştiren "işlem temelinin çökmesi" kurumu, BGB §313 ile pozitif bir hüküm olarak düzenlenmiştir. BGB §313/I uyarınca, "Sözleşmenin temelini oluşturan olgular, sözleşmenin kurulmasından sonra önemli ölçüde değişmişse ve taraflar, bu değişiklikleri öngörebilselerdi, bu sözleşmeyi hiç kurmayacak veya farklı bir içerikle kuracak idiyseler, somut olayın tüm olguları, özellikle yasal ve sözleşmesel risk dağılımı dikkate alındığında taraflardan biri açısından sözleşmeye değiştirilmemiş haliyle bağlı kalmak artık kendisinden beklenemez derecede ise, sözleşmenin uyarlanması talep edilebilecektir".

BGB §313/II uyarınca, sözleşmenin temelini oluşturan esaslı tasavvurların yanlış değerlendirilmesi de, olguların sonradan değişmesiyle aynı hükümlere tabidir. BGB §313/III'e göre, sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse veya bir taraf için beklenemez nitelikte ise, bundan olumsuz etkilenen taraf sözleşmeden dönebilecektir. Sürekli borç ilişkileri açısından dönmenin yerini fesih alacaktır.

Aslında tıpkı haklı sebeple feshi düzenleyen BGB §314 gibi, işlem temelinin çökmesini düzenleyen BGB §313'ün de, doktrin ve mahkeme içtihatları tarafından oluşturulup geliştirilen kuramın pozitif metne yansımasından ibaret olduğu söylenebilir.

[1293] SEROZAN, İfa, 225; KRÜGER, Münchener Kommentar, §313-N. 28, 68 vd.; HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENTLAND, §3-N .176.

[1294] Bkz. SEROZAN, İfa, 228; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 3, 102-103; HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENTLAND, §3-N .178 .

c. Haklı Sebeple Fesih İle İşlem Temelinin Çökmesi Arasındaki İlişki

İşlem temelinin çökmesi ile haklı sebeple fesih kurumları arasındaki ilişki dikkat edilmesi gereken bir noktadır. Zira, sözleşmeye aykırılık gibi bazı fesih sebepleri işlem temelinin çökmesi kurumunun devreye girebilmesi için gereken şartları karşılamamaktadır. Dolayısıyla, böyle bir ihtimalde sadece fesih söz konusu olacaktır. Ancak, olayların büyük çoğunluğunda haklı sebeple fesih nedeni aynı zamanda işlem temelinin zedelenmesine yol açmakta, başka bir ifadeyle, kural olarak işlem temelinin çökmesi aynı zamanda haklı sebeple fesihteki "haklı sebep" kavramının şartlarını da karşılamaktadır. Dolayısıyla, haklı sebeple fesih ile işlem temelinin çökmesi kurumlarının uygulama alanı -istisnai haller dışında- çoğunlukla birbiriyle çakışmaktadır[1295]. Başka bir deyişle, her iki kurum da, az çok bir haklı sebep aramaktadır, ancak işlem temelinin çökmesi kurumu doğal olarak, ortaya çıkan sorunların daha çok "işlem temeli"ni dikkate almaktadır[1296].

İşlem temelinin çökmesine bağlanan hukuki sonuçlar, sözleşme ilişkisi bir sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğu sürece -ki bu yayın sözleşmesinde ana kuraldır- feshin sonuçları ile aynı olacaktır. Böylece, sözleşmenin uyarlanma yoluyla ayakta tutulması hariç tutulursa ve dürüstlük ve güven kuralı sözleşmenin tasfiyesini haklı göstermiyorsa, sözleşmenin feshi ve işlem temelinin çökmesine bağlanan sonuçlar arasında fark olmayacaktır. Sürekli bir borç ilişkisinde, işlem temeli zedelenmişse, sözkonusu olabilecek tüm imkanların yanında taraflardan birine bu sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirme imkanı da tanınmalıdır. Bu anlamda, tarafların bunu işlem temelinin çökmesine dayandırması veya bunu haklı sebeple fesih olarak deklere etmelerinin pratik bir önemi yoktur[1297]. Bu bağlamda, işlem temelinin çökmesi ve haklı sebeple fesih arasındaki fark, haklı sebebin hukuki sonucunun kesin olmasına karşılık, işlem temelinin çökmesinde öncelikli olarak "sözleşmenin yeni şartlara uydurulması" imkanıyla sözleşme ayakta tutulmaya çalışılması eğer bu mümkün değilse sözleşmenin ortadan kaldırılmasıdır[1298]. İşlem temelinin çökmesinde sıkı bir derecelendirme

---

[1295] Bkz. KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 12; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 902; SCHRICKER, 626; İşlem temeli teşkil eden durum ve ilişkilerin yokluğu veya çökmesi, sürekli borç ilişkilerinde, haklı sebep doğurabilecek olgular şeklinde görülmektedir. Ancak, haklı sebep, taraf davranışlarını da kapsayan daha geniş ve girift bir kavramdır. SELİÇİ, 195-196.

[1296] HILTY, Lizenzvertragsrecht, 902.

[1297] SCHRICKER, 626; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 12.

[1298] Bkz. SELİÇİ, 194 vd. ; KRÜGER, Münchener Kommentar, §313-N. 102; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 903; SEROZAN, İfa, 225 vd.; HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENTLAND, §3-N .178; SCHACK, 463. Zira, işlem temelinin çökmesinin hukuki sonuçları uygulanırken, meydana gelen rizikonun, asıl sözleşme ilişkisine mümkün olduğu kadar az müdahale edilerek, taraflar arasında adilce paylaştırılması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla, bu amaca ulaşmak için hakime hukuki sonucu belirlemesi açısından büyük bir takdir hakkı ve esneklik verilmiştir. Dolayısıyla, öncelikli olarak sözleşmenin mümkün olduğu kadar ayakta tutulması için, taraf yükümlülüklerine mümkün olduğu kadar az müdahale edilmesine çalışılmalıdır. Ancak, son çare olarak, sözleşme sona erdirilmelidir. Bkz. KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 102.

vardır. İşlem temelinin çökmesi, sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı hallerde, sözleşmenin feshine izin vermektedir. Bu yüzden, somut olayın öncelikli olarak işlem temelinin çökmesine göre çözülmesi gerektiği kabul edilmektedir[1299].

Ancak, şu nokta vurgulanmalıdır ki, hem haklı sebeple sözleşmenin feshi, hem de işlem temelinin çökmesi dolayısıyla sözleşmenin sona ermesi, ikinci derecede başvurulabilecek olan hukuki imkanlardır. Başka bir ifadeyle, eğer yasada bu kapsamda değerlendirilecek bir durum özel olarak düzenlenmişse, bu durumda tüm borç ilişkileri için geçerli olan "işlem temelinin çökmesi" ve "haklı sebeple fesih" kurumları ikincil nitelikte olacaktır[1300]. Zira, yasa koyucu bu özel hükümleri, taraflar arasındaki ilişkide, her iki tarafın menfaatlerini dikkate alarak özel bir şekilde düzenlemiştir. Sonuç olarak, her ne kadar işlem temelinin çökmesi kuramı, kural olarak doktrinde[1301] yayın hukuku ve yayın sözleşmesi açısından da kabul edilse ve uygulama alanına sahip olsa da, yayın sözleşmesi açısından haklı sebeple sözleşmenin olağanüstü feshine dayanılarak sözleşmenin sona erdirilmesi, işlem temelinin çökmesine nazaran daha büyük bir rol oynamıştır. Özellikle, uzun süreli müzik yayını sözleşmelerinde olduğu gibi sürekli borç ilişkilerinde haklı sebeple fesih yolu tercih edilmektedir[1302].

d. Sonradan Ortaya Çıkan Öngörülemez Nitelikteki Özel Olgular Yüzünden İşlem Temelinin Çökmesi Olgusunun Gerçekleşmesi ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Sonuçlar

Yayın sözleşmesi açısından işlem temelinin çökmesi hakkında doktrinde klasik bir örnek verilmektedir. Söz konusu örneğe göre, yeni çıkarılacak olan bir kanunla ilgili olarak hazırlanacak olan şerh konusunda bir yayın sözleşmesi yapılmış, ancak daha sonra tüm beklentilerin tersine ilgili kanun yürürlüğe girmemiştir. Bu bağlamda, sözleşme tarafların, kanunun yürürlükte olacağına dair "ortak tasavvurları" çökmüştür, ki bu sözleşmenin sübjektif temelini[1303] oluşturmaktadır. Eğer, aynı sorun ve konu hakkında başka bir kanun

[1299] KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 12.
[1300] SCHRICKER, 626.
[1301] ULMER, 472; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 165; DELP, 31; SCHRICKER, 613; RINTELEN, 435; PEDRAZZINI, 592; HILTY, Immaterial, 570-571; TROLLER, II, 918-919.
[1302] SCHRICKER, 611 vd.
[1303] Alman doktrininde işlem temelinin çökmesi LARENZ tarafından ortaya atılan "sübjektif işlem temeli" (subjektive Geschäftsgrundlage) ve objektif işlem temeli (objektive Geschäftsgrundlage) perspektifinden incelenmektedir. Sübjektif işlem temeli ile her iki tarafın sözleşmenin yapılmasında hareket ettikleri ve yine her iki tarafın kararları için önemli olan ortak tasavvurlar anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, tarafları sözleşme yapmaya iten ortak tasavvurlar sübjektif işlem temelini oluşturmaktadır. Bu ortak tasavvurların her bir tarafı etkilemesi ve söz konusu durum bilinseydi makul şekilde düşünüldüğü zaman, tarafların sözleşmeyi hiç veya bu nitelikte yapmayacakları derecede önemli olması gerekir. Objektif işlem temeli ise, sözleşmenin, tarafların

kabul edilmişse, ilk yayın sözleşmesine konu olan kanun yerine, yeni kanuna göre sözleşmenin uyarlanması ve hatta sözleşmenin bu kanun üzerine kurulması daha yakın bir ihtimaldir. Ancak, eğer yasa koyucu, yazarın uzmanlık alanının dışında kalan, tamamen farklı bir alanda ve şekilde bir kanun üzerinde çalışıyorsa, yayınlayan yayınlatandan yine de sözleşmenin yeni kanuna göre uyarlanmasını talep edemeyecektir. Örneğin, özel hukuk alanında yapılan bir düzenleme yerine kamu hukuku çerçevesinde bir düzenleme getirilmişse, yayınlatana bu konuda sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanınmalıdır. Ancak, eğer çok uzun süreden beri yürürlükte olan bir kanunun yorumlanması (Şerh) hakkında bir yayın sözleşmesi yapılmasına rağmen sonradan bu kanunun hiç öngörülemeyen bir şekilde iptal edilmesi söz konusu olursa, burada da işlem temelinin objektif olarak değiştiğini görmek mümkündür. Zira, tarafların sözleşmenin temeli konusunda uzlaştıkları bir nokta, sonradan hiç öngörmedikleri bir şekilde, tamamen onların risk alanlarının ve etki alanlarının dışında kalan ve oluşan bir sebep dolayısıyla değişmiştir[1304].

Alman Yüksek Mahkemesi[1305] kararına konu olan uzun süreli bir müzik yayını sözleşmesinde, mahkeme, bu konuda ilgi çekici tespitleri ile yayınlayanı koruyan bir yargıya ulaşmıştır. Mahkeme, ekonomik durumun değişmesinin her zaman işlem temelinin çökmesi olarak değerlendirilemeyeceğini vurgulayarak, aksine karara konu olan olayda, sadece çok uzun süreli bir müzik yayını sözleşmesinde, taraf yükümlülüklerinin bu süreç içinde farklı bir şekilde biçimlendirilmesi, somutlaştırılmasının söz konusu olduğunu belirtmiştir. Müzik eserinin koruma süresinin çok uzun bir süre olması ve toplumun müzik anlayışının ve zevkinin değişmesi karşısında, harcanan ciddi emeğin ve yapılacak masrafların faydasız kalacağı durumlarda, yayınlayanın sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin ifa edilmesi hakkında açılan davada, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin içeriği kapsamında, yayınlayanı hala piyasa değerini ve sürüm imkanını kaybetmiş bir eser hakkında, ifaya zorlamak gerektiğine, olumlu bir yanıt verilemez. Yayınlayan işin ekonomik rizikosunu taşıdığından, belirli eski bir eseri, yeni eğlence sektörü açısından yeniden piyasaya yayıp

---

izledikleri amaca uygun olarak anlamlı bir düzenleme niteliğini sürdürebilmesi için, objektif yönden var olması ya da devam etmesi gereken durumların tümü anlaşılır. Her sözleşmede, bulunmadığı takdirde sözleşmenin hiç bir anlam taşımayacağı unsurlar ve genel durumlar vardır. Tarafların bu durumları bilip bilmemeleri, önemli değildir. Her iki kavram da işlem temelinin çökmesi yönünden aynı hükümlere tabidir. Zira, sübjektif işlem temelinin çöktüğü her halde objektif işlem temeli de çökmüştür. Ancak, ikisi arasındaki fark şu noktada ortaya çıkmaktadır ki, sübjektif işlem temelinin çöktüğü hallerde ayrıca objektif işlem temelinin de çökmesi aranmamaktadır. Ancak, hakim sübjektif işlem temelinin olmadığı veya kesin olarak tespit edilemediği hallerde objektif işlem temelinin çöküp çökmediğini araştırır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976, 34 vd.; KRÜGER, Münchener Kommentar, §313-N. 41-42 vd.

[1304] SCHRICKER, 610.

[1305] BGH, GRUR, 1970, 40.

yaymamaya da yayınlayan karar vermek zorundadır. Eğer bu kapsamda harcanan tüm çabalara rağmen, yayınlayanın yapılan masrafları haklı olarak taşıması beklenemezse ve eserin değerlendirilmesi ekonomik açıdan hiç makul görülmüyorsa, yayınlayanın eseri yaymaktan kaçınması sözleşmesinin ihlal edilmesi anlamına gelmez. Mahkeme, bu durumu "sözleşmenin yorumu" olarak nitelendirmiştir. Zira, yayınlayanın amaca uygun ve alışılmış ölçülerde yayma borcu, yayınlayana aynı zamanda, piyasadaki ekonomik olaylara ayak uydurma konusunda makul bir takdir alanı da bırakmaktadır. Bu bağlamda, sözleşme yükümlülüğünün esnek olarak yorumlanmasıyla söz konusu sorun çözülebildiği ölçüde, yayınlayanın işlem temelinin çökmesine dayanmasına gerek yoktur.

Mahkemenin belirtmiş olduğu gerekçeler çerçevesinde, yazar için yeterli olmayan kullanma dolayısıyla UrhG §41 uyarınca cayma hakkı veya AYK §17 uyarınca bir dönme hakkı tanınmalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, yasada açıkça öngörülen özel hukuki imkanlar öncelikli olarak uygulama alanına sahipken, işlem temelinin çökmesi ikincil niteliktedir[1306].

Yine, Alman Yüksek Mahkemesinin verdiği bir kararda, edebiyat eserlerinden oluşan bir ortak eserin derleyeninin, sözleşme ile kararlaştırılan telif ücreti talebi karşısında, mahkeme yayınlayanın, eserin sürümünün düşmesini veya kendisinin ekonomik ilişkilerini ileri sürerek, işlem temelinin çökmesine dayanamayacağını hükme bağlamıştır[1307].

AYK, işlem temelinin çökmesi kuramının yayın sözleşmesi açısından özel olarak düzenlendiği iki ayrı hükme yer vermiştir. AYK §35, yazar için, sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartlar yüzünden sözleşmeden dönmenin mümkün olup olamayacağı, olursa, dönmenin hukuki sonuçlarının ne olacağı hakkında özel bir hükme yer vermiştir. AYK §18 de, yayınlayana, sözleşmenin kurulmasından sonra, eserin hizmet ettiği amacın çökmesi halinde, sözleşmeyi feshetme yetkisi vermiştir. Anılan hüküm uyarınca, şerhedilen bir kanunun, parlamento tarafından kabul edilmemesi üzerine eserin değerini kaybetmesi, teknik bir proje aleyhine yazılan bir teknik bilirkişi raporunun, sözkonusu projenin uygulanmasıyla birlikte konusuz kalması, bir tören hakkında yazılan yazının törenin yapılmaması üzerine amacını kaybetmesi, aktüel bir sorun hakkında yazılan makalenin, konunun güncelliğini kaybetmesi dolayısıyla, artık ilgi çekmemesi halinde, yayın sözleşmesinin özel amacı çöktüğü için yayınlayan sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirebilecektir. Ancak, yine anılan hüküm uyarınca, yayınlayan sözleşmeyi feshetse dahi, yazarın telif ücretine ilişkin

[1306] SCHRICKER, 612.
[1307] BGH, GRUR 1954, 129, 131.

talep hakkı saklı kalacaktır[1308].

İsviçre Hukuku açısından AYK §35'in kıyasen uygulanabileceği kabul edilmekte ve bu konu hakkında Alman kaynaklarına atıfta bulunulmaktadır[1309]. Bu bağlamda, biz de AYK §35'in şartlarını inceleyerek, yayın sözleşmesi hakkında getirilen bu özel hükme yer vermenin uygun olacağı görüşündeyiz.

AYK §35/I'e göre, "çoğaltma işlemi başlayana kadar, sözleşmenin kurulduğu anda öngörülemeyen ve bu sebepleri bilseydi ve durumu makul bir şekilde değerlendirseydi, yazara eseri yayınlamaktan alıkoyduracak sebeplerin ortaya çıkması halinde, yazar sözleşmeden dönmeye yetkilidir. Yayınlayanın yeni bir bası yapmaya yetkili olduğu durumlarda, aynı hüküm, yukarıda belirtilen şartlar dikkate alınarak (mutatis mutandis) uygulanacaktır".

AYK §35/II uyarınca, "Eğer yazar, sözleşmeden yukarıda öngörülen şartlara uygun olarak dönmüşse, yayınlayanın yapmış olduğu masrafları karşılamak zorundadır. Eğer yazar, sözleşmeden döndükten sonra bir yıl içinde eseri başka bir yerde yayınlarsa, sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla tazminat ödemekle yükümlüdür. Ancak, tazminat talebi, yazarın sözleşmenin ifasını öncelikle yayınlayana teklif etmesine rağmen, yayınlayanın bu teklifi kabul etmemesi üzerine söz konusu olmaz".

AYK §35 incelendiğinde, hükmün değişen koşullar yüzünden dönme hakkını sadece yazara tanıdığı dikkati çekmektedir[1310]. Yazarın AYK §35 uyarınca, değişen koşullar yüzünden yayın sözleşmesinden dönebilmesi birtakım şartların varlığına bağlıdır. Bu bağlamda, öncelikle eserin çoğaltılmasına henüz başlanmamalıdır. Eserin çoğaltılmasına başlama, eser nüshalarının üretimine başlanmasıyla birlikte başlar[1311]. Yine, aranması gereken bir diğer koşul, sözleşmenin kurulmasından sonra, sözleşmenin kurulduğu anda kesinlikle söz konusu olmayan yeni değişikliklerin ortaya çıkmasıdır. Eğer, sözleşmenin kurulduğu anda

---

[1308] Buna karşılık, yayın işinin ticari rizikosunu yayınlayan taşıdığından, eserin sürümünün düşmesi, yayınlayana sözleşmeyi fesih hakkı vermez. Bkz. REHBİNDER, Urheberrecht, 335-336; ULMER, 473; HABERSTUMPF/ HINTERMEIER, 214-215; SCHRICKER, 421-422; SCHACK, 463.

[1309] Bkz. TROLLER, II, 918; HILTY, Immaterial, 570.

[1310] Yayınlayana, AYK tarafından böyle bir hak tanınmamıştır. Zira, böyle bir yetkinin verilmesi, yayın sözleşmesinin özüne dahil olan yayın sözleşmesinin ekonomik- risk unsuruyla çelişecekti. Ancak, yayınlayanın genel hükümler uyarınca, değişen koşullar yüzünden "işlem temelinin çökmesi" ilkesine dayanarak sözleşmeden dönmesinin mümkün olup olmadığı ve yazarın da ayrıca "işlem temelinin çökmesi" ilkesine dayanıp dayanamayacağı irdelenmelidir. Yine, yayınlayanın ve yazarın, hizmet ve şirket sözleşmesinde uygulama alanı bulan "sürekli borç ilişkilerinde haklı sebeple fesih" hakkına sahip olup olmadıkları da tartışılmalıdır. Ayrıca, 1965 tarihli Alman Eser Sahipleri Hakkında Kanun tarafından öngörülen, ancak FSEK'e alınmayan, "kanaat değişikliği dolayısıyla cayma hakkı", AYK kapsamında, diğer bir ifadeyle yayın hukuku alanında, da uygulama alanı bulacaktır. SCHRICKER, 603.

[1311] SCHRICKER, 603. Ancak, Alman Hukuku'nda çoğaltma işleminin yayınlayanla matbaacı arasındaki sözleşmenin kurulduğu anda başlayacağını ileri süren yazarlar da vardır. Bkz. HABERSTUMPF / HINTERMEIER, 209.

mevcut olmasına rağmen, yazar bu koşulları bilmiyorsa, anılan koşul gerçekleşmediğinden, söz konusu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır[1312]. Ancak, yayınlayan sözleşme müzakereleri sırasındaki güven ilişkisini kusurlu olarak ihlal eder ve sözleşme öncesi görüşmelerde, örneğin belirli koşullar hakkında açıklama yükümünü ihlal ederek, sözleşmenin kurulmasını sağlarsa, yazar (yayınlatan) için sözleşmeden bağımsız olarak, culpa in contrehendo sorumluluğu gereğince tazminat talebi doğacaktır[1313]. AYK §35'in uygulama alanı bulabilmesi için, ortaya çıkan yeni koşulların, sözleşmenin kurulması sırasında öngörülmeyen, bilinmeyen koşullar olması gerekmektedir. Bu bağlamda, yazarın gerçekten öngöremediği ancak, somut olayda gereken özeni gösterseydi, değişen koşulları öngörebileceği haller, yazarın sözleşmeden dönebilmesi için yeterli değildir[1314]. Ancak, bu sadece yazarın bakış açısına bağlıdır. Örneğin, yazar sözleşmenin kurulmasından sonra, eseri yetersiz kaynak yüzünden meydana getiremeyeceğini tespit ederse, bu olay bir "öngörülemeyen" durum olmayacaktır. Zira, yazar bu tespite sözleşmenin kurulmasından önce de ulaşabilirdi. Ayrıca, bu her halükarda bu sonuç objektif olarak öngörülebilen bir durumdur. Eğer yazar, kusurlu davranışı yüzünden bu durumu öngörmezse, dönme hakkından da mahrum kalacaktır[1315].

AYK §35 çerçevesinde aranan bir diğer şart da, ortaya çıkan koşulların, sözleşmenin kurulduğu sırada yazarın durumu bilmesi ve makul bir şekilde değerlendirmesi halinde, kendisini eseri yayınlamaktan alıkoyacak nitelikte olmasıdır[1316]. Bu bağlamda, yayınlayanın kendisi ve kişiliğiyle ilgili sebepler her koşulda anılan hükmün kapsamı dışındadır[1317]. AYK §35, sadece önemli sebepler dolayısıyla sözleşmeden dönme hakkını tanımıştır. Ancak, önemli sebeplerin değerlendirilmesinde, sadece yazarın kişisel değerlendirilmesi dikkate alınmayacaktır. Aksine, somut olayın makul bir şekilde değerlendirilmesiyle ulaşılan sonuç, yazarın eseri yayınlamaktan alıkoyma kararını haklı çıkarmalıdır. Bu sebepler, objektif veya

[1312] Ancak, böyle bir ihtimalde yazar tamamen korumasız değildir. Yazar, bu durumda sözleşmeyi hata sebebiyle iptal edebilecektir. Tarafların işlem temelinde ortak hataya düşmeleri ihtimalinde, sözleşme işlem temelinin çökmesi (sübjektif işlem temeli) dolayısıyla sona erdirilebilir. SCHRICKER, 603.

[1313] AYK §35, sözleşmenin kurulmasında ön planda olan koşullara bağlanmış olan bütün bu hukuki imkanların yolunu kapamamıştır, anılan hüküm sadece sözleşmenin kurulmasından sonraki değişikliklere ilişkindir.

[1314] RGZ 140, 273; ALLFELD, 175; HOFFMAN 137; SCHRICKER, 604.

[1315] Bu bağlamda üzerinde durulması gereken başka bir örnek de şudur: Yazar, bir ülkenin sanat ticaretiyle ilgili bir kitap yazma yükümlülüğü altına girmiş, ancak topladığı malzemelerin değerlendirilmesinin sonucunda bu eserin yayımlamaya değmeyeceğine karar vermiştir. Bu durum da AYK §35'in kapsamı dışındadır. Bkz. HOFFMANN, 136; SCHRICKER, 604.

[1316] Ancak yazarı sadece, yayınlayanı yayımdan alıkoyarak, başka bir yayınlayanla sözleşme yapmaya ya da bizzat kendisini eseri yayınlayamaya iten nedenler, anılan hükmün uygulanması için yeterli değildir. Bkz. ALLFELD, 17; SCHRICKER, 604; HOFFMANN, 137; OLG Köln GRUR 1950, 585.

[1317] Yazar, yayınlayanın kendisine hakaret etmesi, kendisini küçük düşürücü sözler söylemesi, mezhebini veya politik görüşünü değiştirmesi halinde, AYK §35'e göre sözleşmeden dönemeyecektir. HABERSTUMPF / HINTERMEIER, 209; SCHRICKER, 604-605.

sübjektif olabilir. Objektif sebep olarak, yeni bir buluşun veya keşfin ya da bilimsel bir sonucun ortaya çıkmasıyla birlikte, eserin anlam ve önemini kaybetmesi gösterilebilir. Ayrıca, başka bir yazarın yeni bilimsel araştırma sonuçlarının ortaya konduğu bir bilimsel eseri yayımlanmasıyla birlikte, yayın sözleşmesine konu olan eserin konusuz kalması da yine bu kapsamda değerlendirilecektir. Yayınlayanın kişisel durumunun tersine, AYK §35 uyarınca, yazarın kişisel durumu, sübjektif sebep olarak dikkate alınmalıdır. Sübjektif sebep olarak, yazarın dini, politik veya bilimsel bakış açısının değişmesi, yazarın uzun süren hastalığı, yeni kitabın, yazarın iş değiştirmesi yüzünden yeni işiyle bağdaşmaması halleri örnek olarak gösterilebilir[1318].

AYK §35, yayınlayanın yeni bir bası yapmaya yetkili olduğu hallerde de uygulama alanı bulacaktır. Başka bir deyişle, yazar, çoğaltma işlemine başlamadan önce, her basıdan evvel sözleşmeden dönebilecektir[1319].

AYK §35, yayınlayanı olağan dönme hakkının dışında korumaktadır. Zira, yazar, dönme hakkını kullandığı andan itibaren bir yıl içinde eseri başka bir yerde yayımlarsa[1320], yayınlayanın yapmış olduğu masrafları ve ifa edilmemeden dolayı ortaya çıkan maddi tazminatı tazmin etmek zorundadır. Yapılan masrafların makul olması şartıyla, yazar yayınlayanın tüm masraflarını karşılamak zorundadır. Söz konusu masraflar, eserin yayıma hazırlık çalışmaları sırasında yaptığı her tür harcamalardır. Örneğin, reklam giderleri, kitap

---

[1318] ULMER, 472; SCHRICKER, 605; ALLFELD, 176.

[1319] Ancak, dikkat edilmesi gereken nokta, yayınlayana birden fazla bası yapma hakkı tanınması anında, değişen koşulların öngörülememesidir. Yayınlayana birden fazla bası yapma hakkının verilmesi, yayın sözleşmesinin yapılması sırasında olabileceği gibi, daha sonra da tanınabilir. Ancak, Alman doktrininde bir grup yazar, yasanın aradığı "değişen koşulların", sözleşmenin kurulmasından veya yeni bası yapma hakkının verildiği andan sonra ortaya çıkan sebepler olmadığını belirtmektedirler. Yasanın aradığı koşulların, önceki basıdan sonra ortaya çıkan yeni koşullar olması gerektiğini ileri sürmektedirler. ALLFELD, 174; HOFFMANN, 138. Buna karşılık, SCHRICKER, böyle bir genelleme doğrultusunda ortaya çıkan kısıtlamanın kanunda yeterli bir dayanağı olmadığını ileri sürerek, böyle bir durumda yazarın, yeni bası yapılmadan hemen önce ortaya çıkan ancak yazar tarafından bilinmeyen sebepler dolayısıyla dönme hakkını kullanamayacağını belirtmektedir. Ancak, yine de, yazarın yeni bası yapılmadan önceki durumu bilmesine rağmen yayınlayana karşı sanki dönme hakkından feragat ettiği izlenimi oluşturmasına karşılık, yazarın dönme hakkını kullanması iyiniyet ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ettiği etmektedir ki, bu gibi olgular göz ardı edilemez. SCHRICKER, 605-606.
Yazara §35 uyarınca tanınan bu dönme hakkı, özellikle AYK §12 uyarınca, yazarın eserinde değişiklik yapma hakkının sözleşme ile kapatıldığı durumlarda önem kazanır. Özellikle, bilimsel araştırmaların sonucunda yeni gelişmelerin ortaya çıkması veya yazarın doktrindeki görüşlerinin değişmesi veya yazarın itibarının diğer sebepler yüzünden zedelenme olasılığına rağmen, yayınlayanın eserde değişiklik yapmadan yeni bası yapması durumunda söz konusu sakınca açıkça ortadadır. Böyle bir durumda da, §42 UhrG "kanaat değişikliği yüzünden cayma hakkı" devreye girecektir. SCHRICKER, 606.

[1320] Yazar, dönme beyanından sonra bir yıl içinde eseri başka herhangi bir yerde yayımlamamalıdır. Yani, yazar bu eseri başka bir yayınlayana vermemeli veya eseri kendi yayınlamamalıdır. Aksi takdirde, sözleşmenin yerine getirilmemesinden dolayı maddi tazminatla sorumludur. Bir yıllık süre, yayınlayanın ve yayınlatanın menfaatleri dikkate alınarak belirlenmiştir. Zira, böylece yazara (yayınlatana), aynı eseri bir yıl sonra yayınlayan tarafından ileri sürülebilecek herhangi bir maddi tazminat tehdidi olmaksızın eseri yayınlama imkanı tanınmaktadır. Bir yıllık süre, beyanın yapıldığı gün dikkate alınmaksızın, dönme beyanından sonra işlemeye başlar. SCHRICKER, 607; ULMER, 472.

tanıtımı için yapılan lüzumlu yol masrafları, kitap cildinin tasarımı için verilen telif ücreti, matbaa ile daha önceden kurulan sözleşmenin sona ermesi yüzünden ortaya çıkan maddi tazminat kalemleri, kitap kapağı için harcanan masraflar bu kapsamdadır. Ancak, matbaa için alınan kağıtların giderleri bu kapsam içinde değerlendirilemez, çünkü bu kağıtlar başka bir eserin yayınlaması amacıyla her zaman kullanılabilecektir[1321].

Eğer yazar bu bir yıllık süre içinde eseri yayınlarsa, yazarın kusuru olmasa da tazminat talebi gündeme gelecektir[1322]. Talep edilen tazminat, kazanç kaybını da kapsamaktadır. Kazanç kaybı olarak, yayınlayanın sözleşme yerine getirilseydi, muhtemelen elde etmeyi umduğu ve beklediği kazanç dikkate alınacaktır. Böyle bir tazminat yükümlülüğünün şartı, yazarın bir yıl içinde dönülen sözleşmenin konusunu oluşturan "aynı eseri" yayınlamasıdır. Yazar, tamamen farklı olan bir eseri yayınlarsa, tazminat sorumluluğu da sözkonusu olmayacaktır[1323].

AYK §35'e göre, yazarın tazminat yükümlülüğü, yazarın yayınlayana sonradan sözleşmenin devamı konusundaki teklifini bildirmesine rağmen yayınlayanın bunu kabul etmemesi halinde doğmayacaktır. Ancak, yazarın yaptığı teklif, esas sözleşmenin devamına yönelik olmalıdır[1324].

e. Sonradan Ortaya Çıkan Bu Olguların İşlem Temelinin Çökmesinin Dışında Bir Sonuca Yol Açması

1. İşlem temelinin çökmesi taraflardan birinin kusuru veya kendi davranışı yüzünden ortaya çıkmışsa veya sadece sözleşmenin bir tarafına ait olan bir yükümlülük kapsamında meydana gelmişse, işlem temelinin çökmesine dayanılamaz. Aksi takdirde her borçlu bu yolu kullanarak kendi borcundan kurtulabilirdi. Söz konusu olay, buna sebep olan sözleşme tarafının riziko alanına ait olacaktır[1325]. Bu bağlamda, yayınlayanın kazanç beklentileri karşılanmıyorsa, çoğaltma masrafları artmışsa veya piyasadaki ilişkileri

[1321] Ayrıca, eser ortak bir eser olup ta, yayınlayan ortak eser sahiplerinden birine sözleşmeden dönen yazar oranla daha fazla bir telif ücreti öderse, ödenen bu ücret masraf olarak istenemeyecektir. Buna karşılık, talep edilen masraflarla birlikte, masrafların yapıldığı andan sonra işlemiş olan faizler de iade kapsamındadır. SCHRICKER, 606-607.

[1322] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 209; SCHRICKER, 607.

[1323] Eserin aynı veya benzer olup olmadığının tespitinde kullanılacak olan ilke aynıdır: Yazarın benzer bir eseri başka bir yayınlayana çoğaltma ve yayma amacıyla bırakması yüzünden ilk sözleşmedeki yükümlülüklerini ihlal edip etmediği kriteridir. SCHRICKER, 608.

[1324] Teklifin, yeni bir sözleşme yapılmasına ilişkin olması yazarı tazminat yükümlülüğünden kurtarmayacaktır. Yazar, asıl sözleşmenin devamını teklif etse de, sadece tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulur, yoksa yapılan masrafları ödeme yükümlülüğünden kurtulamayacaktır. SCHRICKER, 608.

[1325] KRÜGER, Münchener Kommentar, §313-N. 28, 68 vd.; HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENTLAND, §3-N. 176; SEROZAN, İfa, 225; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 165; SCHRICKER, 613; BGH GRUR 1993, 595, 597; OLG München ZUM 1991, 542, 544.

kötüleşmişse, bütün bunlar sadece yayınlayanın taşımak zorunda olduğu rizikoya dahil unsurlar olarak dikkate alınacaktır[1326]. Bir sözleşmenin ekonomik riskleri ve şansları, sadece bunu sözleşmenin kurulduğu anda bilinçli olarak üstüne alan sözleşme tarafına ait olacaktır[1327].

2. Ortalama bir ticari işletmenin ileriye yönelik planları, projeleri çerçevesinde öngörülebilen veya yayınlayan tarafından öngörülmüş olan durumlarda da işlem temelinin çökmesine dayanılamaz. Örneğin, aynı alanda rekabet halinde olan bir başka kitabın yayımlanması veya eserde savunulan fikirlerin desteklenmemesi veya bu desteğin azınlıkta kalması yüzünden işlem temelinin çökmesine dayanılamaz[1328].

3. Yayınlayanı, sözleşme yapmaya iten güdüler veya saikler de, her ne kadar sonradan gerçekleşmese de, işlem temelinin unsurları arasında görülemez. Elbette ki, güdüleyici sebepler ve tasavvurlar sözleşmenin üzerine kurulduğu sübjektif işlem temelini andırmaktadır, ancak sübjektif işlem temelinin sözkonusu olması için sözleşmenin her iki tarafınca da bunun ortak bir tasavvur olması gerekir[1329].

Yayınlayanın sözleşme yaparken güttüğü düşünceler ve istekler çok çeşitli olabilir. Yayınlayan bir arkadaşına iyilik yapmak isteyebilir, kazanç sağlamak istemiş olabilir, belirli bir bilimsel alanı desteklemek isteyebilir, belirli bir politik harekete destek vermek isteyebilir veya içinde bulunduğu konjonktürden rant sağlamak, bu durumdan yararlanmak isteyebilir. Genellikle, yayınlayanın bu davranışı sadece yayınlayan için öncelikli olan bir dizi amaç veya niyetin gerçekleştirilmesi içindir. Yayınlatanın da eserin kamuya sunulmasında yayınlayan karşısında, kendine özgü güdüleri olabilir. Bu saikler, güdüler genellikle bilinmezler ve sözleşmenin unsurlarını da -şekli olarak belirli bir şart altında ele alınmamışlarsa- etkilemezler. Bu bağlamda, sözleşme taraflarından birini sözleşme yapmaya iten saiklerin sonradan gerçekleşmemesi, sözleşme taraflarından birine tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirme yetkisi veremez. Dolayısıyla, hukuk düzenin ahde vefa ilkesini bu şekilde çözmesi mümkün değildir[1330].

[1326] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 165.
[1327] BGH, GRUR, 1993, 595, 597.
[1328] SCHRICKER, 614.
[1329] SCHRICKER, 614; HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENTLAND, §3-N .182; SEROZAN, İfa, 225; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 4, 63 vd.
[1330] SCHRICKER, 614. Bu konuda, Alman Ticaret Mahkemesinin verdiği karar ilgi çekicidir. Karara konu olan olayda, bir broşürün yazarı yayınlayana belirli bir resmi makamın yazıyı destekleyeceği konusundaki fikrini bildirmiştir. Yayınlayan da yazarın bu açıklamaları üzerine, telif ücretini çok yüksek bir sürüme dayandırmıştır. Ancak, ilgili resmi makamın yazıyı desteklemesine ilişkin beklenti boşa çıkmış ve eserin sürümü de çok düşük bir oranda kalmıştır. Mahkeme, yazarın telif ücreti talebi karşısında yayınlayan tarafından ileri sürülen işlem temelinin çökmesi savunmasını yeterli görmemiş ve şöyle devam etmiştir: Yayınlayan, yazara özel bir avantaj karşılığında belli bir telif ücreti taahhüt etmiştir. Ancak, böyle bir durumda

4. Bir sözleşmenin işlem temeli konusundaki, tasavvurların ortak olması, ya da en azından yayınlayanın doğru olarak dile getirdiği bu tasavvurların yayınlatan tarafından da bilinmesi –ya da tam tersi- gerekir. İşlem temelinin içeriği ve kapsamını belirleyecek olan elbette ki sözleşme taraflarının iradeleridir. Ancak, bu iradelerin mevcut olup olmadığı veya hangi çerçevede tasavvur edileceği, şüphe halinde sadece tek tarafın menfaatine göre değil, her iki tarafın objektif ortak menfaat durumuna ve ilgili sözleşmenin koşullarına göre değerlendirilecektir[1331].

5. Yayın sözleşmesi için temel olan özellik, eserin çoğaltılması ve yayılmasının yayınlayanın hesabına olmasıdır. Dolayısıyla, sözleşme rizikosunu yayınlayan taşımaktadır. Bu bağlamda, doktrin ve içtihat tarafından geliştirilen işlem temelinin çökmesi ilkesi, yayın sözleşmesine de ancak son derece özel ölçüler içinde uygulanacaktır. Bu bağlamda, genel olarak veya sadece belirli bir ticari iş kolu açısından ekonomik krize girilmesi, işlem temelinin çökmesi olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla, işlem temelinin çökmesi ancak çok istisnai hallerde sözkonusu olacaktır. Kural olarak, yayınlayan ekonomik kriz sonucunda eserin sürümünün düşmesi veya ekonomik güçlükler yüzünden yayın faaliyetinin kısıtlanması dolayısıyla dönme veya fesih hakkını kullanamayacaktır[1332].

6. İşlem temelinin çökmesine bağlanan sonuçlar, ahde vefa ilkesine göre belirlenecektir. Kural olarak, öncelikle sözleşmenin değişen hukuki duruma uyarlanmasına çalışılacaktır. Dolayısıyla, duruma göre tarafların yükümlülükleri ya sınırlanacak ya da artacaktır. Ancak, taraflar bu konuda uzlaşmaya varmasalar bile mahkeme önüne gelen somut olayda öncelikle uyarlama yöntemini uygulamaya çalışacaktır. Başka bir çözümün mümkün olmadığı çok istisnai hallerde, sözleşme ilişkisi tamamen ortadan kaldırılacaktır[1333].

---

taraflardan birinin beklentisinin gerçekleşmemiş olması işlem temelinin çökmesi olarak değerlendirilemez. Eğer taraflardan biri belirli olgulara veya koşullara karşı korunmak istiyorsa, bu işlemi "şarta" bağlı olarak kurmalı veya belirli olgular veya şartlar karşısında kendisine kesin garanti verilmiş olmalıdır. Oysa burada sadece işlemin ayakta kalması için davalıyı sözleşme yapmaya iten ve önemli nitelikte olmayan sebepler sözkonusudur. Bkz. UFİTA, 1942, 279. Mahkemenin bu yöndeki kararına rağmen, işlem temeli hakkında, tarafların ortak hatalarının söz konusu olup olmadığının şüpheli göründüğü ileri sürülmüştür ki, biz de bu görüşü paylaşmaktayız. Zira, yazar açıkça, yazıya verilecek destekten yola çıkmıştır. Buna uygun olarak da yazarın, ortak beklentilerinin gerçekleşmemesi yüzünden, telif ücretinde yapılacak uyarlamaya katlanması gerektiği benimsenmiştir. Bkz. SCHRICKER, 615.

[1331] SCHRICKER, 616.

[1332] RGZ 147, 55; SCHRICKER, 616. Sonuç olarak, yayın sözleşmelerinin belirli bir spekülatif düşüş zamanında yayınlayanın rizikoyu taşıması dolayısıyla riskli sözleşmeler kapsamında olduğu sonucuna varılabilir. SCHRICKER, 616.

[1333] RGZ 152, 404; SCHRICKER, 617; KRÜGER, Münchener Kommentar, §314-N. 102; SEROZAN, İfa, 225; vd.; HAAS / MEDICUS / ROLLAND / SCHÄFER / WENTLAND, §3-N. 178; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, 1006; SELİÇİ, 194.

III. ESERİN YAYININ YASAKLANMASI

Yayın sözleşmesinin kurulduğu anda, sözleşmeye konu olan eserin yayını kanuna ve ahlaka veya adaba aykırıysa, sözleşme BK m. 19 ve 20 uyarınca kesin hükümsüzdür. Ancak, eğer sözleşmeye konu olan eserin yayını sonradan politik nedenlerle yasaklanmışsa, edimin sonraki imkansızlığı, hukuki imkansızlık olarak değerlendirildiğinden yayın sözleşmesinden doğan borç ilişkisi de sona erecektir[1334].

§ 6. YAYIN SÖZLEŞMESİNİN ÖZEL SONA ERME SEBEPLERİ

I. BK'NIN ÖZEL HÜKÜMLERİ ARASINDA YER ALAN YAYIN SÖZLEŞMESİNE ÖZGÜ SONA ERME SEBEPLERİ

A. ESER METNİNİN YOK OLMASI

Eser metninin yok olması, BK m. 382 uyarınca Sözleşmenin Sona Ermesi Kenar başlığı altında incelenen, yayın sözleşmesine özgü ilk sebeptir. "Eser metninin yok olması" ile ne ifade edilmek istendiğini yukarıda, yayınlatanın borçları arasında incelediğimiz "Yayınlatanın Eserin Kusursuz Yok Olması Halinde İkinci Nüshasını Verme Veya Yazarın Yeniden Yazma Borcu" başlığı altında irdelemiştik. Özetle, yukarıda da incelediğimiz üzere, eser metninin yok olması ile eserin tarafların kusuru olmadan çoğaltılabilme imkanını kaybetmesi ifade edilmektedir. BK m. 382 hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için eserin, yayınlayana teslim edildikten sonra ve yayınlayanın kusuru olmadan yok olması gerektiğini vurgulamıştık.

Eserin yayınlayana teslim edildikten sonra, kaza sonucu yok olmasının yayın sözleşmesinin sona ermesine sebep olabilmesi için aranması gereken iki önşart vardır. Birincisi, eserin başka bir örneğinin eser sahibinde bulunmaması, ikincisi ise, eserin başka bir örneği eser sahibinde olmamakla birlikte, eserin yeniden meydana getirilebilmesinin az bir çabayla mümkün olmamasıdır[1335].

[1334] GİRİTLİOĞLU, 83-84; YAVUZ, 549; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 385-386.

[1335] Zira, BK m. 382/TBKT m. 503, eser sahibine, eserin başka bir örneğinin kendisinde olması halinde eser sahibinin bu örneği yayınlayana vermekle yükümlü tuttuğu gibi, başka bir örnek bulunmasa bile eser sahibinin (yazarın), eseri az bir çabayla yeniden meydana getirebilecek durumda olması halinde, eser sahibini eseri yeniden meydana getirerek yayınlayana teslim etmek yükümü altına sokmuştur. Ancak her iki halde de, yayınlatan uygun bir tazminat isteyebilecektir. Bkz. TROLLER, II, 913-915; HILTY, Basler, 2096-2097; TROLLER, Kommentar, 64-65; PEDRAZZINI, 594.

Yayın sözleşmesi, eserin yok olmasıyla birlikte sözleşme konusunu oluşturan en önemli unsurundan yoksun kalmaktadır. Bu durumda, yazar nadiren, eseri tekrar aynı şekilde oluşturacak, diğer bir ifadeyle yok olan eserin tıpkısını meydana getirebilecek durumdadır. Yazar, yok olan eserin benzerini meydana getirebilir, ancak aynısını meydana getirmesi çok nadirdir. Bu bağlamda, kural olarak taraflara, sözleşme ilişkisini sona erdirme imkanı tanınmalıdır[1336].

Eserin meydana getirilmesindeki "az bir çaba" kavramı üzerinde, yukarıda durulmuştur[1337]. Ancak, eğer, eser sahibi, eserin yeniden meydana getirilmesi yoğun bir çaba ve güç gerektirse bile, eseri yeniden meydana getirmeye hazırsa, bu durumda yayınlayanın tek taraflı feragati sözleşmeyi sona erdirmeye yetmeyecektir. Dolayısıyla, eserin az bir çaba ile meydana getirilip getirilmeyeceğinde, belirleyici olan eser sahibinin kararıdır[1338]. Yayınlayanın eser sahibinin bu kararına itiraz etmesi, sadece sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilecektir[1339].

Eser metninin yok olması sebebiyle sözleşmenin sona ermesi halinde, yayınlatanın eseri yayınlayana bırakma borcu, yayınlayanın da yayma borcu imkansızlaşmaktadır. Böylece, yayınlayan eseri çoğaltma ve yayma borcundan kurtulmaktadır[1340].

AYK §33/I, eserin kazaen yok olması veya tahrip edilmesi halini düzenlemektedir. bu sonuca açıkça, hükümde yer vermiştir. Anılan hüküm, eserin yayınlayana tesliminden sonra kazayla yok olması veya zarar görmüş olması halinde, yazarın telif ücretini (bedeli) talep etme hakkının saklı olduğunu vurgulayarak, sözleşmenin her iki tarafının da borçlarından kurtulduğunu açıkça hükme bağlamıştır.

BK m. 382 uyarınca, yayınlayan çoğaltma ve yayma borcundan kurtulmuş olsa bile, yayınlatana telif ücretini ödemekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere, BK m. 382 ile BK m. 117'de öngörülen genel hükümden farklı bir yol benimsenmiştir. Zira, BK m. 117 uyarınca, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşırsa borç sona erecek ve borçlu borcundan kurtulacaktır. Oysa, yayın sözleşmesinin bu sebepten dolayı sona ermesi halinde bile yayınlayan bedeli ödemekle yükümlüdür. Yayın sözleşmesinin sona ermesinde, BK m. 117'ye bir istisna koymanın haklı olduğu, zira böyle bir durumda, yayınlatanın en önemli borcunu ifa ettiği kabul edilmektedir[1341]. Bu bağlamda, eserin yayınlayana teslim

[1336] TROLLER, II, 913.
[1337] Bkz. İkinci Bölüm, §3, II, D.
[1338] Bkz. HILTY, Basler, 2097; TROLLER, Kommentar, 66. Ayrıca bkz. TEKİNALP, 247.
[1339] HILTY, Basler, 2097.
[1340] Bkz. PEDRAZZINI, 594; TROLLER, Kommentar, 65; SCHRICKER, 590; GİRİTLİOĞLU, 71.
[1341] TUNÇOMAĞ, 605; PEDRAZZINI, 594. BK m. 117'ye getirilen bu istisnanın ratio legis'i yayın sözleşmesinin konusunu oluşturan, "eserin" fikri bir yaratıcılık sonucunda meydana getirilebilmesidir. Zira,

edildikten sonra kazaen yok olması halinde, rizikoyu yayınlayan taşımaktadır[1342].

Bu bağlamda, yayınlayan, eserin beklenmedik hal sonucu yok olması halinde, -BK m. 117'den farklı olarak-, sadece bedeli ödemekle yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle, yayınlayan, (BK m. 382/II -yani eserin ikinci nüshasının teslimi veya eserin yeniden oluşturulması halleri- saklı kalmak kaydıyla) eseri yeniden çoğaltma ve yayma yükümlülüğü altında değildir. Zira BK m. 382, yayınlayana sadece, yayınlatanın doğrudan maddi çıkarlarını tatmin etme yükümlülüğünü yüklemiştir. Yoksa, anılan madde ile yayınlayana, yayınlatanın eserin basılmasıyla birlikte geçmişe etkili olarak maddi çıkarlarla bağlantılı olan önemli manevi çıkarlarını karşılama yükümlüğü öngörülmemiştir[1343]. Bedel ödeme dışında, yayın sözleşmesi, kanunda öngörülen şartların da gerçekleşmesi kaydıyla, kural olarak eserin yok olmasıyla birlikte sona ermektedir.

Yayın sözleşmesi, yayınlayan ve yayınlatanın, her ikisinin de ifa taleplerinden feragat etmeleri ve bu konuda yapacakları bir ikale sözleşmesi ile de sona erecektir[1344]. Aynı sonuç, taraflardan birinin yeniden eser meydana getirme hakkından feragat etmesi veya bunu reddetmesi ve sözleşmenin karşı tarafının da bu konuda direnmemesi hali için de geçerlidir[1345].

Sözleşme sona erince, yayınlatan eseri üzerinde yeniden serbestçe tasarruf etme hakkını kazanır. Ancak, yayınlatan eğer, sözleşmenin karşı tarafı olan yayınlayanı değiştirmek amacıyla yeniden eser meydana getirmeyi reddederse, bu durumda yayınlatanın bu davranışı, dürüstlük kuralına aykırı olduğundan, hakkın kötüye kullanılması yasağı uygulama alanı bulacaktır[1346].

BK m. 382, sadece eserin yayınlayanın elindeyken yok olması ihtimalini düzenlemiş, oysa eserin teslimden önce yayınlatanın hakimiyetindeyken kaza sonucu yok olması ihtimalini düzenlememiştir.

Eser, yayın sözleşmesinin kurulmasından sonra fakat henüz yayınlayana teslim edilmeden önce yok olmuşsa, yayınlayan eserin tesliminde alacaklı temerrüdüne düşmediği sürece, kural olarak eser teslim edilene kadar meydana gelen hasarlardan yayınlatan sorumlu

---

eser sahibi, uzun bir zaman süreci içinde, emeğini ve yaratıcılığını ortaya koyarak, bu eseri oluşturmaktadır. Bu bağlamda, taraflar arasındaki menfaatler dengesini gözönünde tutan yasa koyucu, bir fikri ürün olan eserin kusursuz imkansızlık dolayısıyla yok olması halinde, yayınlatan lehine özel bir düzenleme öngörmüştür.

[1342] TROLLER/TROLLER, Lehrbuch, 165; GUHL, 545.

[1343] TROLLER, Kommentar, 65; ; PEDRAZZINI, 594; SCHRICKER, 590; GİRİTLİOĞLU, 71.

[1344] Sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşme ifa edilmeye başlandıktan sonra ortadan kaldırıldığı takdirde bozma (ikale) sözleşmesinin hüküm ve sonuçları geleceğe ilişkin olur. EREN, 1211. Ayrıca bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, 984; TUNÇOMAĞ, 1156; OĞUZMAN/ÖZ, 428.

[1345] Bkz. HILTY, Basler, 2097; TROLLER, Kommentar, 67.

[1346] TROLLER, Kommentar, 67.

olduğundan bu anlamda da teslime kadar rizikoyu yayınlatan taşımayacaktır[1347].

Ancak, eserin kusursuz olarak yok olması halinde, eserin az bir çabayla mı, yoksa çok büyük bir çaba ile mi meydana getirilebileceği veya hiçbir şekilde yeniden oluşturulamayacağı mı konusunda bir ayrım yapılmalıdır. Son halde, yani yayınlatanın eseri yeniden yazma imkanı olmadığı sürece, eser sahibi, eserin yeniden meydana getirilmesinin imkansız olduğunu ispatlarsa veya bu durum açıkça anlaşılırsa, örneğin eser sahibi ölmüşse, yayınlatanın edimi imkansızlaştığından, kusurunun da olmaması halinde sözleşme ilişkisi sona erecek ve BK m. 117 devreye girecektir[1348]. Zira, eser oluşturma kişisel nitelik taşıyan bir edim olduğu için bu borç mirasçılara da intikal etmeyecektir.

Eserin büyük bir çabayla meydana getirilebilmesi ihtimalinde ise, sözleşme haklı sebebe dayanarak sona erdirilebilecektir. Az bir çaba halinde ise, BK m. 382'nin kıyasen uygulanması sonucunda, yazarın bunu yeniden yazma yükümlülüğü kendisinden beklenmektedir[1349]. Başka bir deyişle, eser sahibi bu eseri az bir çabayla meydana getirebilecek durumdaysa, eser sahibinin bu ihtimalde de eseri meydana getirmekle yükümlü tutulması evleviyetle kabul edilmektedir[1350]. Eserin yeniden oluşturulması sırasında ortaya çıkacak olan gecikme yayınlayan tarafından katlanılabilir nitelikteyse, eser sahibinin eseri yeniden meydana getirme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu ihtimalde, yayınlayana ödenmesi gereken herhangi bir tazminat borcu da söz konusu olmayacaktır. Ancak, eğer sözleşme taraflarından her ikisi de, eserin yeniden meydana getirilmesi konusunda ısrar etmezlerse, sözleşme sona erecektir[1351].

B. BASILANIN YOK OLMASI

Kural olarak, salt basılanın satışa sunulmadan önce beklenmedik hal sebebiyle yok olması sözleşmeyi sona erdirmeye yeten bir sebep değildir. Zira, BK m. 383/I uyarınca, eserin tamamlanmış olan baskı adedinin tamamımı veya bir bölümü, satışa sunulmadan önce beklenmedik hal sonucu yok olursa, yayınlayan yayınlatana ayrıca bir bedel ödemeksizin yok

[1347] Bkz. TROLLER, Kommentar, 67. Başka bir deyişle, eser henüz tamamlanmamış, son şeklini almamış olmasına rağmen kazayla yok olursa, yok olma kural olarak hukuksal ilişkiyi etkilemez.
[1348] Bkz. HILTY, Basler, 2097; PEDRAZZINI, 594; GİRİTLİOĞLU, 71; TUNÇOMAĞ, 605; BİLGE, 281-282; TROLLER, II, 915; OSER/SCHÖNENBERGER, 1456; LÜDİN, 190.
[1349] TROLLER, II, 915; TROLLER, Kommentar, 67; OSER/SCHÖNENBERGER, 1456; LÜDİN, 190.
[1350] TROLLER, Kommentar, 67; GİRİTLİOĞLU, 71; TUNÇOMAĞ, 605. Zira, eserin teslimden önce yok olması halinde eser sahibinin, -yukarıdaki şartlar çerçevesinde- tamamen borçtan kurtulacağını kabul etmek, teslimden sonra eserin yok olması halindeki hükümler dikkate alındığında, son derece anlamsız olacaktır. TUNÇOMAĞ, 605.
[1351] TROLLER, Kommentar, 67.

olan miktarı, masrafı kendisine ait olmak üzere yeniden basabilir. Ancak, yayınlayan aşırı masraf olmaksızın, aşırı gider gerektirmeksizin zarar gören nüshaların yerine yenilerini koyabilecek ise bunu yapmakla yükümlüdür. Bu bağlamda, maddenin mefhumu muhalifinden çıkan sonuç doğrultusunda, kural olarak basılanın yok olması sözleşmeyi ancak, yayınlayanın yok olanların yerine yenilerinin koyabilmesinin aşırı bir gider gerektireceği hallerde, sona erdirecektir[1352]. Ancak, bu hüküm yayınlayan lehine getirilmiş bir hükümdür. Yayınlayan, aşırı gideri göze alarak bu nüshaları basarsa, sözleşme ilişkisi elbette devam edecektir.

Doktrinde, baskı adedinin, yayınlayanın veya yardımcısının kusuruyla yok olması halinde, yayınlatanın yine de yayınlayandan eseri bastırıp çoğaltarak, çoğaltma ve yayma borcunu yerine getirmesini isteyebileceği ve bu durumun BK m. 381'i ihlal etmediği kabul edilmektedir[1353]. Zira, yayınlayan, eseri çoğaltmaya yalnız yetkili değil, aynı zamanda bununla yükümlüdür. Dolayısıyla, yayınlayanın çoğaltma borcunu yerine getirmek için kendi kusuruyla yok olan nüshaların yerine, masrafını kendi çekerek yenilerini bastırıp koyması yayınlatanın yayın hakkını ihlal etmez. Ancak, yayınlatan bu yüzden yeni bir bedel isteyemez[1354]. Yayınlayanın eseri tekrar çoğaltmaktan kaçınması halinde, yayınlayan yayın sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmediği için temerrüde düşecektir[1355].

Ancak, bası yayınlayanın kusuru olmaksızın yok olmuşsa, o zaman yayınlatan basının yeniden meydana getirilmesine ve piyasaya sürülmesine bağlı olarak ortaya çıkacak gecikmeye katlanmak zorundadır[1356]. Ancak, bu sonuç doğal olarak, sadece belirsiz süreli yayın sözleşmeleri açısından geçerlidir.

Kanaatimizce, basılan nüshaların yayınlayanın veya yardımcısının kusuruyla yok olması halinde, yayınlayan evleviyetle yok olanların yerine yenilerini çoğaltmaya ve yaymaya yetkili olduğu gibi aynı zamanda bununla yükümlüdür de. Yayınlayanın böyle bir yetkisinin olmadığı iddiası, yayınlayanı temerrüde düşmekten kurtarmayacaktır. Yayınlayanın, yok olan nüshalarını yerine yenilerini koyması, yayın sözleşmesinden doğan borcun ifası olacağı için, yayınlayanın bu faaliyeti sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyeceği gibi, kendisine devredilen

---

[1352] TUNÇOMAĞ, 605; BİLGE, 282; GİRİTLİOĞLU, 71; YAVUZ, 549; TEKİNALP, 248.

[1353] TUNÇOMAĞ, 606; GİRİTLİOĞLU, 72; TEKİNALP, 248. Ancak, İsviçre Hukuku'nda bazı yazarlar, yayınlayanın BK m. 381 uyarınca ancak, yok olan eser nüshalarının beklenmedik hal sonucu yok olması halinde bu nüshaları yeniden çoğaltarak yayabileceğini, yani yok olanların yerine yenilerini koyabileceğinden hareketle, eser nüshalarının yayınlayanın veya onun yardımcısının kusuruyla yok olması halinde yayınlayanın, yok olanların yerine yenilerini koymaya yetkili olmadığını, zira bunun yayınlatanın yayın hakkını ihlal edeceğini benimsemektedirler. Ancak, yayınlayanın edimi eseri çoğaltıp yayma olup ileride basılacak nüshalar parça borcu olarak kararlaştırılmadığından, bunların basılıp yok olmaları edimin imkansızlığı demek değildir; çünkü yayınlayanın eseri yine aynı miktarda bastırması her zaman için mümkündür. Bkz. GİRİTLİOĞLU, 72.

[1354] TROLLER, II, 915; GİRİTLİOĞLU, 72. Zira, yeni nüshalar, sadece yok olanların yerine çoğaltılmaktadırlar. HILTY, Basler, 2098.

[1355] TUNÇOMAĞ, 606.

[1356] TROLLER, II, 915.

yayın hakkını da ihlal etmeyecektir. Aksine, yayınlayanın yok olan nüshaların yenisini basmaması yayın sözleşmesine aykırılık teşkil edeceği ve bu anlamda yayınlayandan tazminat talep edilebileceği gibi, borçlu (yayınlayanın) temerrüdü veya FSEK'de öngörülen cayma hakkının kullanılmasına yol açacaktır.

Bu bağlamda, bası yayınlayanın kusuru sonucunda yok olmuşsa, yayınlayan bundan dolayı yayınlatana karşı meydana gelen zararlardan sorumlu olduğu gibi, yayınlayan ısrar ettiği takdirde, basının yeniden yapılması kendisi için çok büyük masraflara yol açacak olsa bile, bu basıyı gerçekleştirmek zorundadır[1357]. Yayınlayanın, sözleşmenin müsbet ihlali dolayısıyla yayınlatana ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarı, yayınlatana ödenen telif ücretiyle uyumlu olmalıdır[1358].

AYK §7 uyarınca, yayınlayan tarafından bir depoda tutulan eser nüshaları yok olursa, yayınlayan bu nüshaların yerine yerinelerini koyabilir. Ancak, yayınlayan önce yazara, bu konuyu bildirmek zorundadır. Bu bağlamda, AYK, yayınlayana yok olan eser nüshalarının yerine yenilerini koyabileceğini öngörmüş, ancak bu hakkın kullanılmasını, yazara bu konuda önceden verilecek olan ihbar şartına bağlamıştır.

C. ESER SAHİBİNİN ÖLMESİ VEYA ESERİ TAMAMLAYAMAZ HALE GELMESİ

1. Genel Olarak

BK m. 384 uyarınca, eser sahibi eseri tamamlamadan önce ölür veya tamamlama yeteneğini yitirir ya da eseri tamamlaması kendi kusuru olmaksızın imkansız duruma gelirse, sözleşme sona erer[1359].

BK'nın anılan maddesi FSEK m. 50 /III ile de uyum içindedir. FSEK m. 50/III uyarınca "Eser tamamlanmadan önce, eser sahibi ölür veya tamamlama kabiliyetini zayi eder, yahut kusuru olmaksızın eserin tamamlanması imkansız hale gelirse zikri geçen taahhütler kendiliğinden münfesih olur. Diğer taraftan iflas etmesi veya sözleşme uyarınca devraldığı mali hakları kullanmaktan aciz duruma düşmesi yahut kusuru olmaksızın kullanmanın imkansız hale gelmesi hallerinde de aynı hüküm caridir".

[1357] TROLLER, II, 915; HILTY, Basler, 2099.
[1358] HILTY, Basler, 2099.
[1359] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 500 uyarınca, eser sahibi eseri tamamlamadan önce ölür veya tamamlama yeteneğini yitirir ya da eseri tamamlaması kendi kusuru olmaksızın olanaksız duruma gelirse, sözleşme kendiliğinden sona erer.

Hükmün kapsamına, eser sahibinin ölmesinin yanı sıra, ayırt etme gücünü kaybetmesi (ayırt etme gücünü kaldıracak nitelikteki bir akıl hastalığına yakalanması), uzun bir hastalık, uzun bir askerlik hizmeti, bir kaza neticesinde meydana gelen maddi sakatlıklar vb. girmektedir[1360]. Burada önemli olan nokta, eser sahibinin eseri tamamlama imkanını kendi kusuru olmaksızın kaybetmesidir. Ancak, eser sahibinin işlerinin fazlalığı ve acele yapılması gereken başka işlerin varlığı, hükmün uygulama kapsamının dışındadır[1361].

Kanun koyucu, hükmün kapsamı içinde değerlendirilebilecek durumlarda sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini öngörmektedir. Sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi, eserin özgünlüğünün bir sonucudur. Kendi özgünlüğünü esere yansıtarak, eseri tamamlama görevini sadece eser sahibi, yerine getirebilir[1362]. Dolayısıyla, eser sahibinin eseri meydana getirme borcu yukarıda da belirtildiği üzere, bizzat eser sahibi tarafından yerine getirilmesi gereken "şahsen ifa edilebilir borç" kapsamında değerlendirilmektedir.

Ancak, eser sahibinin bu borcunu şahsen ifa zorunda olması, onun kendi denetimi ve idaresi altında yardımcı kullanmasına engel değildir. Örneğin, eser sahibi felç olduğu için eseri tamamlama imkanını kaybetse bile, eğer ağzını kullanabiliyorsa, eserin niteliğinin de buna imkan vermesi kaydıyla, eser sahibi sözlerini üçüncü kişiye (sekreterine) dikte ettirerek, eseri tamamlayabilir. Böyle bir olasılık, bilimsel eserlerden çok, roman, şiir, deneme türündeki serbest yazılan eserlerde sözkonusu olabilir. Dürüstlük kuralı yayınlayanın da bu sonucu kabul etmesini gerektiriyorsa, diğer bir ifadeyle yayınlayanın bu sonucu kabul etmesi dürüstlük kuralı uyarınca bekleniyorsa, sözleşme ayakta kalabilecektir.

Eser sahibi veya mirasçıları, eserin bir üçüncü kişi tarafından tamamlanmaması veya asıl eser sahibinin adının altında isminin yer alarak veya yine eser sahibinin isminin ortak eser sahipleri arasında yer alarak yayınlanmamasını talep etme hakkına sahiptirler. Yayınlayanın da, yayınlatanla aralarında kararlaştırdıkları eserin yerine, yayınlayanın bilimselliğine, entellektüel ve fikri birikimine ve bakış açısına güvendiği yazarın etkisinin tam olarak veya

---

[1360] TUNÇOMAĞ, 606; BİLGE, 283; GİRİTLİOĞLU, 72; HILTY, Basler, 2100; TROLLER, II, 916; ULMER, 476; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 205; REHBİNDER, Urheberrecht, 333; TROLLER/TROLLER, Lehrbuch, 165; REHBİNDER, Schweiz, 174; PEDRAZİNİ, 593; SCHACK, 460-461; SCHRICKER, 597. BK m. 384 ve FSEK m. 50/3, aslında sonraki imkansızlığa ilişkin BK m. 117' nin özel bir uygulama halidir. Diğer bir ifadeyle, anılan hükme bağlanan doğal sonuç olan sözleşmenin sona ermesi, aslında BK m. 117'deki genel kurala paralel bir sonuçtur. Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku da, bu konuda başka bir çözüme yer vermemiştir. Zira, eser sahibinin telif hakkının ihlalini oluşturmayacak şekilde, eser sahibinin eserini bir üçüncü kişi tarafından tamamlanması mümkün değildir. Ancak, eser sahibi, daha doğrusu halefleri, yayınlayanla bunu mümkün kılan bir anlaşma yaparak sözleşme ilişkisinin devamını kararlaştırabilirler ve böylece haklarını ileri sürmekten feragat edebilirler. Taraflar arasında böyle bir anlaşmanın olmaması halinde, yasa hakime ancak yasada öngörülen şartların gerçekleşmesi kaydıyla sözleşmenin devam etmesine karar verebilme yetkisi tanımıştır. HILTY, Basler, 2100.

[1361] BİLGE, 283; GİRİTLİOĞLU, 73.

[1362] TROLLER, Kommentar, 71; TROLLER, II, 916.

hiç olmadığı bir eseri kabul ederek bu duruma katlanması beklenemez (beklenmemelidir)[1363].

Taraflar eğer, eserin üçüncü kişi tarafından tamamlanması konusunda anlaşırlarsa, bu durumda yeni bir yayın sözleşmesi söz konusu olacaktır[1364].

BK, eser sahibinin ölümünü düzenlediği halde yayınlayanın ölümünün sözleşme ilişkisine olan etkisini düzenlememiştir. Ancak, FSEK m. 59/I uyarınca, yayın sözleşmesi yayınlayanın kişiliği göz önünde tutularak yapılmışsa, yayınlayanın ölümü yayın sözleşmesini sona erdiren bir sebep olacaktır. Bunun dışındaki ihtimallerde, çoğaltma ve yayma borçları şahsen ifa zorunluluğu olmayan edimler olduğu için, yayınlayanın ölümü yayın sözleşmesinin sona ermesine sebep olmayacaktır. Bu durumda, yayınlayanın yayın sözleşmesinden doğan hak ve borçları külli intikal prensibi uyarınca mirasçılara geçeceği için, mirasçılar yayınlayanın borçlarından sorumlu olacaklardır.

Yazarın ölümünü düzenleyen AYK §34/I, bu konuda özel bir hüküm öngörmektedir. Söz konusu hükme göre, eğer yazar eserin bitmesinden önce ölürse ve eserin bir bölümü önceden yayınlayana teslim edilmişse, yayınlayan, yazarın mirasçılarına durumu bildirerek, eserin teslim edilen kısmı itibariyle sözleşmeyi devam ettirme yetkisine sahip olmalıdır. AYK §34/II'ye göre mirasçılar, yayınlayanın birinci fıkrada belirtilen hakkı kullanabilmesi için, yayınlayana uygun bir süre tanıyabilirler. Yayınlayan bu süre bitmeden önce, sözleşmenin devamı konusunda onay vermezse, söz konusu hak sona erecektir. Bu hükümler AYK §34/III'e göre, eserin tamamlanmasının yazarın sorumlu olmadığı şartlar yüzünden imkansız hale gelmesinde de mutatis mutandis uygulanacaktır.

AYK §34, yazarın ölümü halinde yayınlayanın hangi hallerde sözleşmeyi devam ettirebileceğini hükme bağlayarak, yazarın mirasçılarının durumunu özel olarak düzenlemiştir.

Eğer, eser sahibi eseri tamamladıktan fakat yayınlayana teslim etmeden önce veya eser ana metin olarak bitmiş olmasında rağmen, önsöz bibliyografya, içindekiler kısmı eksikken ölür veya tamamlama yeteneğini kaybederse, bu takdirde sözleşme sona ermez. Zira, eserin teslimi şahsen ifa edilmesi gereken, kişisel nitelikte bir edim değildir. Bu bağlamda, mirasçılar eseri teslim borcunu yerine getirmekle yükümlüdürler. Çünkü, eser sahibinin ölümüyle birlikte, mirasçılar kural olarak külli intikal uyarınca eser sahibinin hak ve borçlarına ve bu anlamda yayın sözleşmesinden doğan hak ve borçlara -şahsen ifa borcunun zorunlu olduğu haller saklı kalmak kaydıyla- halef olurlar.

Bu bağlamda, yukarıda anılan BK m. 384/I ve FSEK m. 50/3 hükmü ancak, ileride meydana getirilecek veya tamamlanacak eserler için uygulama alanı bulacaktır. Çünkü

[1363] TROLLER, Kommentar, 71; TROLLER, II, 916.
[1364] TROLLER, Kommentar, 71.

tamamlanmış eserler açısından eserin tesliminin bizzat eser sahibi tarafından yerine getirilmesi zorunlu olmadığından, anılan durum hükmün kapsamı dışındadır.

Yayın sözleşmesi BK m. 384 uyarınca sona ererse, tarafların sözleşmeden doğan hakları da sona erecektir. Sözleşmenin sona ermesiyle birlikte, taraflardan her biri kendisinin oluşturduğu masrafları taşıyacaktır. Yayınlatan eğer, bir ön ödeme veya avans almışsa, aldığı bu avansı geri ödemek zorundadır. İsviçre-Türk Hukukunda eğer eser sahibinin eseri tamamlaması kendi kusuruyla olanaksız duruma gelirse, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır[1365].

2. BK m. 384/II Uyarınca Hakimin Kararı

BK m. 384/II'ye göre, istisnai hallerde akdin kısmen veya tamamen muhafazası mümkün ve hakkaniyete uygun görünüyorsa, hakim sözleşmeyi muhafaza ve bunun için bütün zorunlu tedbirleri emredebilir[1366].

Anılan hüküm, yukarıda bahsedilen genel kuralın bir istisnasını teşkil eden ve uygulaması oldukça meşakkatli ve çok ender hallerde uygulanabilen istisnai bir hükümdür. Zira, kaynak kanundaki (İBK) maddenin Almanca metninde, anılan hükmün ancak istisnai hallerde (ausnahmweise) uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak bu ibare BK ve TBKT'ye alınmamasına rağmen, hükmün içeriğinden ve eserin niteliğinden de aynı sonuca ulaşmak mümkündür.

Eserin bitmesine az kalması veya eserin kısmen tamamlanması gibi durumlarda, sözleşmenin bu yüzden sona ermesi bazen hakkaniyete aykırı olacaktır. İşte, yasa koyucu bu sakıncayı göz önünde bulundurarak, hakime sözleşmenin kısmen veya tamamen devam etmesine karar verme yetkisi tanımıştır[1367].

Eğer taraflar, sözleşmenin devam etmesi konusunda uzlaşamazlarsa hakim, BK m. 384/II çerçevesinde taraflardan birinin veya diğerinin arzusu doğrultusunda eserin tamamlanmasına karar verebilir. Ancak, hakim, anılan maddede öngörülen şartlarla bağlıdır[1368]. Dolayısıyla, hakim eserin tamamlanması konusunda bir takdir yetkisine sahiptir[1369], ancak hakimin bu takdir yetkisinin sınırını hükümde öngörülen şartlar

---

[1365] Bkz. TROLLER, Kommentar, 71.

[1366] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 500 uyarınca da, "ancak, sözleşmenin tamamı veya bir bölümünün yerine getirilmesi mümkün ve hakkaniyete uygun bulunursa, hâkim, sözleşme ilişkisinin devam etmesine ve bunun için gereken değişikliklerin yapılmasına karar verebilir".

[1367] PEDRAZZINI, 593.

[1368] TROLLER, Kommentar, 71; TROLLER, II, 916.

[1369] İsviçre'de söz konusu hükmün, fikri eserler hakkındaki sözleşmelerin özelliğine uymayan aşırı bir takdir

çizmektedir.

Anılan hükümde öngörülen şartlar; sözleşmenin yerine getirilmesinin "olanaklı ve hakkaniyete uygun bulunması"dır. Bu bağlamda, hakim sadece buna itiraz eden tarafa sözleşmenin yerine getirilmesi yükümünü yüklemekle kalmaz. Aynı zamanda hakim, bunun için gereken değişikliklerin yapılmasına da, -örneğin eseri tamamlayacak olan eser sahibini belirleyebilir- karar vermek zorundadır. Ancak hakim, seçtiği yeni eser sahibine, bu görevi üstlenmesi veya bir yayın sözleşmesi yapması konusunda talimat veya hüküm veremez. Sözleşmenin yerine getirilmesinin hakkaniyete uygun olup olmadığı tespit edilirken, seçilen eser sahibinin ileri sürdüğü talepler de göz önünde bulundurulmalıdır. Yine hakim, eserin tamamlanmasının yerinde ve amaca uygun olup olmadığı noktasında veya alınan önlemler konusunda şüpheye düşerse, bu zor görevi yerine getirebilmek için bir veya birden fazla kişiye başvurmak zorunda kalacaktır[1370].

"Olanaklı" bulunmak, eserin herhangi bir şekilde tamamlanması -veya bir müzik eserinin bestelenmesi- şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu şart, eseri tamamlamaya hazır bir eser sahibinin mevcut olması ihtimalinde yerine getirilmiş sayılacaktır[1371]. Dolayısıyla başlanmış eseri, yaratıcısının anlam ve ruhunda tamamlayabilecek ehliyette birinin bulunması gereklidir[1372]. Özellikle, eser ancak eser sahibinin kişiliğine uygun bir üçüncü kişi varsa ona tamamlattırılabilir[1373]. Bu bağlamda, eserin tamamlanmasının "olanaklı" olması ancak, eserin hem içerik hem de şekil itibariyle niteliğinin korunabileceği durumlarda söz konusu olabilir. "Hakkaniyete" uygun bulunma ise, "katlanılabilme" anlamında kullanılmıştır. "Hakkaniyet" teriminin, bir fikri bir de maddi içeriği vardır. Fikri içerik eser sahibi veya onun mirasçıları için söz konusu olurken, maddi içerik her şeyden önce yayınlayan için söz konusu olacaktır. Fikri açıdan katlanılabilme, her ne kadar eserde kaçınılmaz olarak ikinci eser sahibine özgü nitelikler olsa da, eserin tamamlanan kısmından ne içerik ne de şekil olarak ayrılmadan ve eserin niteliğinin korunması şartıyla eserin tamamlanabilmesidir. Maddi ilişki dolayısıyla, eserin hakkaniyete uygun olması, taraflardan hiçbirine mali açıdan aşırı bir yük yüklenmemesi anlamında kullanılmaktadır. Eser sahibi veya mirasçıları nerdeyse yok denecek kadar az, yayınlayan da ancak istisnai hallerde büyük bir zarara uğramak zorunda kalmalıdır[1374].

"Olanaklı" ve "hakkaniyete" uygun bulunma, her şeyden önce, eserin bir kısmının

---

yetkisi verdiği ileri sürülmüştür. Bkz. GİRİTLİOĞLU, 73.

[1370] TROLLER, Kommentar, 71. Bilirkişiye başvurma zorunluluğu konusunda ayrıca, TUNÇOMAĞ, 606-607; BİLGE, 283; GİRİTLİOĞLU, 75.

[1371] TROLLER, Kommentar, 71.

[1372] TUNÇOMAĞ, 606.

[1373] GİRİTLİOĞLU, 75.

[1374] TROLLER, Kommentar, 71-72.

meydana getirilmiş olması ve meydana getirilen bu kısmın bağımsız olarak bir anlam taşıması halinde söz konusu olacaktır[1375]. Dolayısıyla, eser sahibi eserin ancak bağımsız bir eser oluşturacak şekilde belirli bir bölümünü tamamlamışsa, sözleşmenin kısmen ayakta tutulması mümkündür[1376]. Diğer bir ifadeyle, sadece oluşturulmasına başlanmış bir eser tamamlanabilir. Başlamaktan kasıt ise, tamamlanmış kısmın, eser olarak kabul edilecek düzeyde bağımsız bir niteliğe sahip olmasıdır. Sadece materyallerin, notların toplanması eseri oluşturmaya yetmez, zira bu sayılanlar sadece hazırlık çalışmalarıdır[1377]. Böylece kanun koyucunun, hükmün uygulanması açısından, eserin en azından belli bir bölümünün eser sahibinin damgasını taşıması gerektiğini bir önşart olarak kabul ettiği söylenebilir.

Eserin bir üçüncü kişi tarafından tamamlanması daha çok bilimsel eserlerde mümkündür. Diğer bir ifadeyle, bu durum daha çok, bilimsel bir eserin genel kısmının veya bir eserin belli bir kısmının, bölüm bölüm yayınlanması gerektiği ihtimallerde söz konusu olacaktır. Bu durumda, eseri tamamlayan kişi özellikle, konuya ilişkin teknik bilgileri arayacak, kendine özgü yorumları ise daha az yapacaktır. Ancak, burada da istisnalar olabilir. Bu bilgilerden sadece, bilimsel eserlerin tamamlanabileceği şeklinde bir sonuç çıkmamalıdır, aksine edebiyat eserleri veya müzik eserleri dahi şartları taşımak kaydıyla tamamlanabilir[1378].

Hakimin, bu kararı verirken, eser sahibinin dile getirdiği son arzularına da saygı göstermesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak, eser sahibinin eseri tamamlayacak durumda olmamasına rağmen, hala karar verme yeteneğine sahip olduğu hallerde, hakimin hiçbir şekilde, eser sahibinin rızasına aykırı olarak eseri yayına vermeye yetkili olmadığı

[1375] TROLLER, Kommentar, 72; TUNÇOMAĞ, 606-607; BİLGE, 283; TEKİNALP, 249; GİRİTLİOĞLU, 73.

[1376] TROLLER, II, 916.

[1377] TROLLER, Kommentar, 72. GİRİTLİOĞLU, BK'nın anılan hükmünün genel olarak, eserin esas itibariyle tamamlanmış olup da ancak ikinci derecedeki noktaların tamamlattırılmasının zorunlu olduğu durumlarda uygulanacağını belirtmektedir. Bu çerçevede tamamlanan bir esere asıl yazarın adı verilmeli, üçüncü kişinin adı da tamamlayan diye yazılmalı, önsözde de hangi noktaların tamamlattırıldığı imkan ölçüsünde belirtilmelidir.

GİRİTLİOĞLU, BK m. 384/II'nin uygulanması konusunda şu ihtimallere yer vermektedir: Taraflardan biri sözleşmenin devamı konusunda yargıcın onamını isterse, yargıç için üç olanak doğacaktır:

Sözleşmeden doğan borç ilişkisini BK m. 384/II uyarınca bütünüyle ortadan kaldırabilir.

Esere daha yeni başlanmış olup da, yazılmış bölümün olduğu gibi yayınlanması bir şeye yaramayacağı gibi, başka bir yazara tamamlattırılması da eseri yeniden yazmak kadar, belki de daha fazla külfetli olacaksa bu yol seçilir.

Yazar tarafından tamamlanmış bölüm dolayısıyla BK m. 384/II gereğince yayın sözleşmesi bir bölümce devam ettirilebilir.

Bu fıkra gereğince, yayın sözleşmesi yalnız tarafından tamamlanmış olan bölüm konusunda geçerli tutulur; fıkrada belirtildiği üzere, tamamlanmış bölümün yayınının bir anlam taşıması, böylece başlı başına yayımının "mümkün ve muhik"[1377] olması ve tarafların BK m. 20/II'de belirtildiği üzere sözleşenlerce daha başlangıçta bu durum bilinmiş olsaydı, yalnızca tamamlanmış bölümünün yayınının istenebileceğin varsayılması (farz edilmesi) durumunda böyle yapılır. Bundan başka bu fıkranın uygulanması için aşağıda c) şartının gerçekleşmemiş olması lazımdır.

c- Tamamlanmış bölüm yayınlanacak olduktan başka, tamamlanmamış bölüm de başka bir yazara tamamlattırılarak yayınlatılabilir. GİRİTLİOĞLU, 75.

[1378] TROLLER, Kommentar, 72; TROLLER, II, 916.

vurgulanmaktadır[1379]

Eserin bölüm bölüm yayınlanmasının mümkün olması halinde hakim, sözleşmenin sadece tamamlanmış bölümünün varlığını devam ettirmesine hüküm verebilir. Ancak, eser henüz sahibinin elindeyse ve kendisi de eserin yayınlanacak derecede olgunlaşmadığı fikrinde ise, hakimin onun iradesine rağmen eserin bölümsel yayınlanmasına karar vermemesi doğru olur[1380]. Fakat bazılarına göre, yayınlatanın eserin bölümsel yayınlanmasına kötülük yapma amacıyla razı olmaması ihtimali bulunduğu için, kanun sözleşme ilişkisinin devamının mümkün ve adaletli olması halinde, hakimin eserin bölümsel yayınlanması kararını vermesini emretmiştir[1381]. Kanaatimizce, böyle bir ihtimalde hakim bilirkişiye başvurmak zorundadır. Zira, tamamlanmış kısmın bölümsel olarak yayınlanmasının mümkün olup olmadığına, tamamlanmış kısmın bağımsız bir eser niteliğine ulaşıp ulaşmadığına, sözkonusu kısmın tüm eserin kapsamı içindeki yeri ve eserin niteliği dikkate alınarak, dürüstlük kuralı ışığında bilirkişiler tarafından karar verilecektir.

Ancak, tamamlanmış kısım bağımsız bir anlam taşımıyor veya eserin tamamlattırılması mümkün olamıyorsa, yayın sözleşmesi sona erecek ve taraflardan her biri o ana kadar yaptığı giderleri bizzat yüklenecektir[1382].

Eser sahibi eseri tamamladıktan sonra ölürse, yayın sözleşmesi ayakta kalacak ve eser sahibinin mirasçıları yayınlatanın yerini alacaklardır[1383].

D. YAYINLAYANIN İFLASI

BK m. 384/III'e göre, yayınlayan iflâs ederse yayınlatan, eseri başka bir yayınlayana verebilir; ancak, iflâs anında henüz vadesi gelmeyen borcun yerine getirileceğine dair teminat alırsa, yayınlatan eseri başka bir yayınlayana veremez[1384].

Eser sahibi veya yayınlatana göre, yayınlayanın genellikle iflasa tabi bir kişi olmasından dolayı uygulamada, yayınlayanın iflas etmesiyle daha sık karşılaşılmaktadır.

Anılan madde, sadece yayınlayanın iflasını öngörmektedir. Bunun dışındaki ödeme veya ifa güçlükleri bu madde kapsamında değerlendirilmeyecek, bu durumda genel hükümler devreye girecektir. Bu bağlamda, sözleşme ancak, ödeme güçlüğünden dolayı, yayınlayanın

[1379] PEDRAZZINI, 594.
[1380] TUNÇOMAĞ, 607; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 392- N. 6.
[1381] Bkz.TUNÇOMAĞ, 607.
[1382] Bkz. TUNÇOMAĞ, 607.
[1383] PEDRAZZINI, 594; HILTY, Basler, 2100.
[1384] BK'nın bu hükmünü karşılayan TBKT m. 500/III uyarınca, yayımcı iflâs ederse yayımlatan, eseri başka bir yayımcıya verebilir; ancak, iflâs anında henüz muaccel olmamış borcun yerine getirileceği konusunda güvence gösterilmişse, yayımlatan eseri başka bir yayımcıya veremez.

temerrüde düşmesi halinde BK m. 106 vd. uyarınca feshedilebilir[1385]. Yayınlayanın iflası, çoğaltma ve yayma borcunun ifa edilmesi sorununu gündeme getirmektedir. Zira, çoğaltma ve yayma borcunun ifası önemli ölçüde finansal kaynağı gerektirmektedir. Aynı zamanda, eser sahibinin manevi hakları da tatmin edilmelidir. Zira, eser sahibi için, eserin tasfiye halindeki bir işletme tarafından mı basıldığı yoksa tanınan ve güvenilir bir yayınevi tarafından mı basıldığı son derece önemlidir[1386]. Özellikle, eserin veya bizzat eser sahibinin itibarı, iflas eden bir yayınevi ile bağlantı içinde olduğunda, eser sahibinin manevi menfaatleri de tehlikeye girmektedir. Bu yüzden, yayınlatana yayınlayanın iflası halinde genel bir dönme hakkının tanınması uygun olabilirdi. Nitekim, böyle bir öneri İBK'nın revizyonu sırasında gündeme getirilmiş, ama bu teklif reddedilmiştir. Söz konusu teklife göre, dönme hakkı sadece çoğaltma işleminin başlamasına kadar kullanılabilirdi[1387]. Teklifin reddedilmesinin üzerine, İBK'da şu anda yürürlükte olan hükümle yetinilmiştir.

BK m. 384/II ve İBK m. 392/II, hükmün uygulanması açısından, eserin çoğaltılmış olup olmadığı veya çoğaltılmış nüshaların bir kısmının dağıtılmış olup olmadığı arasında herhangi bir ayrım yapmamaktadır[1388].

Yayınlayanın iflas etmesinden önce eser yayınlanmış ve yayınlatanın telif ücreti hakkı doğmuşsa, yayınlatan bu alacağını masaya yazdırır[1389].

BK m. 384/III, BK m. 82'deki genel kuralın özel bir uygulanma halidir. Ancak, kanun koyucu yayın sözleşmesinin özel bünyesini dikkate alarak, BK m. 384/III ile BK m. 82'nin uygulama koşullarını hafifletmiştir. Zira yayınlatan, çoğu zaman eseri önceden yayınlayana teslim ettiği için BK m. 82 birçok halde yayın sözleşmesine uygulanamayacaktır[1390]. Yine BK m. 82'yi, BK m. 384/III'ten ayıran bir başka nokta ise, BK m. 384/III'te ayrıca özel olarak" diğer tarafın hakkının tehlikeye düşmesi" koşulunun ispatlanmasının gerekmediğidir. Ancak, zaten yayın ilişkisinde, yayınlayanın iflas etmesi halinde, bu şart kendiliğinden kabul edilecektir[1391]. BK m.384/III'ün özel hüküm olarak avantajı, bunun için yayınlatanın, ayrıca hakimin kararına ihtiyacı olmamasıdır[1392].

Bu çerçevede, BK m. 384/III uyarınca, yayınlatan borcunu önceden ifa etmiş olsa dahi,

---

[1385] HILTY, Basler, 2101. TROLLER'e göre, yayınlayanın aşikar olarak ödeme güçlüğü içinde olduğu hallerde yayınlatana fesih hakkının tanınması düşünülebilir. Bkz. TROLLER, II, 916.
[1386] TROLLER, Kommentar, 73; TROLLER, II, 916; PEDRAZZINI, 591.
[1387] Bkz.PEDRAZZINI, 592.
[1388] TROLLER, Kommentar, 73.
[1389] Bkz. TEKİNALP, 249.
[1390] BK m. 261'de de kiracının iflası özel olarak düzenlenmiştir. Anılan hükme göre; kiracının kiralanın tesliminden sonra iflas etmesi halinde, kiraya verene uygun bir süre içinde güvence verilmezse, kiraya veren sözleşmeyi feshedebilir.
[1391] OSER/SCHÖNENBERGER, 1459; TROLLER, II, 917; PEDRAZZINI, 593.
[1392] Bkz.TROLLER, Kommentar, 73; TROLLER, II, 917; HILTY, Basler, 2101; TUNÇOMAĞ, 608.

yayınlayanın iflas etmesiyle birlikte, ayrıca haklarının tehlikeye düştüğünü ispat etmek zorunda kalmadan bir süre tayin edebilir. Bu süre içinde, yayınlayan borcunu ifa edeceğine dair teminat (güvence) vermediği takdirde, yayınlatan sözleşmeyi feshedebilir[1393]. BK m. 384/III, açıkça "sözleşmenin feshinden" bahsetmemiştir. Bu yüzden, İsviçre'de bazı yazarlar ve İsviçre Federal Mahkemesi[1394], "eserin başka bir yayınlayana verilmesi" ibaresinin sözleşmenin feshi anlamına gelmeyip, maddenin yayınlatana sadece, eseri başka bir yayınlayana verme hakkı verdiği görüşündedirler[1395]. Buna karşılık, anılan hükümle yayınlatana sözleşmeyi fesih hakkının tanındığı yönünde de görüşler ileri sürülmüştür ki, kanaatimizce de bu görüş maddenin yer aldığı kenar başlığın "C. Sona Erme" ve 384. maddenin üst başlığının "Kişisel Nedenlerle Sona Ermesi" ibareleri de bu görüşü desteklemektedir[1396]. Ayrıca, eserin bir başka yayınlayana devri, birinci yayınlayanla yapılmış olan sözleşmenin feshedildiğini gösteren açık bir delildir. Çünkü birinci yayın sözleşmesi ortadan kalkmadan, yayınlatanın aynı eser üzerinde bir başka yayınlayanla yeni bir yayın sözleşmesi yapabilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan, yayınlatanın istediği teminatı her şeyden önce iflas masası veya bizzat müflis verecektir. İflas masasının sözleşmenin ifasını üzerine alması, diğer bir ifadeyle borcun aynen ifasını üzerine alması teminat gösterme anlamındadır[1397].

İflas idaresi, talep edilen güvenceyi sağlarsa veya bu konuda kendisinden hiçbir güvence talep edilmezse, yayın sözleşmesi kural olarak varlığını sürdürecektir. Doktrinde oybirliği ile, iflas idaresinin, ya kendisinin bizzat sözleşme ilişkisine katılarak, iflas masası olarak yayın sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmeye devam edeceği ya da yayınevinin değerlendirilmesi çerçevesinde yayın hakkını bir başka yayınlayana devretmeye yetkili olacağı kabul edilmektedir[1398]. Yeter ki, bu devir yayınlatan için, yeni yayınlayanın eski iş türlerinden dolayı katlanılamaz derecede olmasın. Örneğin, dünya çapında değerli bir eserin, müstehcen eserler yayınlayan bir yayınevine bırakılması. Bu bağlamda, verilecek olan güvence, öncelikle yeni işletme tarafından söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmesi konusundaki sorumluluktur[1399].

[1393] TROLLER, Kommentar, 73; TROLLER, II, 917; TUNÇOMAĞ, 608.

[1394] BGE 49 II 460. İsviçre Federal Mahkemesinin söz konusu kararına göre, yayın sözleşmesinde de genel kural olan BK m. 82 de geçerlidir. Dolayısıyla, yayınlatan, eseri başka bir yayınlayana vermek zorunda kalmaksızın sözleşmeyi sona erdirebilecektir.

[1395] Bkz. TROLLER, Kommentar, 73; TROLLER, II, 917; HILTY, Basler, 2101; TUNÇOMAĞ, 608.

[1396] Bkz. TROLLER, Kommentar, 73; TUNÇOMAĞ, 608; GİRİTLİOĞLU, 76. İsviçre doktrininde, yayınlatana sözleşmeyi feshetmesi veya eseri başka bir yayınlayana vermesi arasında seçim hakkı tanıyan yazarlar da vardır. TROLLER, Kommentar, 73.

[1397] TROLLER, Kommentar, 73; TUNÇOMAĞ, 608.

[1398] Bkz. TROLLER, II, 917; HILTY, Basler, 2101; PEDRAZZINI, 593.

[1399] TROLLER, II, 917.

Yayınlayanın iflasında, yayın hakkının sadece yayınlatanın onayıyla devredilebileceği kuralına bir istisna getirildiği ağırlıklı olarak kabul edilmektedir[1400]. Yayınlatan da, yayın hakkını devralan yeni yayınlayana karşı ancak, yayınlayanın şahsında feshe yol açacak şekilde bir haklı sebep mevcutsa, bunu ileri sürerek sözleşme ilişkisini feshedebilir[1401].

Ancak, BK m. 384/III'ün yorumlanması konusunda yapılan bu tartışmalar bugün için FSEK m. 50/III ile geçerliliklerini kaybetmişlerdir. Zira, FSEK m. 50/III ile yayınlayanın sadece iflası halinde değil, yayınlayanın sözleşme uyarınca devraldığı mali hakları kullanmaktan aciz duruma düşmesi yahut kusuru olmaksızın kullanmanın imkansız hale gelmesi hallerinde de sözleşme sona erecektir. Bunun için yayınlayana, ayrıca bir süre verilmesi de gerekmez[1402].

BK ve İBK'da, yazarın ve yayınlatanın iflasına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Yazarın iflası çok istisnai bir haldir. Çünkü yazarın iflas edebilmesi için iflasa tabi bir kişi, mesela tacir olması gerekir. Bu da çok nadir rastlanılan bir olaydır. Yayın sözleşmesine konu olan bir eser vücuda getirildikten sonra yazar veya yazar olmayan yayınlatan iflas ederse yazarın yayın sözleşmesinden doğan alacakları iflas masasına geçer, telif hakkı iflas masası tarafından tahsil edilir. Eser vücuda getirilmiş olup da yazar, eser yayınlayana teslim edilmeden önce iflas etmişse, eser üzerindeki hakların kullanılma yetkisi iflas masasına ait olur. Bu halde yayınlayan eserin kendisine teslimini isteyemez, ancak eserin değerini para alacağı olarak masadan isteyebilir (İİK m. 198/I). Şu kadar ki, iflas idaresi taahhüdün aynen ifasını deruhte edebilir. Bu takdirde, alacaklı talep ederse, iflas idaresi teminat gösterir (BK m. 82)[1403] .

Yazar iflas ettiğinde esere henüz başlanmamış ya da eser tamamlanmamışsa, iflas yazarın eserini tamamlamasına engel olamaz. Yazar eserini tamamlar ve yayınlayana teslim ederse yayın sözleşmesini ifa etmiş olur. Yayın sözleşmesinden doğan telif ücreti, yazarın iflastan sonraki şahsi çalışması sonucu elde edildiği için masaya girmez[1404]. Yazar eseri meydana getirmezse yayınlayan, ifa etmemeden doğan zararını masaya yazdırabilir[1405].

Eser sahibinin ödeme güçlüğü içinde olması, yayın sözleşmesini, ancak bu durum eser sahibini eseri oluşturmaktan alıkoyuyorsa, ihlal edebilir. Böyle bir durumda, eser sahibi temerrüde düşeceği için, yayınlayan BK m. 106 vd. uyarınca sözleşmeden dönebilecektir.

[1400] PEDRAZZINI, 593; HILTY, Basler, 2101.
[1401] PEDRAZZINI, 593.
[1402] Aynı yönde TUNÇOMAĞ, 608; GİRİTLOĞLU, 76; KURU Baki, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, C. III, Ankara 1993, 2974, dn.18; TEKİNALP, 250.
[1403] Bkz. TEKİNALP, 249.
[1404] Bkz. TEKİNALP, 249; KURU, 2974.
[1405] TEKİNALP, 249; KURU, 2974.

Zira, yayınlayan eser sahibinin ödeme güçlüğü içinde olması halinde, kendisinden tazminat elde edemeyeceği için, yayınlayan ancak sözleşmeden dönme şıkkını kullanabilecektir. Eğer eser sahibi eseri tamamlarsa, eser sahibinin alacaklıları, yayınlayanın çoğaltma ve yayma hakkına dokunamayacaklardır. Zira, İsviçre ve Türk Hukukuna göre, yayınlayan söz konusu hakları yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte kazanmaktadır. Ayrıca, İsviçre URG m. 10 da, eserin kamuya sunulmasından önce eserin cebri icraya konu olmasını yasaklamıştır[1406]. Aynı hüküm, yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere FSEK m. 61/I'de ifade edilmiştir.

Bu bağlamda, yayınlatanın ödeme güçlüğü içinde olması, bu durum eser sahibinin temerrüdüne yol açmadığı sürece bir sona erme sebebi değildir[1407].

E. YAYIN SÖZLEŞMESİ UYARINCA YAYINLAYANA BİRDEN FAZLA BASI YAPMA YETKİSİ VERİLDİĞİ HALDE YAYINLAYANIN YENİ BASI YAPMAYI İHMAL ETMESİ

BK m. 375/III'e göre, "Eğer mukavele naşire muayyen ve birden fazla taba veya eserin her tab'ına salahiyet vermiş olup da naşir de eserin nüshaları tükenmiş iken yenden tab'ı ihmal ediyorsa müellif veya halefleri, yeni bir tabı için naşire hakim tarafından bir mühlet tayin ettirebilirler. Naşir, bu mühlet zarfında borcunu ifa eylemezse hakkı sakıt olur"[1408].

Sözkonusu maddeden, yeni basım yapmaya yetkili olan yayınlayanın aynı zamanda, yeni bası yapma borcu altında olup olmadığı konusu açıkça anlaşılamamaktadır. İsviçre-Türk Hukukunda, bu konuda yargıda bulunurken, AYK'nın yeni basıları düzenleyen hükmü olan, AYK §17 de gözönünde bulundurulmaktadır.

AYK §17'ye göre, yeni bası yapmaya yetkili olan yayınlayan böyle bir hakkı/yetkiyi kullanmak zorunda değildir. Yazar, böyle bir hakkın kullanılması için uygun bir süre belirleyebilir. Bu sürenin bitiminde, eğer söz konusu işlem bu süre zarfında yapılmamışsa,

---

[1406] TROLLER, Kommentar, 72; TROLLER, II, 916.

[1407] HILTYY, Basler, 2100; TROLLER, II, 916; TROLLER, Kommentar, 72.

[1408] BK'nın sözkonusu hükmünün TBKT'deki hali şu şekildedir: "Sözleşmede yayımcıya belirli birkaç basım veya bütün yeni basımları yapma yetkisi verildiği hâllerde, yayımcı eserin baskı adedi tükenmiş iken yeni bir basım yapmayı ihmal ederse, yayımlatan yeni basım için yayımcıya uygun bir süre verir. Yayımcı, verilen süre içinde basımı gerçekleştirmezse, yayım hakkı düşer".
818 sayılı Borçlar Kanununu 375. maddesinin son fıkrasında öngörülen durumda, yayımlatanın veya haleflerinin istemi üzerine, yeni bir basım için yayımcıya verilecek sürenin hâkim tarafından belirlenmesinden söz edildiği hâlde, Tasarıda, yayımlatan tarafından uygun bir sürenin verilmesi yeterli görülmüştür. Aynı fıkrada "veya halefleri" sözcüklerinin kullanılmasında bir zorunluluk olmaması nedeniyle, bu sözcükler Tasarıya alınmamıştır.

yazar sözleşmeden dönebilir[1409]. Eğer, söz konusu işlem/faaliyet yayınlayan tarafından reddedilmişse, belirli bir sürenin verilmesine gerek yoktur.

Bu bağlamda, doktrinde GİRİTLİOĞLU, şüphe halinde, Türk Hukuku için de AYK §17'ye uygun olarak, burada yayınlatana tanınanın yalnızca bir yetki olması gerektiğini, kanunun sadece sözlerinin bunun aksinin kabulünü gerektirmeyeceğini ileri sürmektedir[1410]. TROLLER'e göre de, şüphe halinde, İsviçre Hukuku'nda yeni bası konusunda yayınlayanın AYK §17'deki düzenlemeye paralel olarak, sadece bir opsiyon hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir[1411].

Buna karşılık TUNÇOMAĞ, İsviçre Hukuku'nda da OSER/SCHÖNENBERGER[1412] ve RİNTELEN[1413] tarafından da kabul edildiği üzere, "yayınlayanın verilen süre içinde basımı gerçekleştirmemesi halinde yayın hakkının düşeceği" şeklindeki ifadesinin, BK'nın yayınlayana yeni baskı yapma konusunda bir borç yüklemiş bulunduğunu kuvvetle gösterdiğini ileri sürmektedir. Aksi takdirde, yayınlayanın böyle bir borcu yoksa yayın sözleşmesinden söz edilemez[1414]. Bu bağlamda, İsviçreli hukukçuların çoğu, sonraki bası yetkisinin bulunduğu durumlarda, bunun aynı zamanda bir "yüküm" de olduğunu da kabul etmektedirler. Bu fikri savunan yazarlar özellikle "ihmal etmek" teriminden yola çıkmakta ve ancak bir "yükümün" ihmal edileceği görüşünü savunarak burada borçlu temerrüdü bulunduğunu belirtmektedirler[1415].

Fransız Fikri Haklar Kanunu'nun 63. maddesinin 3. paragrafı da bu konuda bir hükme yer vermiştir. Sözkonusu hükme göre, yayın sözleşmesi yayınlayana birden fazla baskı yapma mükellefiyetini yüklememiş dahi olsa, basılan nüshalar tükenince yayınlayan yeniden baskı yapmakla mükellef tutulmuştur. Bu hükümle, Fransız kanun koyucu, yayınlatanın çıkarlarını korumayı amaçlamaktadır[1416].

AYK §17, BK ve İBK'dan farklı olarak yayınlayanı yeni bir bası yapma yükümlülüğünden kurtarmaktadır. Ancak, sözkonusu hüküm, yayınlayan ve yazar arasında belirli bir eşitsizliği ve adaletsizliği de beraberinde getirmektedir. Yayın sözleşmesinin zorunlu unsurlarından biri olan, yayınlayanın çoğaltma borcu, yayınlayanın yeni bası

[1409] Her ne kadar AYK §17'de yazarın "dönme" hakkından bahsedilmişse de, doktrindeki hakim görüş uyarınca, buradaki dönmenin yazara tanınan bir "fesih" hakkı olduğudur. Bkz. SCHRICKER, 419.
[1410] GİRİTLİOĞLU, 64.
[1411] TROLLER, II, 912.
[1412] OSER/SCHÖNENBERGER, 1446.
[1413] RINTELEN, 581.
[1414] Bkz. TUNÇOMAĞ, 600; FRANKO, 143. Ancak, İsviçre doktrininde DITTRICH, yayın ilişkisinin her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ve yeterli bir sürüm getireceği beklenmeyen bir eserin yeni basısının yayınlayandan beklenmemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. TROLLER, 909.
[1415] Bkz. GİRİTLİOĞLU, 64; TUNÇOMAĞ, 600; AYİTER, 250.
[1416] FRANKO, 143.

yapmaması sonucunda ortadan kalkmaktadır. Ancak, sözleşme ilişkisi devam ettiği için yazarın, yayınlayanın zararına tasarruflardan kaçınma borcu ve yayınlayanın yayın hakkına dayanarak, eserin çoğaltılmasını ve yayılmasını engelleme, yasaklama hakkı devam etmektedir. Dolayısıyla, yazar eserin yayınlanması için yeni bir yayın sözleşmesi de yapamamaktadır. İşte yazarı, içinde bulunduğu bu zor durumdan kurtarmak ve eserini yeniden kullanmasını sağlamak için, AYK §17/II yazara, sözleşmeyi feshetme hakkı ve imkanı tanınmıştır[1417]. AYK §17'nin temelinde yatan bu gerekçeler, BK m 375/III ve İBK'da, yayınlayanın yeni bası yapma borcu altında olmadığının kabul edilmesi halinde bile, yayınlatanın sözleşmeyi sona erdirme hakkına sahip olduğunun kabul edilmesinin arkasında yatan gerekçelerdir. Dolayısıyla, BK'nın ilgili hükmü uyarınca, yayınlayan yeni bası yapma borcu altında olmasaydı dahi, sözleşme yayınlatan tarafından feshedilebilecektir. FSEK m. 58 uyarınca, eser sahibine tanınan cayma hakkı da aynı düşüncelerle tanınmıştır.

AYK §17, genellikle uzun süreli yayın sözleşmesi ilişkilerinde, sözleşmenin yapıldığı andaki şartlar altında, yeni bir basının yapılması konusunda, özellikle ilk basının sürümünün kapsamı, hızlı bir sürede tükenip tükenmeyeceği ve yeni bir bası için talebin ne olacağı gibi unsurların sözleşmenin kurulduğu anda öngörülemeyeceğini dikkate alarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda hükmün gerekçesini bu olgu oluşturmaktadır. Özellikle, bilimsel eserlerde ortaya çıkan yeni gelişmeler doğrultusunda, eserde ancak gerekli olan düzeltmeler, iyileştirmeler ve yenilikler, tamamlamalar yapılırsa, eser kamuoyu tarafından bir değere sahip olacaktır[1418].

Uygulamada da, sorunların büyük bir kısmı bu noktada çıkmaktadır. Basımevleri veya plak şirketleri, aralarında yapmış oldukları yayın sözleşmesi ile eserin birden fazla basısının yapılması konusunda anlaşmakta, ancak ilk basının piyasada tutmaması halinde yayınlayan diğer basıları yapmaktan kaçınmaktadır. Bu sorun aslında, yayımın ekonomik rizikosunun kimin tarafından taşınması gerektiği sorunudur. Bu sakıncayı dikkate alan AYK da, yayınlayanın yararına olmak üzere, yayınlayanın sadece yeni bası yapmaya yetkili olduğu yoksa, yayınlayanın yeni bası yapma borcu altında olmadığı şeklinde istisnai bir hükme yer vermiştir.

AYK §17, emredici bir hüküm olmadığı için, taraflar sözleşme ile bunun aksini kararlaştırabilirler. Dolayısıyla, yayınlayan böyle bir yükümlülüğü açık olarak, aralarında yaptıkları sözleşme ile üzerine alabilir. Yine, taraflar örneğin, önceki basının tükenmesinden belli bir süre sonra yeni basının yapılmaması halinde, yayın hakkının yayınlatana geri

[1417] Bkz. SCHRICKER, 412-413; ALLFELD, 93; ULMER, 231; HOFFMAN, 84; RGZ 93, 172; KNAAK, 282.
[1418] SCHRICKER, 409-410.

döneceğini de kararlaştırabilirler[1419].

Taraflar, aralarında yaptıkları sözleşme ile, önceki basının tükenmesine bağlı olmadan yayınlayana yeni bası yapma borcunu yükleyebilirler. Alman Hukuku'na göre, yayınlayan yayın sözleşmesi ile yeni bası yapma yükümlülüğü altına girmişse ve taraflar yeni bası yapılmasını ilk basının tükenmesi şartına bağlamamışlarsa, ilk basının hala stoklarda olması veya yeni bir bası için beklemek gerektiği gibi savunmalarla, sözleşmenin sonradan işlem temelinin çökmesine dayanılarak sona erdirilmesi mümkün değildir. Zira, yayınlayan aralarındaki sözleşmenin bağlayıcılığı nedeniyle, yeni bası yapmanın ekonomik rizikosunu üstlenmiştir. Dolayısıyla, bu riziko paylaşımı karşısında, işlem temelinin çökmesi kuramı kural olarak uygulama alanı bulamayacaktır. Ancak, Alman Hukuku'na göre yayınlayanın, eski basının tıpkı basımı olan yeni basının yapılmasına, önceki basının henüz tükenmemiş olması veya uzun zamandan beri esere hiç talep olmaması gibi sebeplerle itiraz edebileceği benimsenmiştir. Ancak, üzerinde çok fazla çalışılmamış olan bir yeni bası da, piyasada yeni bir talebe yol açabileceğinden, bu durumda dahi yayınlayan eseri piyasaya sunmak zorundadır. Zira, kural olarak, bunu piyasaya sürmesi yayınlayan tarafından beklenilmesi gereken bir durumdur[1420].

TBKT'de yer alan yeni düzenlemeyle yayınlayana verilecek olan süre, hakim tarafından değil, yayınlatan tarafından belirlenecektir. TBKT'deki yeni düzenleme, BK m. 106'daki seçimlik hakların kullanılabilmesi için kural olarak, sürenin verilmesi açısından hakim kararına gerek olmayan BK m. 106 ile de uygunluk içindedir. Ancak, bu durumda, yayınlayana tanınan sürenin uygun olup olmadığı sorunu ortaya çıkabilir ki, böyle bir durumda her türlü anlaşmazlığı baştan önlemek için yayınlatan süre tayini için hakime başvurabilecektir. Zira, bunu engelleyen herhangi bir hüküm yoktur.

BK'ya göre belirlenecek olan süre, eserin yeni basısı için gerekli olan uygun bir süre olmalıdır. Süre, somut olayın şartları dikkate alınarak belirlenecektir. Süre, eserin çoğaltılmasının kapsamı ve zorluğuna göre, somut olayın şartları altında objektif olarak yeni bası için gerekli olan zaman göz önünde bulundurularak tayin edilecektir. Ancak, yayınlayan içinde bulunduğu özel şartlar, örneğin yayınlayanın mali durumu ya da elindeki kağıt stoku gibi unsurlar, kural olarak göz önünde bulundurulmayacaktır[1421]. İsviçre Hukuku açısından da, sürenin uygun olup olmadığı konusunda genel bir kuralın olmadığı, bunun eserin kapsam

[1419] OLG München Schulze OLGZ 2, 10; SCHRICKER, 410.
[1420] Eğer yayınlayan yeni bası yapma yükümlülüğü altındaysa ve sözleşme uyarınca yayınlayanın yeni bası yapma yükümlülüğü, eski basının tükenmiş olması şartına bağlanmamışsa, yayınlayan tarafından bu durumun beklenilmesi gerektiğinden, yayınlayan bu basıyı yapmak zorundadır. SCHRICKER, 410-411.
[1421] SCHRICKER, 415.

ve türüne bağlı olduğu gibi, yayınevinin kapasitesine ve randımanına bağlı olduğu kabul edilmektedir[1422]. Alman ve İsviçre Hukuku'nda sürenin belirlenmesi için saptanan bu kriterlerin Türk Hukukunda da sürenin, gerek hakim gerekse TBKT'da olduğu gibi yayınlatan tarafından belirlenmesinde dikkate alınmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

Belirlenen sürenin sonunda, yayınlayan çoğaltmaya başlamak zorundadır. Ancak, yayınlayan eserin piyasaya sürülmesine, yani yayılmasına da hemen başlamak zorunda değildir. Zira, yasal hükmün Almanca mehazında, süre sadece " yeni basının üretilmesi", yani meydana getirilmesi için belirlenmektedir[1423].

Yayınlayan eğer açık bir irade beyanıyla veya herhangi bir davranışıyla yeni bir bası yapmayacağını ifade etmişse, yayınlatan herhangi bir süre tanımadan (BK m. 107) sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshedebilecektir. Örneğin, yayınlayan açıkça yeni bası yapmaya karşı çıkmışsa veya yazarın yani bası için hazırladığı manüskriyi geri göndermişse, yayınlatanın süre tanımasına ve sürenin sonunu beklemesine gerek yoktur[1424].

BK m. 375/III ile yasa koyucu, yayınlayanın verilen süre içinde basımı gerçekleştirmemesine bir yaptırım bağlamıştır: Yayın hakkının düşmesi[1425]. Yayın hakkının düşmesiyle birlikte, yayın hakkı tekrar yayınlatana geri dönecektir[1426]. HILTY, yayın hakkının yayınlatana geri dönmesini "bumerang" etkisi benzetmesiyle açıklamaktadır. Zira, yayınlayana devredilen telif hakkının kullanılmasına ilişkin sözleşme ilişkisi ve sözleşme bağı da tamamen ortadan kalkmaktadır[1427]. Bu bağlamda, yayınlayanın öngörülen süreyi verimsiz geçirirse, yayınlayan sadece kendisine tanınan yeni bası yapma yetkisini kaybetmez, aynı zamanda yayın sözleşmesi de sona erer. Böylece yayınlatan, aynı eser üzerinde başka bir yayınlayanla yeni bir sözleşme kurabilir[1428].

Özetle, yayınlatan yayın hakkı üzerinde yeniden tasarruf yetkisini kazandığından, eserin yeni basısının yapılması konusunda da başka bir yayınlayanla yayın sözleşmesi

---

[1422] TROLLER, II, 912.
[1423] TROLLER, II, 912.
[1424] TROLLER, Kommentar, 45; SCHRICKER, 415. AYK § 17'de, yeni basının yayınlayan tarafından reddedilmesi halinde belirli bir sürenin verilmesine gerek olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır.
[1425] BK'daki düzenlemeye paralel bir düzenleme "cayma hakkını" düzenleyen FSEK m. 58'dir.FSEK m. 58, BK m. 375'den daha geniş bir hükümdür.
[1426] TROLLER, Kommentar, 45; SCHRICKER, 418; HILTY, Basler, 2100 vd.; HILTY, Immaterial, 570 vd. AYK §17 de, yazarın, belirlenen süre içinde yayınlayanın yeni bası yapmaması halinde, yazarın sözleşmeden dönme yetkisine sahip olmasında, yazara tanınan bu dönme hakkının etkisinin cayma hakkı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Böylece, dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, yayınlayan yeni bası veya basılar yapma yetkisini kaybetmektedir. Bkz. SCHRICKER, 418; ULMER, 460; PEDRAZZINI, 587. Aynı yorumu, gerek BK m. 375'in lafzı, gerekse yayın hakkının düşmesinin doğal sonucu desteklemektedir.
[1427] HILTY, Immaterial, 571.
[1428] TROLLER, Kommentar, 45; SCHRICKER, 418; HILTY, Basler, 2100 vd.; HILTY, Immaterial, 570 vd.; ULMER, 460; PEDRAZZINI, 587.

kurarak, yayın hakkını da yeni yayınlayana devredebilecektir[1429].

Yayınlatan, BK m. 375/III uyarınca sözleşmeyi feshetmesi halinde, sözleşmenin o ana kadar olan kısmı, -sürekli borç ilişkisi olmasına bağlanan doğal bir sonuç olarak- özellikle eski basılar çerçevesinde ayakta kalacaktır. Böylece fesih beyanı, sözleşme ilişkisini, eserin eski basılarına ilişkin olduğu ölçüde etkilemeyecektir. Yine, fesih beyanı bu basılar açısından devredilmiş olan yayın hakkının içeriğini ve unsurlarını değiştirmeyecektir[1430].

Bu bağlamda, yayınlayan temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispatlamadığı sürece yayınlatanın sadece, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi halinde, ifaya olan menfaati (müsbet zarar) tazmin edilecektir. Bu bağlamda, telif ücreti götürü olarak belirlenmiş olsa dahi, bir eserin yeni basısının satılabilme olasılığından yoksun bulunması bir mazeret, yani bir indirim sebebi olarak görülebilecektir. Ancak, sürümün imkansız olduğu iddiası her koşulda ispatlanmalıdır[1431].

Anılan hükmün, İsviçre ve Türk Hukukunda, BK m. 106/İBK m. 107'nin özel bir uygulama alanı[1432] olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla, BK m. 375'e göre, hakim tarafından verilen süre içinde veya bu düzenlemeyi karşılayan TBKT m. 496/III uyarınca yayınlatan tarafından verilen uygun süre zarfında yeni baskı yapmaktan kaçınan yayınlayana karşı, yayınlatan BK'da belirtilen seçimlik yetkileri kullanabilecektir[1433]. BK m. 375/III'ün, sadece sözleşmeden dönme (yayın hakkının düşmesi) hakkını düzenlemiş bulunması, diğer iki hakkın kullanılmayacağı ve uygulanmayacağı anlamına gelmez. Yine, yayınlatan, süre tanımak yerine, ifa konusunda ısrar edebilir. Yayınlayan yeni bir bası yapmazsa, yayınlayan aynı zamanda sözleşmeyi ihlal etmektedir ve sözleşme ihlalinin sonuçlarından da sorumludur. Yalnız yayınlatan ifa ile birlikte, gecikme tazminatı veya ifa etmeme yüzünden tazminat şıklarından birini seçmesi halinde, yayınlayan örneğin eserin satılacak nitelikte bir eser olmadığının şüphe götürmeyecek şekilde kesin olarak tespit edilmiş olması halinde, TMK m.

[1429] SCHRICKER, 418; ULMER, 460; PEDRAZZINI, 587; TROLLER, Kommentar, 45; HILTY, Basler, 2100 vd.; HILTY, Immaterial, 570 vd.

[1430] Bkz. SCHRICKER, 419. AYK §17 irdelendiğinde görülmektedir ki, anılan hüküm BK m. 375/III'ten farklı olarak önceki basının tükenmesi şartını aramamaktadır. Bu bağlamda, eski basıdan kalan nüshaların akıbeti sorunu gündeme gelmektedir. Yayınlatan sözleşmeyi feshettiği takdirde, sözleşmenin eski basısına ilişkin kısmı, fesih anına kadar geçerli olacağı için, şüphe halinde, eski basılar tükeninceye kadar, yayınlayan bunları yayma hakkına da sahiptir. Ancak, yayınlayan artık eski basıyı çoğaltma hakkına sahip değildir. SCHRICKER, 416.

[1431] TROLLER, Kommentar, 45.

[1432] Ancak, BK m. 106'da sürenin alacaklının bizzat kendisi tarafından belirlenmesine karşılık, BK m. 375'de süre, hakim tarafından belirlenmekte ve bu sürenin geçmesi halinde, sözleşme yasada öngörülen bu hükme dayanarak sona ermektedir. Oysa, BK m. 106 uyarınca, sürenin sona ermesi veya süre verilmesine gerek olmaması halinde (BK m. 108), alacaklı seçimlik haklarından birini seçerek bunu karşı tarafa bildirmek zorundadır. TROLLER, II, 912.

[1433] TUNÇOMAĞ, 600; BİLGE, 278; TROLLER, Kommentar, 45; HILTY, Basler, 2084; PEDRAZZINI, 586. Aksi görüş, LÜDİN, 124,OSER/SCHÖNENBERGER, 1446. LÜDİN, yayınlayanın temerrüdünün sonucu olarak sadece sözleşmenin sona ermesini benimsemekte, yoksa yayınlatanın tazminat talebini reddetmektedir.

2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması itirazını yapabilecektir. Zira, eserin satılamaz nitelikte bir eser olduğu şüpheye yer vermeyecek şekilde sabitse, yayınlatanın hala yeni bası konusunda ısrar etmesi, dürüstlük kuralına aykırıdır[1434]. Eserin satılamaz nitelikte bir eser olduğu şüpheye yer vermeyecek şekilde sabitse, yayınlatanın da karşılanması gereken bir tazminat talebine yer yoktur. Çünkü satılmayan eser nüshalarının yeni basısının yapılması halinde dahi satış yapılamayacağının sabit olması halinde, yayınlatan, sadece yeni basının yapılmaması yüzünden herhangi bir zarara uğramayacaktır. Buna karşılık yayınlatan sözleşmeden dönmüşse, yayınlayanın kural olarak buna itiraz hakkı yoktur[1435].

TROLLER'e göre, bu konuda kesin bir sonuca varmak için aslında sözleşmenin içeriğine, madde metinlerine, ifadelerine odaklanmak gerekmektedir. Eğer, sözleşme herhangi bir saklı tutma kaydı olmaksızın belirli sayıda bası için kurulmuşsa, yayınlayan bu basıları gerçekleştirmekle yükümlüdür ve temerrüde düştüğü takdirde de, tazminat ödemekle yükümlüdür. Dolayısıyla, TMK m. 2'ye dayanmanın bu noktada pek bir yardımı olmayacaktır. Ancak, yeni bir bası kesinlikle hiç alıcı bulamayacaksa, o zaman tamamen değişen koşullar dolayısıyla, işlem temelinin çökmesine dayanılarak sözleşme sona erdirilebilecektir. Ancak, yayınlayanın yeni bası yapma borcu altında olduğunu kabul etmek konusunda dikkatli olunmalı ve şüphe halinde, AYK §17'deki düzenlemeye paralel olarak, yeni bası konusunda yayınlayanın sadece bir opsiyon hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir[1436].

BK'daki düzenlemeye paralel bir düzenleme "cayma hakkını" düzenleyen FSEK m. 58'dir. FSEK m. 58, uygulama alanı açısından BK m. 375'den daha geniş bir hükümdür[1437].

Bu anlamda, BK m. 375/III aslında FSEK m. 58'de "yayınlayanın kendisine devredilen yayın hakkını hiç veya gereği gibi kullanmaması halinde eser sahibine tanınan cayma hakkının şartlarını da taşımaktadır ve doktrindeki baskın görüş, FSEK m. 58'in de söz konusu hüküm yanında uygulama alanına sahip olduğu yönündedir[1438]. Ancak, şu farkla ki, cayma hakkı ancak eser sahibine tanındığı halde, BK m. 375/III'deki dönme hakkı yayınlatana tanınmaktadır[1439].

[1434] Bkz. TUNÇOMAĞ, 601; TROLLER, Kommentar, 45; TROLLER, II, 912; HILTY, Basler, 2084; PEDRAZZINI, 586; RINTELEN, 328. Krş. SCHRICKER, 410-411.

[1435] Bkz. TUNÇOMAĞ, 601.

[1436] TROLLER, II, 912.

[1437] Aynı çözüm Alman Hukuku'nda da kabul edilmiş ve cayma hakkını düzenleyen UrhG §41'in ilgili hükmünün AYK yanında hala uygulanabileceği benimsenmiştir. SCHRICKER, 418; ULMER, 460.

[1438] AYK §17 için de aynı görüş benimsenmektedir. Bkz. ULMER, 460; FROMM/NORDEMAN § 41-13; SCHRICKER, 416.

[1439] BK'nın bu hükmünü karşılayan düzenlemenin TBKT m. 491/III'deki hali şu şekildedir: "Sözleşmede yayımcıya belirli birkaç basım veya bütün yeni basımları yapma yetkisi verildiği hâllerde, yayımcı eserin baskı adedi tükenmiş iken yeni bir basım yapmayı ihmal ederse, yayımlatan yeni basım için yayımcıya uygun bir

II. FSEK m. 58 UYARINCA YAYINLATANIN CAYMA HAKKI

A. KAVRAM

Cayma hakkı (Rückrufsrecht), FSEK m. 58'de düzenlenmiştir. FSEK m. 58/I uyarınca, "Mali bir hak ve ruhsat iktisap eden kimse; kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre tayin edilmemişse icabı hale göre münasip bir zaman hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihmal edilirse eser sahibi sözleşmeden cayabilir".

Eser sahibinin mali bir hakkı (veya hakları) başkasına devretmesinin ya da o hak üzerinde lisans (ruhsat) tanımasının sebebi, çoğu kez eserini ekonomik yarar sağlayacak şekilde bizzat değerlendirmek imkanına sahip bulunmamasıdır. Her romancı eserini bastıracak paraya sahip olmayabilir, olsa bile, bastırdığı kitabı yurt içinde ve dışında yayması, yani dağıtması, mümkün bulunmayabilir. Bir oyun yazarından oyununu sahnelemesi için tiyatro kurması beklenemez[1440].

Mali hakkını devreden ya da ruhsat tanıyan eser sahibi, devrettiği hakkın kararlaştırılan ya da makul olan süre içince uygulamaya konulmasını ister. Bir romancı eserin 3000 adetlik birinci basısını yapma hakkını (Y) yayınevine devretmişse, kitap basılmalı ve piyasaya verilmelidir. (Y), romancıya telif ücretini ödemiş olsa bile, kitabı kararlaştırılan sürede basmaz, basmış olsa bile piyasaya vermez ya da yetersiz sayıda ve birkaç kitapçıya dağıtırsa romancı bundan zarara uğrar. Zarar çok yönlüdür: Y'nin tutumu romancının ün yapmasına, ününü arttırmasına, tanınmışlık düzeyini yükseltmesine, diğer taraftan kitabın yeni basılar yapmasına engel olur. Kötü bir dağıtım eserin tutulmadığı zannının uyanmasına sebep olabilir. Telif ücretinin satışa göre alındığı hallerde, eserin basılmaması, temsil edilmemesi, dağıtılmaması, temsilinin aralıklı olarak yapılması, radyo ile yayınlanmaması eser sahibine ayrıca zarar verebilir. İşte bu sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla FSEK 58. maddesinde "cayma hakkı" diye adlandırdığı özel bir fesih ve dönme hakkını eser sahibine tanımıştır[1441]. Zira, devralan hakları kullanmıyor, yahut kullanamıyorsa, eser sahibi üzerinde tasarruf ettiği

---

süre verir. Yayımcı, verilen süre içinde basımı gerçekleştirmezse, yayımlatan sözleşmeden cayabilir". Hükmün gerekçesinde BK m. 375/III'de kullanılan "hakkı sakıt olur" şeklindeki ibarenin, her durumda tarafların menfaatlerine uygun düşmeyebileceği gözönünde tutularak, bu ibare yerine "yayımlatan sözleşmeden cayabilir" şeklindeki ibarenin tercih edildiği yer almıştır.

[1440] TEKİNALP, 223. Ayrıca bkz. AYİTER, 218; ARSLANLI, 194; PEDRAZZINI, 553; HABERSTUMPF/ HINTERMEIER, 60; GUIBAULT, 198; SCHACK, 423.

[1441] TEKİNALP, 223; ARSLANLI, 194.

haklara tekrar kavuşabilmelidir[1442].

Cayma hakkı ilk defa, 1941 İtalyan Kanunu'nda düzenlenmiş, ancak son yıllarda gerçekleşen yeni gelişmeler doğrultusunda bütün çağdaş yasalarda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. FSEK m. 58'deki cayma hakkının düzenlenişi de 1965 tarihli Alman Eser Sahipleri Hakkındaki Kanundaki (UrhG) düzenleyişle paralellik göstermektedir[1443].

UrhG §41, FSEK m. 58'in temelini oluşturan hükümdür. Ancak, UrhG §41 FSEK m. 58'e göre kapsam olarak daha geniş bir hüküm olmasının yanı sıra, cayma hakkının kullanılmasına ilişkin bir takım farklı hükümler de öngörmektedir. UrhG §41/I'e göre, "İnhisari bir yararlanma hakkı sahibi bu hakkı hiç veya yeterince kullanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri önemli ölçüde zedelenirse, eser sahibi cayma hakkını kullanabilir. Ancak, yararlanma hakkının hiç veya yeterince kullanılmaması büyük oranda, ortadan kaldırılmasının eser sahibinden beklendiği durumlara dayanıyorsa, yukarıdaki hüküm geçerli değildir". UrhG §41 hakkındaki hükümet tasarısının gerekçesinde de belirtildiği gibi, eser sahibinin eserinin kamuoyu tarafından bilinmesi ve tanınmasında korunması gereken bir menfaati vardır. Ancak, eğer eserden inhisari olarak yararlanma hakkına sahip olan kişi bu hakkı kullanmazsa eserin tanınması engellenmiş olacaktır. Zira, inhisari yararlanma hakkı sahibinin yanında eser sahibi dahil hiçkimse eserden yararlanma hakkına sahip değildir. Her ne kadar eserin sözleşmeye uygun olarak çoğaltılmaması ve yayılmaması halinde, AYK eser sahibine bir dönme hakkı tanısa da yayınlayanın çoğaltma ve yayma yükümü altına girmediği bir durumda veya yayın hakkının üçüncü kişiye devredilmesi halinde, bu imkanlar yeterli olmayacaktır. İşte bu yüzden, eser sahibine, kendisinin sözleşme tarafı olmadığı bir ilişkide, üçüncü kişiye tanınmış olan bir yararlanma hakkının, söz konusu kişi tarafından kullanılmamasına engel olabilme imkanı verilmelidir. Bu bağlamda, tasarıda eser sahibine AYK'da öngörülen şartların dışında, yararlanma hakkının kullanılmaması yüzünden genel bir cayma hakkı tanınmıştır. Yayın hukuku çevrelerinde, eser sahibinin menfaatlerinin genel hükümler ve özellikle uzun süreli sözleşmelerde olağanüstü fesih yöntemiyle yeteri kadar dikkate alındığı ifade edilmiştir. Ancak, tasarı bu söylemlerin her zaman yeterli olmadığını, eserin değerlendirilmesinin ve eser sahibi ile yayınlayan arasında kurulan özel ilişkinin, özel bir düzenleme gerektirdiğini belirterek, bu durumun özellikle sözleşmenin karşı tarafının, eser sahibinin karşı yayınlayanı olmaması halinde gündeme geleceğini vurgulamıştır[1444]. Böylece,

[1442] AYİTER, 218; ARSLANLI, 194.
[1443] Bkz. AYİTER, 218-219.
[1444] Bkz. SCHRICKER, 579; FROMM/NORDEMAN, §42-N.6; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, §42-N.5; SCHRICKER, 623-625; GAMM Otto Friedrich von, Urheberrechtsgesetz, München 1998, §42-N.6; HABERSTUMPF / HINTERMEIER, 212; ULMER, 474-475; STRAUS, 318; KNAAK, 283. Sadece inhisari

yayın hukuku, sözleşme tarafı olmayan eser sahibinin cayma hakkının etkisinden yararlanabilmesi için dolaylı olarak bu yetkiyi eser sahibine[1445] geri vermektedir[1446].

Ancak, UrhG'nin özel bir cayma sebebi saydığı, §42'de düzenlenen "Kanaat değişmesi dolayısıyla cayma"[1447] (Rückruf wegen gewandelter Überzeugung)[1448] FSEK'e alınmamıştır.

B. CAYMA HAKKININ KULLANILMASI İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

FSEK m. 58, cayma hakkının kullanılabilmesi için gereken şartları ayrıntılı olarak düzenlemiştir. FSEK m. 58 incelendiği zaman, ilk bakışta bu hükmün BK m. 106 ile olan benzerliği göze çarpmaktadır[1449].

a. Anılan hüküm uyarınca, mali hakkı devralan ya da lisans iktisap eden kimse, kararlaştırılan süre içinde "hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslı surette ihlal edilirse" eser sahibi sözleşmeden cayabilir. Bu bağlamda, cayma hakkının kullanılabilmesi için mali bir hak veya ruhsatı iktisap eden kimsenin kararlaştırılan süre içinde, süre kararlaştırılmamışsa, uygun bir zaman içinde hak ve yetkileri hiç veya gereği gibi kullanmamış olması ve bu yüzden eser sahibinin maddi ve manevi menfaatlerinin önemli şekilde zedelenmesi gerekir.

Genel olarak, UrhG §41 çerçevesinde cayma hakkının kullanılabilmesi için de yayınlayan tarafından söz konusu inhisari hak hiç veya yeterince kullanılmamış olmalıdır. Kullanmanın yeterli olup olmadığı sözleşme uyarınca objektif olarak belirlenmelidir. Ancak, burada sözleşmenin amacı da dikkate alınmalıdır. §41 bir kullanma borcundan

---

yararlanma hakkı sahibi olan bir kişi eğer eser sahibi veya onun hukuki halefi değilse, kurduğu yayın sözleşmesi için cayma hakkını kullanamayacaktır. Ancak, böyle bir durumda her ne kadar eser sahibi veya onun hukuki halefleri arasında dolaylı olarak bir sözleşme ilişkisi olmasa da, eser sahibinin durumunu korumak ve iyileştirmek için eser sahibine cayma hakkı tanınmaktadır. SCHRICKER, 580.

[1445] UrhG §30'a göre, cayma hakkı, sadece eser sahibine ve onun hukuki haleflerine tanınmıştır. Bkz. GAMM, §41-N. 8; SCHRICKER, 580; FROMM/NORDEMANN, §41-2; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 210.

[1446] SCHRICKER, 580.

[1447] Kanaat değişmesi dolayısıyla cayma, özellikle, belli bir politik akımın savunucusu olan bir yazarın, eser daha yayımlanmadan önce politik görüşlerini değiştirmesi ihtimalinde söz konusu olacaktır. UrhG §42'yi karşılayan bir hüküm, Türk Hukukunda manevi haklara ilişkin bir hüküm olan FSEK m. 14/III'de düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, eser sahibi, eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise, eserin yayımlanmasını men edebilir. Aynı düşünce Fransız Kanunu'nda da yer almaktadır. (Art. 32). Bu işlev ile, cayma hakkının yerinin FSEK'de olduğu gibi, manevi haklar arasında yer alması ve bu anlamda cayma hakkı bu hakların bir müeyyidesi, daha doğru bir ifadeyle güvencesi olarak düşünülmelidir. Bkz. AYİTER, 219; EREL, 257. Cayma hakkının UrhG'ye girmesi aşamasında geçirilen tarihsel süreç için bkz. SCHRICKER, 578 vd.; GİRİTLİOĞLU, 79-80. UrhG §42 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FROMM/NORDEMAN, §42-N.6; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, §42-N.5; SCHRICKER, 623-625; GAMM, §42-N.6; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 212; ULMER, 474-475; STRAUS, 318; KNAAK, 283.

[1448] Bkz. Üçüncü Bölüm, §5, II, B, 2, Eser Sahibinin Kanaat Değişikliği.

[1449] Aynı görüş, TUNÇOMAĞ, 609; ARSLANLI, 194; AYİTER, 252; EREL, 252.

bahsetmemektedir, ancak genellikle yararlanma hakkına sahip olan kişi için "kullanma" aynı zamanda bir "yüküm"dür. Yayın sözleşmesi açısından kullanma borcu, sözleşmenin esaslı ve zorunlu unsurlarından biri olduğu için, cayma hakkının şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği sorusu genellikle yayınlayanın sözleşme uyarınca çoğaltma ve yayma borcunu yeterli olarak yerine getirip getirmediğiyle bağlantılıdır[1450]. Bu sorunun çözümünde dürüstlük kuralına göre tarafların menfaatlerinin değerlendirilmesi ve teamülün araştırılması yatmaktadır. Yayınlayanın sürümü arttırmak için gerekenleri yapıp yapmadığı, özellikle yayma borcu çerçevesinde sözleşmeye uygun çoğaltma yayın hukuku açısından da araştırılmalı ve değerlendirilmelidir[1451]. Bu bağlamda, yararlanma hakkı sahibinin yararlanma yükümü altında olup olmamasına veya sözleşmeyi ihlal edip etmemesine bakılmaksızın, sözleşme amacının gerçekleştirilmesi için objektif olarak gerekli olan araçlardan veya sermayeden daha az bir miktarı yayınlayan tarafından kullanılmışsa, hak yeterince kullanılmamış sayılmalıdır[1452].

Cayma hakkının kullanılması için aranması gereken bir diğer şart da eser sahibinin menfaatlerinin, hakkın hiç veya yeterince kullanılmaması yüzünden önemli ölçüde zedelenmesidir. Bu kapsamda eser sahibinin kişilik hakları ve malvarlığı hakları gözönünde bulundurulmaktadır. Kanun bu paragrafta sadece eser sahibinin menfaatlerini dikkate aldığından, karşılıklı menfaatlerin değerlendirilmesi ve tartılması burada söz konusu olmayacaktır[1453].

İhlal edilen menfaatlerin mutlaka maddi olması gerekmez. Yukarıda da belirtildiği üzere, bir yazar yayınlayandan yüksek bir ücreti peşin olarak almış olsa bile, sırf eserinin yayımlanarak kamuya aksettirilmesinin geciktirilmesi yeterli bir cayma sebebidir[1454].

Zira, her ne kadar FSEK'de eser sahibinin ihlal edilen menfaatlerinin ne tür menfaatler olduğu belirtilmese de, hak veya ruhsatı kullanmama sebebiyle sözleşmeye aykırılık sadece mali menfaatleri ihlal etseydi, bunun BK hükümleri uyarınca çözülmesi mümkündü ve bunun

---

[1450] OLG München, ZUM 1997, 451, 452; SCHRICKER, 582; ULMER, 373, MÖHRİNG/ NİCOLİNİ §41-3. Kullanma borcunun yanında sözleşmede ayrıca belirtilmesine gerek olmayan, ancak bu borcun yerine getirilmesinde, Alman Hukuku'nda yan haklar olarak nitelenen hakların kullanılmaması halinde cayma hakkının kullanılıp kullanılamayacağı, kullanma yükümünün değerlendirilmesine bağlıdır. Bkz. SCHRICKER, 582.

[1451] SCHRICKER, 582; FROMM/NORDEMAN §41-N.3, MÖHRİNG/ NİCOLİNİ § 41-N.3; GAMM §41-N.11.

[1452] Bkz. BGH 11.6.1969, GRUR 1970, 40-43; BGH GRUR 1973, 328; BGH GRUR 1974, 789; FROMM/NORDEMANN, §41-N. 3; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 211; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, §41-N.3.

[1453] Bkz. SCHRICKER, 582; FROMM/NORDEMAN § 41-N. 3; ULMER, 374; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, §41-N.3; GAMM, §41-N. 10.

[1454] AYİTER, 219; ARSLANLI, 194; TUNÇOMAĞ, 609; TEKİNALP, 223; EREL, 256; SEROZAN, 146. Ancak, mali menfaatlerin ihlalinde de, BK'ya nazaran eser sahibini daha iyi koruyan bu hükümden istifadeye engel yoktur. EREL, 256.

için FSEK m. 58'e gerek kalmazdı. O yüzden doktrin cayma hakkının daha ziyade manevi menfaatlerinin ihlali halinde kullanılabileceği görüşündedir[1455].

Dikkat edilecek olursa caymada özel bir ihlal vardır. O da, eser sahibinden hak veya ruhsatı iktisap eden kişinin bu hak veya ruhsattan gereği gibi yararlanmayarak, eser sahibinin menfaatlerini ihlal etmesidir. Caymaya bu özel ihlalin varlığı halinde başvurulur. Diğer hallerde ve borçlunun temerrüdünde BK hükümleri de uygulama alanı bulacaktır; yani cayma BK'nın fesih ve dönmeye ilişkin hükümlerini bertaraf etmiş değildir[1456].

Aynı sonuç Alman Hukuku açısından da kabul edilmekte ve bu anlamda, UrhG §41/7 "Tarafların diğer yasal hükümler uyarınca ileri sürebilecekleri haklar ve talepler saklı kalmaktadır", hükmünü içermektedir. Başka bir deyişle, UrhG §41'de eser sahibi için öngörülen bu imkan, eser sahibinin, yayın sözleşmesi çerçevesinde kullanma hakkına sahip olduğu diğer hukuki imkanların yanında uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla cayma hakkı, yayın sözleşmesi ve genel hükümler uyarınca sözkonusu olan hukuki imkanları kapsam dışında bırakmamaktadır. Alman Hukuku'nda, UrhG §41'de öngörülen cayma hakkının AYK'da öngörülen özel hükümleri dışlamadığı kabul edilmektedir[1457].

TEKİNALP, FSEK m. 58'de yer alan "hak ve selahiyetlerden gereği gibi yararlanamama" ibaresini geniş olarak yorumlamakta, sadece mali hakkın hiç uygulanmaması; özellikle kitabın basılmaması, oyunun sahnelenmemesi, TV'de temsil edilmemesi, senfoninin seslendirilmemesi, kitabın, plağın, kasetin, CD'nin piyasaya verilmemesini değil, aynı zamanda hakkın gereği gibi kullanılmaması, yani kitabın, kasetin, CD'nin yetersiz dağıtımı, oyunun haftada bir gün oynanması varsayımını ve eserin eser sahibinin FSEK m. 14/III anlamında şeref ve itibarını düşürecek şekilde, umuma arzı ve yayımını da kapsaması gerektiğini belirterek, FSEK m. 58'in uygulama alanını ve kapsamını genişletmektedir[1458]. Bu çıkarım, yukarıda da belirtildiği üzere, kaynak kanun, UrhG §41de açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla, böyle bir yorumu, kaynak kanunun anılan hükmü de

---

[1455] ULMER, 373, 375; HUBMANN, 220; FROMM/NORDEMAN § 41-N. 2; GAMM, §41-N. 8; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 210; ARSLANLI, 194-195; AYİTER, 219; EREL, 256. Ancak, mali menfaatlerin ihlalinde de, BK'ya nazaran eser sahibini daha iyi koruyan bu hükümden istifadeye engel yoktur. EREL, 256.

[1456] Bkz. TEKİNALP, 223; EREL, 256.

[1457] Bkz. SCHRICKER, 579; ULMER, 374; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 211; FROMM/NORDEMANN §41-N. 2; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, §41-N. 1 vd; GAMM § 41-N. 2, 5; OLG München ZUM, 1997, 451, 453; OLG München UFITA Bd 79, 1974, 302, 303. Ancak, elbette ki yazarın AYK'da belirtilen dönme hakkını kullanması kendisi için daha avantajlıdır, zira cayma hakkında söz konusu olan 2 yıllık süre, tazminatın tazmini gibi sorunlar AYK'da yoktur. Bu bağlamda, yazar öncelikli olarak AYK'ya dayanmalıdır. Ancak, UrhG §41'in anlamı ve önemi yayın hakkının devredilebilir bir hak olarak yayınlayana devredilmesi halinde ve AYK'da öngörülen hukuki imkanları tarafların sözleşme ile değiştirmeleri veya kısıtlamaları halinde ortaya çıkacaktır. ULMER, 474; SCHRICKER, 579.

[1458] TEKİNALP, 224.

desteklemektedir. Kanaatimizce, bu sebepler, sözleşmeye aykırılık teşkil edeceği gibi, sürekli bir borç ilişkisi olan yayın sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik bir "haklı sebep" niteliği de taşıdıklarında sözleşme haklı sebeple feshedilebilir. Gerek BK, gerek FSEK, yayın sözleşmesini sona erdiren sebepler arasında "haklı sebeple sözleşmenin feshi"ni saymamışlardır. İşte, FSEK m. 58, bu anlamda TEKİNALP'in de geniş olarak yorumladığı üzere, yayın sözleşmesi açısından haklı sebeple fesih kavramı çerçevesinde, en azından çıkış noktası olarak, "temel ve çerçeve bir hüküm" olarak dikkate alınarak, "haklı sebep" kavramı FSEK m. 58 ile güdülen amaç ve maddenin ratio legisi baz alınarak değerlendirilebilir. Ancak, hemen vurgulanmalıdır ki, yayın sözleşmesi çerçevesinde haklı sebeple fesih şemsiyesi altında incelenen sebepler, çok daha geniş kapsamlıdır.

Cayma hakkını, yayın sözleşmesi perspektifinden incelediğimizde karşımıza, birden fazla eserin yayın sözleşmesine konu olduğu durumlarda, bu eserlerin bazıları yayınlayan tarafından yeterince yayılmamışsa, sadece bu eserler hakkında kısmi caymanın mümkün olup olmayacağı sorunu çıkmaktadır[1459]. Alman doktrininde her bir yararlanma hakkı türü (mali hak) için kısmi caymanın mümkün olabileceği UrhG §41'in anlam ve amacından çıkarılmaktadır. Yeter ki, bu hak ekonomik olarak bağımsız bir değerlendirmeye konu olabilsin ve inhisari bir yararlanma hakkı olarak telif hakkından kopabilsin. Her koşulda kural olarak sözleşme konusunu birden fazla eser oluşturduğunda, bunlardan sadece bir esere ilişkin bir hak veya birden fazla eserden sadece biri için cayma hakkı kullanılabilir[1460]. Ancak, gereği gibi kullanılan belirli bir eser dikkate alınarak cayma hakkını kullanılırken, yayınlayanın başka bir eseri savsakladığı iddiasına dayanılması haklı görülmeyecektir[1461].

Kısmi cayma, kural olarak yayınlayana tanınan her bir hak türüyle bağlantılı olarak -tercüme hakkı, radyo veya televizyonla yayın hakkı- kullanılabilir. Bu bağlamda yayın hakkının kapsamında yer alan ve bağımsız olarak kullanılmaya elverişli bir parçası da yayın hakkından koparılarak cayma hakkına konu olabilir. Yine, cayma hakkının kullanılması her yeni bası için sözkonusu olabilir[1462].

FSEK m. 58 kuralı yayın sözleşmesinde cayma hakkı veren olguların varlığı

[1459] Öncelikle çok karmaşık yararlanma haklarının tanındığı durumlarda, her hak türü için kısmi caymanın hangi ölçüde mümkün olabileceğinin tartışmalı olduğu vurgulanmalıdır. FROMM/NORDEMAN, §41-2; SCHRICKER, 580; GAMM, §41-12.

[1460] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 211; FROMM/NORDEMAN, §41-2; SCHRICKER, 580. Alman Yüksek Mahkemesinin verdiği bir kararda, müzik yayını sözleşmesinde, kullanmama nedeniyle cayma hakkının sadece belirli bir esere özgülenmesi halinde kabul edilebileceği belirtilirken, haklı sebeple fesih bildiriminde, feshin haklı bir fesih olup olmadığı ve şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği sözleşmenin tümünün dikkate alınarak incelenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. BGH GRUR 1970, 40, 43; BGH GRUR 1977, 551.

[1461] BGH GRUR 1973, 328,330.

[1462] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 211; SCHRICKER, 581; FROMM/NORDEMAN §41-2.

durumunda "yayın lisansı"[1463] sözleşmesinden de cayma hakkı vermektedir[1464]. Böylelikle, yayın hakkı (Verlagsrecht) ile yayın lisansı (Verlagslizenz) bu kural çerçevesinde eş tutulmuştur[1465].

b. Cayma hakkının kullanılması FSEK m. 58 ile bazı şekil şartlarına da bağlanmıştır. FSEK m. 58/II uyarınca, "cayma hakkını kullanmak isteyen eser sahibi sözleşmedeki hakların kullanılması için noter vasıtasıyla diğer tarafa münasip bir mehil vermeye mecburdur. Hakkın kullanılması, iktisap eden kimse için imkansız olur veya tarafından reddedilir yahut bir mehil verilmesi halinde eser sahibinin menfaatleri esaslı surette tehlikeye düşmekte ise mehil tayinine lüzum yoktur". Cayma hakkının kullanılmasına ilişkin FSEK'de öngörülen bu şekli şartlar, hükmün BK m. 106 ve 107 ile olan paralelliğini daha net bir şekilde ortaya koymaktadır.

FSEK m. 58/III'e göre "Verilen mehil neticesiz geçerse veya mehil tayinine lüzum yoksa noter vasıtasıyla yapılacak ihbar ile cayma tamam olur. Cayma ihbarının tebliğinden itibaren 4 hafta geçtikten sonra caymaya karşı itiraz davası açılamaz".

FSEK m. 58/II'ye benzer bir hüküm UrhG §41/III'de karşımıza çıkmaktadır. UrhG §41/III uyarınca, "Cayma hakkı en erken, eser sahibinin yararlanma hakkı sahibine, yararlanma hakkını gereği gibi kullanması için uygun bir son süre belirleyerek cayma hakkını

[1463] Yayın lisansı sözleşmesi, yayın hakkının tümüne değil de, sadece bu hakkın kullanılması, bu haktan yararlanılması yetkisine ilişkindir (FSEK m. 48/II). SEROZAN, 147. Ayrıca bkz. TEKİNALP, 220; ARSLANLI, 174-175; AYİTER, 212-213; EREL, 260-261; TROLLER, II, 833; HILTY, Basler, 2068; ULMER, 466; SCHRICKER, 514; PEDRAZZINI, 559. Bkz. Birinci Bölüm, §2, II, Yayın Sözleşmesinin Lisans Sözleşmesi İle Karşılaştırılması.

[1464] SEROZAN, 147; AYİTER, 219; GİRİTLİOĞLU, 79; TEKİNALP, 223. Aksi görüş, TUNÇOMAĞ, 609; ARSLANLI, 194. TUNÇOMAĞ'a göre, FSEK m. 58, sadece hak ve yetkilerden söz etmesine rağmen, fıkrada gerçekte alacaklı değil de, borçlu temerrüdünün düzenlendiğini belirtmektedir. Yazara göre, yayın hakkına sahip bulunan kimsenin eseri basıp yayması sadece hakkı değil, aynı zamanda borcudur. Dolayısıyla TUNÇOMAĞ, FSEK m. 58 hükmündeki cayma hakkını sadece yayın sözleşmesi ile sınırlamaktadır. Oysa, kanaatimizce doktrindeki baskın görüşün de benimsediği üzere, FSEK m. 58, yayın sözleşmesi gibi tam hak devri veren sözleşmelere uygulanacağı gibi, FSEK m. 48'de öngörülen lisans sözleşmelerine de uygulanmaktadır.

[1465] Dolayısıyla, yayın lisansı sözleşmesinden FSEK m. 58 kuralına dayanarak "cayma" üzerine, bu sözleşmeyle devredilmiş, inhisari ya da basit lisans ta kendiliğinden düşecek ve yayın hakkı sahibine geri dönecektir (Heimfall). Lisansı gerisin geriye devir yükümü ve bu yükümün bir karşıt işlemle (contraius actus'la) gerçekleştirilmesi gerekliliği sözkonusu değildir. Yayın lisansı sözleşmesi de tıpkı yayın sözleşmesi gibi, bir sürekli sözleşme ilişkisi niteliği taşıdığı için, ifa evresine geçilmiş olan böyle bir sözleşmeden cayma, ancak "tasarrufi etkili bir fesih" niteliği taşıyabilecektir. SEROZAN, 147.

Cayma hakkı özellikle, eser sahibinin hak üzerinde devir ya da tam ruhsat verme yoluyla tasarruf ettiği hallerde önem kazanır. Basit ruhsat hallerinde aynı izin başkalarına da verilebileceğinden menfaatlerde büyük bir zedelenmeme olmaması mümkündür. UrhG §41'de, hakkın kullanılmaması sebebiyle caymayı tam lisans halleriyle sınırlamaktadır. Bkz. AYİTER, 219. Hem basit lisansta, hem de tam lisansta, borçlandırıcı işlemin yanı sıra tasarrufi işlemi de bünyesinde birleştirdiklerinden, lisans hakkı da, başka herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, borçlanma işleminin tamamlandığı anda kendiliğinden karşı tarafa geçer.

SEROZAN, FSEK m. 58 kuralında yayın ve yayın lisansı sözleşmeleri için öngörülmüş bulunan cayma yetkisi, örnekseme (kıyas) yoluyla patent ve markalara ilişkin "tam hak devri" sözleşmeleri ile "lisans sözleşmelerine " de uygulanması gerektiği görüşündedir. SEROZAN, 148.

tebliğ etmesinden sonra bildirilir. Eğer yararlanma hakkı sahibi için yararlanma hakkının kullanılması imkansız olursa veya onun tarafından reddedilir veya bu sürenin tanınması eser sahibinin menfaatlerini önemli ölçüde tehlikeye sokuyorsa, böyle bir son süre gerekli değildir"[1466].

Bu bağlamda, cayma hakkını kullanmaya yetkili olan kişi, eğer dürüstlük kuralına göre sürenin verilmesi faydasız olacaksa bu süreyi vermek zorunda değildir. Özellikle hakkın kullanılmasında bir engel varsa bu sürenin verilmesi gerekmez[1467]. Ancak, verilen süre çok kısa olursa, bu süre uygun bir süreye uzatılmaktadır[1468].

UrhG §41/III uyarınca, cayma hakkı, tek taraflı olarak karşı tarafa ulaşmasıyla hükümlerini doğuran yenilik doğuran bir haktır[1469]. Alman Hukuku'nda cayma beyanı, Türk Hukukundan farklı olarak herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Ancak, ispat açısından yazılı şekil önerilmektedir[1470]. Eser sahiplerinin birden fazla olması halinde, cayma hakkı oybirliği ile alınan karar uyarınca kullanılmalıdır[1471].

UrhG §41/II, cayma hakkının kullanılmasını süre olarak kısıtlayan bir hükme yer vermiştir. Anılan hüküm uyarınca, "Cayma hakkı, yararlanma hakkının tanındığı veya devredildiği tarihten itibaren iki yıl dolmadan önce ileri sürülemez. Eğer, eser daha ileri bir tarihte teslim edilmişse, süre teslim tarihinden itibaren işlemeye başlar. Gazetelere yazılan yazılar için süre 3 ay, aylık veya daha kısa aralıklarla yayınlanan dergilerde 6 ay, diğer dergilerde ise bu süre 3 aydır". Buna benzer bir hüküm FSEK'e alınmamıştır.

UrhG §41/IV'e göre, "Cayma hakkından önceden vazgeçmek mümkün değildir. 5 yıldan daha fazla bir süre için cayma hakkının kullanılması yasaklanamaz". FSEK m. 58/V, UrhG §41/IV'e paralel bir hükme yer vermiş, ancak cayma hakkının kullanılmasının yasaklanma süresini indirmiştir. Anılan hüküm uyarınca ,"cayma hakkından önceden vazgeçme caiz olmadığı gibi bu hakkın dermeyanını iki yıldan fazla bir süre için meneden takyitler de hükümsüzdür".

c. Cayma hakkının kullanılabilmesi için karşı tarafın kusurlu olması gerekmez. Bu durum, FSEK m. 58/IV'de açıkça ifade edilmiştir: "İktisap edenin mali hakkı kullanmamakta

---

[1466] SCHRICKER, 580. Cayma hakkının kullanılabilmesi için eserin korunan bir eser olması gerekir. Serbest hale gelen bir eser için cayma hakkı tanınmamıştır. SCHRICKER, 580.
[1467] FROMM/NORDEMANN §41-N. 8; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, §41-N. 6; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 212; SCHRICKER, 582.
[1468] Bkz. FROMM / NORDEMANN §41-N. 9; MÖHRİNG/NİCOLİNİ, §41-N. 10; GAMM, §41-N. 10; SCHRICKER, 582; HABERSTUMPF / HINTERMEIER, 212;.
[1469] MÖHRİNG / NİCOLİNİ, §41-N. 4; GAMM, §41-N. 7, 13; SCHRICKER, 582; FROMM/NORDEMANN, §41-N. 1; HABERSTUMPF / HINTERMEIER, 210.
[1470] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 211; SCHRICKER, 583.
[1471] BGH GRUR 1973, 329 vd.

kusuru yoksa veya eser sahibinin kusuru daha ağır ise hakkaniyet gerektiği hallerde iktisap eden, münasip bir tazminat isteyebilir".

Bu bağlamda, FSEK m. 58/IV uyarınca, karşı tarafın (iktisap edenin) mali hakkı kullanmamakta kusuru olmasa veya eser sahibinin kusuru daha ağır olsa bile, cayma hakkı yine de kullanılabilir. Bu bağlamda, yayın sözleşmesinden cayabilmek için, ne cayma muhatabının (karşı taraf) kusurlu olması ne de cayma hakkı sahibinin kusursuz bulunması gerekmediğinden, kusurlu bir cayma hakkı sahibi de, kusursuz bir cayma muhatabına karşı cayma hakkını kullanabilir[1472].

FSEK m. 58/IV, bu çözümün yol açabileceği adaletsizliği gidermek için, eser sahibinin kusuru daha ağır ise ve hakkaniyet gerektiği hallerde iktisap eden kişiye münasip bir tazminat talebinde bulunma hakkı tanımıştır. Yasa koyucu, sözleşmeden cayana yüklediği bu tazminat ile, taraf menfaatlerini dengelemeye çalışarak, caymanın yol açacağı olumsuz sonuçları törpülemiştir.

UrhG §41/VI uyarınca da, "eser sahibi, hakkaniyet gerektirirse ve hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde ilgili kişinin zararlarını tazmin etmek zorundadır". Hakkaniyet gerektirdiği takdirde ödenecek olan tazminat aslında ilerideki yararlanma imkanının ortadan kalkmasının telafi edilmesini ve bu amaçla harcanmış olan masrafların giderilmesini hedeflemektedir. Eser sahibinin ödemek zorunda kalacağı tazminat, somut olayın içinde bulunduğu şartlar dikkate alınarak, taraf menfaatlerinin kapsamlı olarak tartılması ve değerlendirilmesiyle hesaplanmalıdır[1473]. Böyle bir tazminat ile, yayınlayanın yayın sözleşmesine dayanarak eser sahibine verdiği bedel (telif ücreti) veya yapmış olduğu masrafların karşılanması amaçlanmaktadır. Ancak, kural olarak, yararlanma hakkı sahibinin eseri gereğince kullanmaması kendi kusuruna dayanmıyorsa veya onun için kullanma sürekli olarak imkansız hale gelmişse, böyle bir tazminata hükmedilmemelidir. Bu bağlamda, harcanan masrafların çoktan karşılanması halinde de tazminat talebi reddedilecektir[1474]. Ancak, tazminat miktarının hakkaniyet gereği ödenmesinin mümkün olup olmadığı mümkünse miktarı konusundaki bilgiler, Türk Hukuku açısından da dikkate alınmalıdır[1475].

Ancak, FSEK m. 58/IV'te öngörülen cayma hakkı muhatabının tazminat isteyebileceği kuralı, özellikle mali hakkın sadece bir yetki olarak geçirilmesi durumunda uygulanabilir,

[1472] Bkz. GİRİTLİOĞLU, 81; SEROZAN, 148; TEKİNALP, 224; TUNÇOMAĞ, 610.
[1473] Bkz. MÖHRİNG/NİCOLİNİ, §41-N. 16; GAMM, §41-N. 15-17; SCHRICKER, 583-584; ULMER, 375; FROMM/NORDEMANN, §41-N. 12.
[1474] OLG München ZUM 1997, 451, 453; ULMER, 375; SCHRICKER, 584; HABERSTUMPF / HINTERMEIER, 212 .
[1475] Ancak, Alman Hukuku'nda cayma hakkının, hakkın tanınmasından sonra en erken 2 yıl sonra kullanılabilmesine karşılık Türk Hukukunda böyle bir zaman sınırlamasının olmaması da gözden uzak tutulmamalıdır.

yoksa mali hakkın aynı zamanda bir yüküm olarak ta geçirilmesi durumunda fıkranın uygulanması, yani eseri yayma ve çoğaltma borcu altına giren bir kimsenin yayınlamakta kusuru olmasa da uygun bir tazminat isteyebilmesini hakkaniyetin gerektirmesi pek düşünülemez[1476].

FSEK m. 58/IV'de yayınlayanın kusurlu olmasının sonucu düzenlenmemiştir. Ancak, yayınlayan eğer kusurluysa, yayınlatan aynı zamanda sözleşmeye aykırılıktan dolayı, sözleşmenin müsbet ihlali dolayısıyla müsbet zararın tazminini de talep edebilecektir

C. CAYMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE CAYMA HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI

Cayma hakkı bozucu yenilik doğuran bir haktır[1477]. Cayma hakkı, borçlanma işlemine münhasır dolaylı (endirekt) etkileri bulunan dönme hakkının geniş anlamda tasarruf işlemine dolaysız (direkt) bir güçle etkili kılınmış türüdür[1478].

Bu çerçevede, UrhG §41/V açıkça, "Cayma hakkının etkisini göstermesiyle birlikte yararlanma hakkı sona erer" hükmünü içermektedir.

Yayın sözleşmesi de, yukarıda sözleşmenin hukuki niteliği kısmında incelendiği gibi, tıpkı alacağın temliki sözleşmesi gibi, aynı zamanda tasarrufi nitelikte bir sözleşmedir. Bu bağlamda, İsviçre-Türk Hukukuna göre yayın sözleşmesi hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemlerini kendi çatısı altında birleştirmiştir[1479]. İşte, "cayma" üzerine aynen dönmede olduğu gibi, sözleşme ilişkisinin "verme" ile "yapma" yükümleri, yükümlünün sürekli bir defi ile kalkmakta, fakat bunun ötesinde, yayınlayana, borçlanma işlemiyle birlikte gerçekleştirilmiş tasarruf işlemiyle geçirilmiş bulunan yayın hakkı da kendiliğinden eser sahibine geri dönmektedir (Heimfall). Zira, FSEK m. 58 kuralına dayanarak sözleşmeden "cayan" eser sahibi, cayma bildiriminin karşı yana varmasıyla, yayın hakkını da herhangi özel geri verme edimine yada kaldırma işlemine gereksinme olmaksızın, kendiliğinden (ipso iure) yeniden kazanmış, kendisine geri çağırmış olur (zurückrufen[1480]). Caymanın tasarruf işlemine olan

---

[1476] GİRİTLİOĞLU, 81.

[1477] Bkz. MÖHRİNG / NİCOLİNİ, §41-N. 4; GAMM, §41-N. 7, 13; SCHRICKER, 582; FROMM / NORDEMANN, §41-N. 1; HABERSTUMPF / HINTERMEIER, 210; EREL, 256; GİRİTLİOĞLU, 81.

[1478] SEROZAN, 144; GİRİTLİOĞLU, 77-78; AYİTER, 218.

[1479] Yayın sözleşmesi "borçlandırıcı" niteliğinin yanı sıra, eser sahibinin yayın hakkını dolaysız yoldan yayınlayana geçirici ve böylece, "sinallagma"daki yükümlerden birinin daha sözleşmenin kuruluşu anında ifasını gerçekleştirici "tasarruf sözleşmesi" niteliği de taşır. Diğer bir ifadeyle, yayın sözleşmesi, borçlanma ve tasarruf sözleşmelerini kaynaştırıp bütünleştirerek aynı anda gerçekleştirir. SEROZAN, 145. Ayrıca bkz. TUNÇOMAĞ, 589; AYİTER, 232; YAVUZ, 535-536; TEKİNALP, 239; GİRİTLİOĞLU, 40; FRANKO, 5-6.

[1480] Bu yüzdendir ki, Alman Hukuku'nda ve Alman doktrininde, cayma kavramı için "rückruf" terimi kullanılmaktadır.

etkisi de, diğer bir ifadeyle "caymanın tasarrufi etkisi" de işte bu nokta da belirmektedir[1481]. Bu bağlamda, cayma hakkı bozucu yenilik doğuran bir hak ve bu hakkın kullanılması da bozucu yenilik doğuran bir işlem olduğu için, cayma ile yayın hakkı kendiliğinden sona erer ve yayınlatan da yayın hakkını yeniden kazanır[1482]. Başka bir deyişle, cayma hakkının kullanılmasıyla birlikte yayın hakkı sona erer, yani daha önce asıl fikri haktan ayrılan yavru hak tekrar ana fikri hakka ileriye etkili olarak döner, böylece telif hakkı tekrar tam bir hak haline gelir[1483].

Yayın hakkını tek bir aşamada hem düşürüp hem de kendiliğinden eser sahibine geri döndürücü bir cayma hakkının yasada öngörülmesinin arkasında yatan düşünce, her şeyden önce yayın hakkının, FSEK m. 59/I ve AYK §9/I'de belirtildiği üzere "yayın sözleşmesinin varlığına olağanüstü yoğunlukta bağımlılık" ve "elastikiyet" niteliği ile açıklanabilir. Zira, devredilen yayın hakkı (Verlagsrecht), yayın sözleşmesinden bağımsız, soyut düşünülememekte (sıkı bağımlılık ilkesi) ve yazar hakkına (Urherberrecht) adeta bir lastikle bağlı kalmaktadır (Elastikiyet ilkesi). Bu bağlamda, yayın sözleşmesi bir tasfiye ve çözülme ilişkisine dönüştürülünce, bu sözleşme ile devredilen yayın hakkı da sona ermekte (bağımlılık) ilkesi ve böylece sona eren hak da, kendiliğinden asıl hak sahibine gerisin geriye dönebilmektedir[1484].

Akla gelebilecek bir başka neden de, cayma yetkisinin kullanılmasını haklı kılacak olguların, yayın hakkı sahibinin "manevi çıkarları" ile, onun kişilik hakları ile pek yakından ilişkisi olabilir. "Manevi çıkarların" (şöhret ve itibarın) işe karıştığı bir durumda, yayın hakkının yazara kendiliğinden geri dönmesi menfaatler durumuna uygun görülmüş bulunabilir[1485].

Cayma hakkının kullanılması ile birlikte sözleşmenin hangi anda ortadan kalkmış sayılacağı da cevaplanması gereken bir sorundur. Cayma hakkının kullanılmasıyla, cayma tasarruf işleminden geriye etkili olarak dönme niteliğinde olacaksa, (ex tunc), sözleşme baştan itibaren ortadan kalkacak, ileriye etkili olarak fesih niteliğinde olacaksa (ex nunc), cayma anından itibaren sözleşme ortadan kalkacak, hüküm ve sonuçlarını cayma anından itibaren

---

[1481] SEROZAN, 145. Ayrıca bkz. GİRİTLİOĞLU, 79-81; AYİTER, 218 vd.
[1482] GİRİTLİOĞLU, 81.
[1483] SCHRICKER, 583; MÖHRİNG/NİCOLİNİ §41-N.16; GAMM, §41-N. 13.
[1484] SEROZAN, 145-146; GİRİTLİOĞU, 70; ARSLANLI, 188. Alman Hukuku'nda borçlandırıcı işlem olan sözleşme, özellikle yayın sözleşmesinin akıbeti hakkında herhangi bir hüküm yoktur. Ancak, söz konusu hükmün anlam ve amacı ile AYK arasında kurulan bağlantı dikkate alındığında, sözleşmenin de cayma hakkı ile birlikte çözüldüğü kabul edilmektedir. Bkz. SCHRICKER, 583.
[1485] Ancak, FSEK m. 58'de öngörülmüş cayma hakkının temelinde saklı asıl düşünce, sadeliği, kolaylığı gerçekleştirme olsa gerektir. Cayma hakkı, aslında doğrudan doğruya pratik ve ampirik düşüncelerle, SEROZAN'a göre dönme işleminin bütün geniş anlamda tasarruf işlemleri bakımından zaten söz konusu olan "tasarrufi" etkisini, özel olarak vurgulamaktan öteye bir özellik taşımamaktadır. SEROZAN, 146.

doğuracaktır. Cayma hakkının sözleşme ilişkisine olan etkisinin, bir "dönme" mi yoksa bir "fesih" niteliğinde mi olduğunu baştan söylemek mümkün değildir. Bu bağlamda, cayma hakkının sözleşme ilişkisine olan etkisi, sürekli borç ilişkisi karakterinde olan yayın sözleşmesinin sürekli edimlerinden biri olan, yayınlayanın eser nüshalarını çoğaltmaya başlamış olup olmamasına göre değişecektir. Diğer bir ifadeyle, yayın sözleşmesinin sürekli edimlerden biri olan çoğaltma borcunun ifasına başlanmış olup olmadığı cayma hakkının niteliğini de belirleyecek olan temel kıstastır[1486]. Yayın sözleşmesinin tipik ve sürekli edimini oluşturan basıp çoğaltma ediminin ifası evresine bir kere geçildikten sonra ise, artık "tasarrufi" etkili bir dönme, eşdeyişle "dönme benzeri bir cayma" söz konusu olamaz da, sadece "tasarrufi etkili bir fesih", eşdeyişle "fesih benzeri bir cayma" söz konusu olabilir. Bu sonuncu anlamda cayma, yayın hakkı dışında herhangi bir hakkı ya da sözleşme edimini ne kendiliğinden eski sahibine döndürebilir ne de böyle bir hakkın ya da edimin geri verilmesi yükümünü doğurabilir. Çünkü yayın sözleşmesi "sürekli sözleşme" ilişkisidir ve ifa evresine geçilmiş bulunan bir sürekli sözleşme ilişkisinde, bu ilişkiyi "çözücü" bir dönme değil, fakat olsa olsa, bu ilişkiyi sona erdirici bir fesih düşünülebilir. Zira, caymanın, yayın hakkını eser sahibine döndürücü "tasarrufi" etkisi, yayın hakkının cayma anına dek yayınlayanın elinde kalmış bulunduğu olgusunu silemez[1487].

Yayın hakkının ileriye etkili olarak sona ermesi aslında hukuk güvenliği açısından da kaçınılmazdır. Zira, o ana kadar kullanılan yararlanmanın sonradan bir fikri hakka tecavüz teşkil etmesi hukuk güvenliği ile de bağdaşmayacaktır[1488]. Bu bağlamda, yararlanma hakkı sahibinin o ana kadar yararlanma uyarınca elde ettiği kazanımlar eser sahibine verilmemekle birlikte, eser sahibi de kazandığı telif ücretini elinde tutmaya devam edecektir. Ancak hakkaniyet uyarınca, eser sahibi yararlanma hakkı sahibinin masraflarını uygun olduğu ölçüde karşılamakla yükümlüdür[1489].

III. BASI NÜSHALARININ TÜKENMESİ VEYA SÜRENİN SONA ERMESİ

Yayın sözleşmesi ile yayın hakkı belli bir bası veya belli bir süre için yayınlayana devredilmiş olabilir. Eğer yayın hakkı belli bir bası için verilmişse, bu basıdaki nüshaların

[1486] Diğer bir ifadeyle, yayın sözleşmesinde, edim yükümlerinden kurtarıcı, hatta yerine getirilmiş bir sözleşme edimini "tasarrufi" bir etkiyle doğrudan doğruya geri sağlayıcı etkili bir "dönme benzeri cayma" sadece basıp çoğaltma" ediminin ifasına başlayıncaya dek olanaklıdır. Bkz. SEROZAN, 148.
[1487] SEROZAN, 148; GİRİTLİOĞLU, 79. Aksi görüş, AYİTER, 252; ARSLANLI, 196; SELİÇİ, 223.
[1488] SCHRICKER, 583.
[1489] Bu hukuki sonuçlar, sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdiren, dönmenin etkileri ile birlikte kararlaştırılamaz. HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 210.

tükenmesi ile yayın sözleşmesi sona erer[1490]. Bu bağlamda, bası kavramı, aynı zamanda yayın sözleşmesinin süresinin sınırını da çizmektedir. Zira, aksi kararlaştırılmadığı sürece veya başka bir sona erme sebebi uygulama alanı bulmadığı sürece, yayın sözleşmesi en geç bu nüshaların tükendiği ana kadar devam etmektedir. İşte, yayınlayana sözleşme gereği tanınan haklar sınırsız ve süresiz olarak devredilmemişse, bası, aynı zamanda sözleşme süresini de belirlemektedir. Bu bağlamda kural olarak sözleşmenin sona ermesi basının tükenmesine bağlıdır[1491].

Yayın sözleşmesi belli bir basıya özgülenerek değil de, belirli bir süre ile sınırlı olarak (mesela 2 yıl gibi) tanınmışsa, basılan nüshalar bitmemiş olsa bile, yayın sözleşmesi yine sona erecektir[1492]. Zira, taraflar, yayın hakkını, basının tükenmesinden bağımsız olarak belirli bir süre ile sınırlayabilirler[1493].

Ancak uygulamada, yayın sözleşmesinin belirli bir süre ile sınırlı olarak kurulması çok nadirdir. Genellikle yayın sözleşmesi, yayınlayanın menfaati dikkate alınarak şekillenmektedir. Dolayısıyla uygulamada genellikle, yayın ilişkisi ve yayın sözleşmesinin, çoğaltılmış nüshalar bitene kadar devam edeceği şeklinde klozlar içeren yayın sözleşmelerine rastlanmaktadır[1494].

Sürenin bitmesiyle birlikte, eser nüshaları tükenmemiş olsa da yayınlayanın çoğaltma ve yayma hakkı ve yükümü sona ermektedir[1495].

Her ne kadar BK'da bu konuda açık bir hüküm bulunmasa dahi, bu sona eriş sebebi, yayın sözleşmesinin özgün bünyesinden çıkan, normal ve kendiliğinden anlaşılan bir sona eriş sebebidir. Oysa AYK §29/I, açıkça yayın sözleşmesinin belirli bir baskı veya nüsha sayısı ile sınırlandırılmış olması halinde, sözleşmenin bu basıların veya nüshaların tükenmesiyle birlikte sona ereceğini hükme bağlamıştır. Yine, AYK §29/ III uyarınca, eğer sözleşme belirli bir süre için akdedilmişse, yayınlayan, bu sürenin sona ermesiyle birlikte, artık kalan nüshaları dağıtmak konusunda yetkili değildir[1496].

[1490] Bkz. YAVUZ, 549; TEKİNALP, 247; HILTY, Immaterial, 554; HILTY, Basler, 2077; TROLLER, II, 908-909; PEDRAZZINI, 590; ULMER, 470; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 202-203; REHBİNDER, Urheberrecht, 333; SCHACK, 460; SCHRICKER, 543; REHBİNDER, Schweiz, 173.

[1491] HILTY, Immaterial, 554. Aynı yönde TROLLER, II, 909; HILTY, Basler, 2102.

[1492] YAVUZ, 549; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 384; TEKİNALP, 247; TROLLER, II, 908-909; PEDRAZZINI, 590; ULMER, 470; REHBİNDER, Urheberrecht, 333; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 202-203; SCHACK, 460; SCHRICKER, 543; REHBİNDER, Schweiz, 173.

[1493] TROLLER, II, 909; HILTY, Basler, 2102; PEDRAZZINI, 590.

[1494] ULMER, 470.

[1495] ULMER, 470; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 202-203; REHBİNDER, Urheberrecht, 333; TROLLER, II, 910; SCHRICKER, 543-545.

[1496] Eğer, yayın hakkı tüm basılar için tanınmışsa, bu durumda sözleşme ilişkisinin de eserin koruma süresinin sona ermesine kadar devam edeceği kabul edilmektedir. Bu sürenin sona ermesiyle birlikte, sadece yayın hakkı sona ermektedir. Taraflar, bu sürenin bitmesine rağmen sözleşme ilişkisinin devam etmesi konusunda

Türk Hukukunda, bu sona erme sebebinin kanuni dayanağı, BK m. 375/I, 375/II son cümle ve 373/I'dir. İlk hükme göre, sözleşmede bası sayısı belirlenmemişse, yayınlayanın ancak bir bası yapmaya hakkı vardır, birinci bası bittikten sonra, yeni bası yapılamaz. Hüküm birinci bası için öngörülmüş olmasına rağmen, herhangi bir bası için uygulanır. Bu bağlamda yukarıda da belirtildiği üzere, yayın sözleşmesinin süresi Türk ve İsviçre Hukuku'nda, öncelikle bası kavramı ile sınırlandırılmıştır[1497].

BK m. 373/I uyarınca ise, yayın sözleşmesi yayınlatanın haklarını sözleşmenin yerine getirilmesini gerektiren ölçü ve zaman için yayınlayana geçirir[1498].

Bu bağlamda, yayın hakkı basının tükenmesiyle veya kararlaştırılan sürenin bitmesiyle birlikte, sona erer[1499]. Ancak, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi, ilişkinin tamamen tasfiye edilmesine kadar sürecektir. Özellikle, telif ücretinin hesaplanması ve ödenmesi bu kapsamda değerlendirilmektedir[1500].

Bu çözüm aynı zamanda FSEK m. 59/I ile de uyum içindedir. Zira, anılan hüküm uyarınca, "eser sahibi veya mirasçıları mali bir hakkı muayyen bir gaye zımnında yahut muayyen bir süre için devretmişlerse, gayenin ortadan kalkması veya sürenin geçmesiyle, ilgili hak, sahibine avdet eder". Bu hüküm doğrultusunda, sürenin geçmesi veya amacın ortadan kalkmasıyla birlikte sözleşme kendiliğinden sona ermektedir.

Bu bağlamda, sürenin bitmesiyle birlikte, yayınlayan elinde kalan nüshaları, hurda kağıt olarak satmakla veya bu nüshaları bir şekilde yok etmekle yükümlüdür. Çoğunlukla, yayınlayan bu nüshaları yayınlatana çok düşük bir fiyat üzerinden satmaktadır. Ancak, yayınlayan, eser nüshalarını sözleşme süresi içinde elinden çıkarmaya özen göstermelidir. Ancak, sadece sürenin doluyor olması, eser nüshalarının ucuz fiyatla elden çıkarılması için yeterli bir sebep değildir. Bunun için, belirlenen satış fiyatı üzerinden, eserin satışının yapılamaması şartı aranmaktadır. Bu koşul, eserin satış fiyatının indirilmesi için de aranmaktadır[1501]. Yayınlayan özellikle, sözleşme süresinin dolmasından önce, yeni bir parti

---

anlaşabilirler. RGZ, 79, 160; BGHZ 27, 90, 94; ULMER, 470; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 204; REHBİNDER, Urheberrecht, 333; SCHRICKER, 539; HUBMANN, 245; ALLFELD, 141; KNAAK, 282. İsviçre-Türk Hukuku'na göre, yukarıda da belirtildiği üzere, koruma süresi sona eren bir eser hakkında kurulan yayın sözleşmesi gerçek olmayan yayın sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.

[1497] HILTY, Immaterial, 554; TROLLER, II, 909; HILTY, Basler, 2102.

[1498] TEKİNALP, 247. Aynı yönde, TROLLER, II, 909, RINTELEN, 412; HILTY, Basler, 2102; PEDRAZZINI, 595.

[1499] REHBİNDER, Urheberrecht, 333; SCHACK, 460; TROLLER, II, 909, RINTELEN, 412; HILTY, Basler, 2102; PEDRAZZINI, 595; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 202 vd.; ULMER, 470; SCHRICKER, 543.

[1500] TROLLER, II, 909.

[1501] Bkz. REHBİNDER/GROSSENBACHER, 24; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 146-147; ULMER, 454; SCHRICKER, 439, 545; GOLDBAUM, 256; RINTELEN, 366; SCHACK, 459; REHBİNDER, Urheberrecht, 320; FROMM/NORDEMAN, 268; TROLLER, II, 910; TROLLER, Kommentar, 49; AYİTER, 242; HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 146-147, 203; HOFFMAN, 118; ALLFELD, 183. Yayınlayan, sözleşme

eser nüshası daha oluşturup, bunları elinde kalan kısım gibi göstererek, daha ucuza satmaya yetkili değildir[1502].

Kitabevlerinde, şarta bağlı olarak satılan, ancak sadece kitabevinin deposunda yer alıp da henüz satışa çıkarılmamış olan eser nüshaları da, yayınlayan tarafından geri alınmak zorundadır. Zira, bunların piyasaya sürülmesi telif hakkını ihlal edecektir[1503].

Eğer yayın sözleşmesi, belirsiz süreli olarak kurulmuş olup da fesih imkanına yer vermişse, o takdirde sözleşme ilişkisi, tıpkı belirlenen sürenin dolması gibi, olağan fesih yoluyla da sona erebilecektir[1504].

§ 7. SÖZLEŞMENİN TASFİYESİ

Sürekli borç ilişkisi özelliği taşıyan yayın sözleşmesi, kural olarak ancak, "fesih" kurumu ile ileriye etkili olarak sona ermektedir. Bu bağlamda, yayın sözleşmesinden geriye etkili olarak dönme ise ancak, sürekli bir borç ilişkisi olan yayın sözleşmesinin sürekli edimlerinden birini oluşturan çoğaltma ve yaymaya başlanmadan önce, diğer bir ifadeyle devredilen haktan hiç yararlanılmadan veya bu hak hiç kullanılmadan önce mümkündür. Bir kere çoğaltma ve yayma işlemine başlandıktan sonra artık yayın sözleşmesinden geriye etkili olarak dönme yerine, tüm sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirilecektir ki, bu durum amaca uygun olmayan bir takım sakıncaları engelleyeceği gibi menfaatler dengesine de uygundur. Böylece, "fesih", "dönme"nin yerini almaktadır. Bu yapılandırmada, amaç sözleşmenin, ifa edilen kısmı itibariyle ayakta tutulması, ancak sözleşmenin sona ermesinin sadece gelecekteki edimleri etkilemesidir. Böylece ulaşılmak istenen amaç kesinlikle yerindedir. Zira, aksi halde, yukarıda da belirtildiği üzere, feshe kadar yerine getirilen edimlerin geri verilmesi söz konusu olacaktır ki, bu da kural olarak anlamsızdır. Aynı şekilde, feshin etkisiyle birlikte yayınlayan tarafından feshe kadar yapılan bir işlemin veya eylemin, sonradan telif hakkına aykırılık oluşturmasından da kaçınılmaktadır ki, telif hakkı açısından da bunun önlenmesi gereklidir. Dönmeye yol açan her sebep, normal şartlar altında sürekli borç ilişkilerinde aynı şekilde feshe yol açmaktadır. Feshe yol açan

---

süresi dolmadan önce satmış olduğu nüshaların satış fiyatını, fiyatın belirlenmesi ve indirilmesi hakkında sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı olarak belirleyebilir. Ancak bu nüshaları satın alan kişiler, söz konusu nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkını kazanacaklarından, bu nüshaların tekrar satılması ve teslimi, telif hakkını ihlal etmeyecektir. Yayınlayan, bu anlamda sadece yayınlatana karşı, sözleşme uyarınca sorumludur. TROLLER, II, 910.

[1502] TROLLER, II, 910.

[1503] TROLLER, II, 910; RINTELEN, 416.

[1504] TROLLER, II, 910.

sebeplere, sözleşme ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren sebepler de eklenmelidir[1505] ki bu sebepler, haklı sebeple feshin temelini oluşturmaktadır.

Yayın sözleşmesinin duruma göre dönme veya fesihle sona ermesine, sözleşmeyle sıkı bağlılık içinde olan yayın hakkının da sona ermesi olgusu bağlanmıştır. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin sona ermesiyle birlikte, yayın hakkı da sona erecek ve bu hak tekrar yayınlatana geri dönecektir. Zira, yayın hakkının tanınması üzerine kurulan edim ilişkisi artık mevcut değildir. AYK §9 bu konuda açık bir hükme yer vermiştir. AYK §9/I uyarınca, yayın hakkı sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle birlikte sona erer. Anılan hükme benzer bir hüküm ne BK'da ne de FSEK'te vardır. Ancak, Türk ve İsviçre Hukuku'nda da aynı sonuca yasal pozitif hükümlerle ulaşılabilmek mümkündür. Türk Hukukunda, bu sona erme sebebinin kanuni dayanağı, BK m. 375/I, 375/II son cümle ve 373/I'dir. İlk hükme göre, sözleşmede bası sayısı belirlenmemişse, yayınlayanın ancak bir bası yapmaya hakkı vardır, birinci bası bittikten sonra, yeni bası yapılamaz. Hüküm birinci bası için öngörülmüş olmasına rağmen, herhangi bir bası için uygulanır. Yayın hakkının, sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle sona ereceğinin kabulündeki temel dayanak, BK m. 373/I'dir. Anılan hüküm uyarınca, yayın sözleşmesi yayınlatanın haklarını sözleşmenin yerine getirilmesini gerektiren ölçü ve zaman için yayınlayana geçirir. Bu bağlamda, yayın sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, yayın hakkı tekrar yayınlatana geri dönecektir[1506]. Böyle bir sonuç yayın sözleşmesinin özgün bünyesine de uygundur. Zira, yayın hakkı, yayın sözleşmesindeki özel güven ilişkisi dolayısıyla sözleşmeye sıkı bağlılık içindedir ve sözleşme ilişkisinin ortadan kalkmasıyla birlikte yayın hakkının da ortadan kalkması, sözleşmenin sona ermesine bağlanan doğal bir sonuç olmalıdır.

HILTY, yayın hakkının yayınlatana geri dönmesini "bumerang" etkisi benzetmesiyle açıklamaktadır. Zira, yayınlayana devredilen telif hakkının kullanılmasına ilişkin sözleşme ilişkisi ve sözleşme bağı da tamamen ortadan kalkmaktadır[1507].

Yayın hakkının sona ermesiyle birlikte, yayınlayan eseri artık çoğaltamaz ve çoğaltmış olduğu nüshaları da yayamaz. Yayınlatan da, aynı eser üzerinde başka bir yayınlayanla yeni bir yayın sözleşmesi kurabilir[1508]. Zira, yayınlatan yayın hakkı üzerinde yeniden tasarruf yetkisini kazandığından, eserin yeni basısının yapılması konusunda da başka bir yayınlayanla

[1505] Yasada öngörülmeyen bazı sebeplerin feshe yol açıp açmayacağı her somut olayda ayrıca sorgulanmalıdır. HILTY, Immaterial, 567; PEDRAZZINI, 591-592.

[1506] Bkz. TEKİNALP, 247; TROLLER, II, 909, TROLLER, Kommentar, 45; HILTY, Basler, 2102; PEDRAZZINI, 595; HILTY, Immaterial, 570; RINTELEN, 412; SCHRICKER, 418.

[1507] HILTY, Immaterial, 571.

[1508] TROLLER, Kommentar, 45; SCHRICKER, 418; HILTY, Basler, 2100 vd.; HILTY, Immaterial, 570 vd.; ULMER, 460; PEDRAZZINI, 587.

yayın sözleşmesi kurarak, yayın hakkını yeni yayınlayana devredebilecektir[1509].

Sözleşmenin diğer tarafına ulaşmakla hüküm ifade eden dönmenin en önemli etkisi, yayın sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte yayın hakkının da sona ermesidir. Bunun dışında, taraflar önceden ifa edilen karşılıklı edimleri geri verme yükümü altındadırlar[1510]. Zira, sözleşmeden dönmenin amacı, sözleşmesel ilişki hiç olmamış gibi bir durumun ortaya konması, yaratılmasıdır[1511]. Örneğin yayınlatan, sözleşmeden dönerek temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispatlayamayan yayınlayandan ayrıca sözleşmenin hükümsüz kalması yüzünden uğradığı menfi zararın tazminini de talep edecektir. Yayınlatana ödenmesi gereken menfi zarar kapsamına özellikle yayınlatanın sözleşmeye güvenerek bu sırada kaçırmış olduğu diğer yayın sözleşmesi imkanları, yine eser sahibinin sözleşmeye güvenerek kitap tanıtımlarında yaptığı harcamalar girmektedir. Ayrıca, yayınlatana sözleşme uyarınca bir telif ücreti ödenmiş veya avans verilmişse bu bedel, yayınlayana geri verilecek, yayınlayan da elindeki manüskriyi yayınlatana iade edecektir.

Eğer, yayınlayan, sözleşmeden dönerse, her iki tarafın yerine getirmiş oldukları edimler geri verilecektir. Yayınlayan, bunun da ötesinde, sözleşmenin kurulması sonucunda oluşan zararlarının tazmin edilmesi konusunda bir talep hakkına da sahip olacaktır ki, bu da menfi zararı oluşturmaktadır. Yayınlayan, sözleşme kurulmasaydı, ne durumda olacaksa, o duruma getirilmelidir. Dolayısıyla, yazar yayınlayanın hem boşa çıkan masraflarını, hem de yayınlayanın sözleşmenin sona ermesi yüzünden bu süre zarfında kaçırdığı fırsatları tazmin etmekle yükümlüdür[1512].

Dönme ve feshin yayın sözleşmesi üzerindeki sonuçları konusunda AYK'da özel bir hüküm öngörülmektedir[1513]. AYK, §38'deki düzenlemeyle yayın sözleşmesinden dönülmesi halinde sözleşmenin kısmen ayakta kalıp kalmaması somut olayın şartlarına bağlanmıştır. Ancak, Alman Hukuku'nda sözleşmeden dönme ve fesih, eserin teslim edilmiş olup olması olgusuna bağlanmıştır. Bu çerçevede taraflardan biri eser teslim edilmeden önce sözleşmeden

[1509] SCHRICKER, 418; ULMER, 460; PEDRAZZINI, 587; TROLLER, Kommentar, 45; HILTY, Basler, 2100 vd.; HILTY, Immaterial, 570 vd.

[1510] Bkz. TROLLER, II, 910-911; HILTY, Immaterial, 566-567; HILTY, Basler, 2100; PEDRAZZINI, 591 vd.; SCHRICKER, 606.

[1511] HILTY, sözleşmeden dönme halinde, son yıllarda İsviçre Federal Mahkemesinin de bu noktada benimsediği ve kararlarında yansıttığı üzere, borç ilişkisinin bir tasfiye ilişkisine dönüştüğünü benimsemektedir. Bu tasfiye ilişkisi çerçevesinde, taraflar, birbirlerine karşı, sebepsiz zenginleşme uyarınca değil, sözleşmesel olarak yerine getirilen edimleri geri verme yükümlülüğü altına girmektedirler. Bu noktada, amaç tarafların bu geri verme yükümlülüklerinin ifası sonrasında, sanki sözleşmesel ilişki hiç olmamış gibi bir durumun yaratılmasıdır. Bkz. HILTY, Immaterial, 566-567. Ayrıca bkz. SCHRICKER, 606.

[1512] Bkz. TROLLER, II, 911; HILTY, Immaterial, 566-567. Ancak, yayınlayanın hem ifa ile birlikte, hem de sözleşmeden dönme halinde tazminat talep edebilmesi için yazarın kusurlu olması gereklidir. Yazar, BK'nın genel hükümleri uyarınca kusurlu kabul edildiği için, bunun aksini, yani kusursuzluğunu ispat etmekle yükümlüdür.

[1513] HILTY, Immaterial, 567; PEDRAZZINI, 591 vd.

dönerse, sözleşme geriye etkili olarak ex tunc ortadan kalkacak, daha doğru bir ifadeyle Alman Hukuku'nda dönmeyle birlikte sözleşme bir tasfiye ilişkisine dönüşecektir. Ancak, Alman Hukuku'nda da eserin tesliminden sonra da bazı hallerde sözleşmeden geriye etkili olarak dönme imkanı kabul edilmiştir ki, böyle bir durum her şeyden önce tüm sürekli borç ilişkilerinde kabul edildiği üzere, eserin tesliminden hemen sonra, henüz çoğaltma ve yayma faaliyetlerine başlanmadan önce dönme beyanının açıklandığı hallerde söz konusu olacaktır[1514].

Sözleşmenin kısman ayakta tutulması halini düzenleyen AYK §38/I uyarınca; "Eserin kısmen veya tamamen tesliminden sonra yayın sözleşmesinden dönülmesi halinde, sözleşmenin kısmen ayakta kalıp kalması somut olayın şartlarına bağlıdır. Dönmenin kanuna veya sözleşmede yer alan bir hükme dayanması önemli değildir".

AYK §38/II, "Şüphe halinde, sözleşme yayınlayanın kontrolünde bulunmayan nüshaları, eserin daha önceki bölümleri ve eski basıları kapsadığı ölçüde ayakta kalacaktır" hükmünü özel olarak düzenleyerek, ileriye etkili olan fesih kurumunu yansıtmaktadır. AYK §38/III, "Sözleşme ayakta tutulduğu oranda, yazar da ücretini bu oranda talep edebilecektir. AYK §38/IV'e göre, bu hükümler, sözleşmeden başka bir şekilde dönülmesi halinde de uygulanacaktır".

AYK §38, aslında sürekli bir borç ilişkisi olan sözleşmenin ileriye etkili olarak feshi halinde ortaya çıkabilecek sorunları, sözleşmenin kısmen ayakta tutularak dönülmesi başlığı altında çözüme bağlamıştır. Bu bağlamda, yayın sözleşmesi gibi özel menfaatler dengesinin kurulduğu bir sözleşmenin feshi halinde ortaya çıkacak sorunlar konusunda, bu konuyu özel olarak düzenleyen AYK §38, Türk ve İsviçre Hukuku açısından da yol gösterici nitelikte bir hükümdür. Ancak, hemen vurgulanmalıdır ki, bu hüküm de AYK'nın diğer hükümleri gibi emredici bir hüküm değildir.

AYK §38, yayın sözleşmesindeki menfaat durumlarını dikkate alarak, genel olarak kanunun ancak bir fesih halinde tanıdığı hukuki sonuçları belirli şartlar altında dönmeye ilişkin olarak da kabul etmiştir. Ancak, hemen vurgulanmalıdır ki, bu özel hüküm uyarınca sözleşmenin kısmen ayakta tutulması ancak somut olaydaki "şartlar"a bağlıdır. Söz konusu hüküm her ne kadar dönmeden söz etse de, hüküm irdelendiğinde görülmektedir ki aslında hükümde genel olarak yayın sözleşmesinin feshinin sonuçları düzenlenmektedir. Biz de, bu

[1514] HABERSTUMPF/HINTERMEIER, 209; SCHRICKER, 656, 660. Sözleşmeden dönülmesi ile ilgili hükümleri düzenleyen AYK, §37, BGB'nin §346 ile §356 arasında yer alan genel hükümlerine yollama yapmıştır. §37 sadece, taraflardan birinin sorumlu olmadığı bir durum dolayısıyla sözleşmeden dönülmesi halinde, bu kişinin ancak sebepsiz zenginleşmedeki iade hükümleri uyarınca sorumlu tutulabileceğini özel olarak hükme bağlamıştır. SCHRICKER, 656-657.

hükmü, fesih hükümlerini dikkate alarak, "yayın sözleşmesinin feshi" kapsamı ve ışığı altında yorumlamaktayız.

Bu bağlamda, sözleşmenin hangi sebebe dayanarak feshedildiği önemli değildir. Sözleşme haklı sebeple feshedilebileceği gibi, yayın sözleşmesinde öngörülen bir fesih sebebiyle ya da FSEK hükümleri çerçevesinde caymayla da sona erdirilebilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu hüküm emredici bir düzenleme olmadığı için, sözleşmenin somut olayın şartlarına göre ayakta kalıp kalmadığını değerlendirirken öncelikle tarafların aralarında yaptıkları sözleşme uyarınca sözleşmenin kısmen ayakta tutulması konusunda açık veya örtülü beyanları araştırılacaktır. "Şartların" değerlendirilmesi, taraf menfaatlerinin tartılması ve somut olayın bütün koşullar ışığında değerlendirilmesidir. Ancak, bu durum hakkaniyete uygun ve adil bir menfaatler dengesine uygun olmalıdır[1515]. Hangi şartların sözleşmenin saklı tutulmasını haklı göstereceği ve hangi şartların bu kapsam dışında kalacağı sadece somut olayın içinde bulunduğu ilişkilere bakılarak karar verilecektir[1516].

AYK §38/III, "Sözleşme ayakta tutulduğu oranda, yazar da ücretini bu oranda talep edebilecektir"[1517]. AYK §38/III, sözleşmenin feshi halinde, telif ücretinin ne olacağını düzenlemektedir. Bu bağlamda, yayınlatan sözleşmenin ayakta kalan kısmıyla orantılı olarak, yani bu kısma karşılık gelecek telif ücretini talep edebilecektir. Dolayısıyla yayınlatan, ücretin sürüme katılma olarak hesaplandığı hallerde olduğu gibi, götürü olarak belirlendiği bir halde de, telif ücretinin indirilmesine katlanmak zorunda kalacaktır. Ancak, her koşulda, böyle bir sorun bir hesaplama sorunu olacaktır. Eğer, yayınlatan telif ücretinin tamamını önceden almışsa, yayınlatan sözleşmenin ortadan kalan bölümü için aldığı telif ücretini, artık bunu elinde bulundurmaya hakkı olmadığı için sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca yayınlayana geri vermek zorundadır[1518]. Zira, sözleşmenin feshi halinde, karşılıklı iade talepleri ancak, fesih sonrası döneme ait bir edim (veya edim kısmı) yerine getirilmişse sözkonusu olacaktır ki, telif ücretinin önceden götürü olarak verilmesi bunun tipik örneğini

---

[1515] SCHRICKER, 659.

[1516] Frankfurt Yüksek Bölge Mahkemesi'nin 1932 yılında verdiği bir kararda, mahkeme bir buçuk sene boyunca eserin çoğaltma ve yayma hakkının yayınlayana devredilmesi ve yazarın da bu yüzden eseri başka türlü kullanma imkanını kaybetmesi olgusunu sözleşmenin kısmen ayakta tutulması için gerekli olan şart olarak görmüş, bu bağlamda yazarın telif ücreti avansını geri verme yükümlülüğü altında olmadığına karar vermiştir. Bkz. SCHRICKER, 659.

[1517] Söz konusu hüküm, aksi ispatlanmadığı sürece, sözleşmenin kısmen ayakta tutulacağını öngörmektedir. Eğer, yazar birden fazla bası yapılması konusunda anlaşmış olmalarına rağmen, yayınlayanın yeni bası yapmaması halinde AYK §17 uyarınca sözleşmeden dönerse bu, sözleşmenin ileriye etkili olarak fesih hükümlerine ve fesih sonucuna tabi olması demektir. Ancak Alman Hukuku'na göre, böyle bir durumda, yayınlayan, dönme beyanından sonra o zamana kadar basılmış olan nüshaların yayımı konusunda yazar tarafından engellenemeyecektir.

[1518] SCHRICKER, 660.

teşkil etmektedir[1519].

Sözleşmenin feshiyle birlikte, yayın sözleşmesinin ayakta kaldığı süre zarfında meydana getirilen nüshalar hukuka aykırı olarak üretilen nüshalar olmadığı gibi, yayınlatanın yayın hakkı da ihlal edilmemiştir. Bu durum, feshin geriye etkili olmamasından kaynaklanmaktadır. Zira, fesih anına kadar, sözleşme geçerli bir sözleşme olarak bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Böylece fesih beyanı, sözleşme ilişkisini, eserin eski basılarına ilişkin olduğu ölçüde etkilemeyecektir. Yine, fesih beyanı bu basılar açısından devredilmiş olan yayın hakkının içeriğini ve unsurlarını değiştirmeyecektir.

Yayın sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte ilginç ve aynı zamanda kendine özgü menfaat durumu ve uyuşmazlığı ortaya çıkar ve etkili olur. Özellikle, sözleşmenin sona ermesi anında mevcut olan çoğaltılmış nüshalarla ilgili çözülmesi gereken önemli bir sorun vardır[1520]. Zira, fesih beyanıyla birlikte yayın hakkı da, BK m. 373/I ve İBK m. 381/I'den çıkan anlam doğrultusunda sona erdiği için yayınlayan artık çoğaltmayı devam ettiremeyeceği gibi, bu ana kadar bastığı nüshalardan artık yararlanmayacak, daha doğru bir ifadeyle bu nüshaları yayamayacaktır. Bu çoğaltılmış nüshalar her ne kadar yayınlatanın fikri haklarını ilgilendirse de, yayınlatan da, basılan nüshalar üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmadığı için, söz konusu nüshalar için yayınlayana mülkiyet hakkını ileri süremeyecektir. Zira, yayınlayan çoğaltılmış nüshalar üzerinde mülkiyet hakkına sahiptir. Bu nüshaları yayınlayan, ancak yayınlatanın fikri hakkını ihlal etmediği oranda kullanabilecektir[1521]. Uygulamada, bu nüshalar ya yayınlayan tarafından hurda kağıt olarak kullanılmakta ya da yayınlatan bu nüshaları yayınlayandan satın almaktadır.

Buna karşılık, böyle bir çözüm, genellikle her iki taraf için de adil olmayan sonuçlara yol açacaktır. Dolayısıyla, tarafların, aralarında yaptıkları sözleşme ile sözleşme ilişkisinin aşama aşama sona ermesini kararlaştırmaları ve özellikle o ana kadar çoktan çoğaltılmış olan nüshaların yayımı konusunda uzlaşmaları, çok daha uygun ve elverişli bir sonuç olacaktır[1522]. Bu çözüm tarzı sürekli borç ilişkisi özelliği ile yayın sözleşmelerindeki menfaatler dengesine de uygundur.

Bu bağlamda, yayın sözleşmesinin feshedilmesi halinde, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğranılan zararların giderilmesi istenebilecektir. Sürekli borç

[1519] Doktrinde bu konuda, kira sözleşmesinde henüz oturulmayan ayın kirasının peşin olarak ödenmesi ancak ardından sözleşmenin feshedilmesi halinde, sırf bu ayın kira tutarının iadesinin istenebileceği örneği verilmektedir. OĞUZMAN/ÖZ, 419.

[1520] SCHRICKER, 660; TROLLER, Kommentar, 15.

[1521] PEDRAZZINI, 595; TROLLER, Kommentar, 15.

[1522] PEDRAZZINI, 595. Sürekli borç ilişkisi niteliğinde olan lisans sözleşmeleri, özellikle patent ve marka lisansı için de benzer bir durumun söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bkz. PEDRAZZINI Mario M., Patent und Lizenzvertragsrechts, Bern 983, §104 III-7.

ilişkilerinin ileriye etkili olarak feshedilmesi halinde, istenecek zarar türü, olumlu zarardır. Zira, kusuruyla temerrüde düşen borçludan, fesih üzerine alacaklı, sürekli borç ilişkisinin vaktinden önce sona ermesi üzerine uğradığı "çıkar kaybı" olan olumlu zararının tazminini isteyecektir[1523].

Bu bağlamda, somut olayın şartlarına göre, yayınlatan veya yayınlayan diğerinden ifaya olan menfaatlerinin tazminini talep edebileceklerdir. Eğer, yayınlayan eserin nüshalarını basmış ancak henüz satışa çıkarmamışsa, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğramış olduğu bu baskı masraflarını talep edebileceği gibi, yayınlatan da somut olayın şartlarına göre sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden, örneğin eserin kamuya sunulmamış olması yüzünden veya o süre zarfında piyasaya rakip bir kitabın çıkması yüzünden uğramış olduğu zararların giderilmesini talep edebilecektir.

Ancak, sürekli borç ilişkisinin sona ermesinde çok kere ifanın gerçekleştiği süre için karşı edimi o oranda elde etmiş veya edecek olan fesih hakkı sahibinin, ayrıca tazmine konu zarar tutarı, ani edimli sözleşmelerden büyük ihtimalle az olacaktır[1524].

Yeni TBKT m 131 de, sürekli edimli sözleşmeler için özel bir hüküm öngörmektedir. Anılan hüküm uyarınca, "sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun direnimi halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir". Anılan hüküm, sürekli borç ilişkilerinde sadece temerrüdün sonuçlarını özel olarak düzenleyen bir hüküm olsa da, yayın sözleşmesinin temerrüt dışında bir sebeple sona ermesi halinde de, zararın giderilmesi açısından temel alınması gereken bir hükümdür. Dönme ile, tarafların durumunun sözleşme öncesine döndürülmesi amaçlanırken, fesihle sözleşmenin gelecekteki kısmının tasfiyesiyle birlikte, tazminata ilişkin yeni talepler devreye girmektedir[1525].

[1523] OĞUZMAN/ÖZ, 419; SELİÇİ, 126; SEROZAN, 127; ÖZ, 29. Doktrinde, bazı yazarlar bu sonucun kesin olmadığını, somut olaydaki çıkarlar durumuna göre bazen olumsuz (menfi) zararın tazmininin de mümkün olduğunu ileri sürmektedirler. Bkz. SELİÇİ, 419.

[1524] OĞUZMAN/ÖZ, 419.

[1525] Fesih öncesi döneme ilişkin edimlerin geri verilmesi aynı zamanda çok karmaşık ve adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Bkz. PEDRAZZINI, 594-595; HILTY, Immaterial, 566 vd.

SONUÇ

I. Yüzyıllar boyu, bireysel fikri yaratıcılığın bir taşıyıcısı olarak toplumu yönlendiren kitap, bu konumunu gelecekteki modern toplum hayatında da kaybetmeyecektir. Ancak, yeni teknolojik gelişmeler kitabın piyasadaki dağıtımına yeni ivmeler kazandırmaktadır. Zira kitap basımı, artık sadece kağıt basımı gibi eski klasik yöntemlerden ibaret değildir. Elektronik yayın, elektronik kitap ve CD'lere kaydedilen kitaplar da bugün yayın hukuku içindeki konumlarını güçlendirmişlerdir. Elektronik kitap ve elektronik yayın, Kıta Avrupası'ndan önce Amerika Birleşik Devletlerinde, teknolojik gelişmelerin bir sonucu olarak ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Bu bağlamda sözkonusu teknolojik gelişmelere paralel olarak kitap yayınında, özellikle edebiyat eserleri açısından, farklı pazar olanakları da gündeme gelmektedir. Zira son yıllarda romanlar, genellikle sinema filmine dönüştürülerek, daha doğru bir ifadeyle işlenerek (işleme eser), kısa bir süre içinde "best-seller"(çok satanlar) grubuna dahil olmaktadır. Klasik eserler, filme çekilerek, adeta yeniden meydana getirilmekte ve yeni satış grafikleri yakalamaktadırlar. Bu bağlamda, kitap satışlarının ciroları da, daha çok diğer medya endüstrilerinin etkisi altında kalmaktadır. Başka bir ifadeyle, aslında kitap yayını bir ölçüde, edebiyat eserlerini sadece klasik anlamda değil, aynı zamanda film, radyo ve sinema alanında da değerlendiren, medya tekelleri tarafından geliştirilmekte ve yönlendirilmektedir[1526].

Bu çerçevede, kitabın veya daha doğru bir ifadeyle "eser"in medya endüstrisinde yerini almasına, finansal açıdan güçlü, piyasanın gerektirdiği teknik destek donanımlı yayınlayanlar, aracılık etmektedirler. Başka bir ifadeyle, çoğunlukla bu donanımlardan yoksun yayınlatan açısından, eserin kamuya sunulmasına açılan yol, yayınlayanla kurdukları yayın sözleşmesi çerçevesinde yayınlayandan geçmektedir.

II. Yayın sözleşmesi, İsviçre ve Türk Hukukunda olduğu gibi bir çok ülkede de, telif hakkı sözleşmeleri ve Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku alanında pozitif hukukta yer alan ve düzenlenen tek sözleşme olmasının yanısıra, bu alandaki en eski ve en önemli sözleşme olma özelliğini de korumaktadır. Bu sonucun bir uzantısı olarak da, yayın sözleşmesinin "temel bir tip sözleşme" olarak ele alınması ve yasa tarafından düzenlenen bu kuralların diğer telif hakkı sözleşmelerine de kıyasen uygulanması gerektiği görüşleri ve sorunları gündeme gelmektedir.

Kanaatimizce, Türk Hukukunda da İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi, kural olarak çoğaltma ve yaymaya elverişli olan her eser yayın sözleşmesine konu olabilecektir. Başka bir deyişle, her ne kadar BK ve İBK'nın yayın sözleşmesine ilişkin hükümleri, ilk planda kitap

[1526] Bkz. KNAAK, 264.

basımı dikkate alınarak kaleme alınmışsa da, söz konusu hükümlerin içeriğinden, bu hükümlerin somut olarak cisimleşmeye ve dağıtılmaya elverişli olan her türlü eser hakkında uygulanabileceği sonucunu çıkarmak temelsiz ve amaca aykırı bir yorum olmayacaktır. Ancak, söz konusu hükümler, belirtilen kriterlere uygun eserler hakkındaki sözleşmelere, ancak bu eserlerin özellikleri dikkate alınarak uygulanmalı, her somut olayda sözleşme konusu eserin bünyesinden kaynaklanan özgün sorunlar dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Bu hükümlerin yedek hukuk kuralı niteliğinde olması da bu yorumu desteklemektedir.

Telif hakkı sözleşmelerine özgü sorunları, konusunun "eser" olması dolayısıyla bir ölçüde bünyesinde barındıran ve eserin kullanılmasına bağlı olarak tarafların, sözleşmeden doğan hak ve borçlarını ayrıntılı olarak borçlar hukuku perspektifinden düzenleyen yayın sözleşmesinden başka, telif hakkı sözleşmelerine yakın olan veya bir ölçüde benzerlik taşıyan başka bir sözleşme ne FSEK'de ne de Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Yayın sözleşmesinin konusunu telif hakkının oluşturması olgusu yayın sözleşmesinin borçlar hukuku ile Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku arasındaki köprü işlevini görmesi sonucunu doğurmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yayın sözleşmesi bir ayağı ile telif hakkına basan bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Özetle, yayın sözleşmesinin konusu, telif hakkının bir kısmının özel bir bölüm (parça) olarak ayrılmış halidir, şeklidir. Dolayısıyla, eserin sürekli olarak cisimleşmiş, maddi bir varlık kazanmış halinin çoğaltılmasıyla birlikte eser nüshalarının meydana getirilmesi ve piyasaya sunulmasıyla bağlantılı olan her hak yayın sözleşmesinin konusunu oluşturacaktır.

III. BK m. 372 ve İBK m. 380 uyarınca, yayın sözleşmesiyle, bir edebi eserin veya diğer bir sanat eserinin sahibi veya halefleri (yayınlatan/Verlaggeber), eseri yayınlanması amacıyla bir yayınlayana bırakmayı üstlenirlerken, yayınlayan eseri çoğaltma ve piyasaya sürme yükümü altındadır. Bu çerçevede, taraflarını yayınlatan ve yayınlayanın oluşturduğu yayın sözleşmesi, rızai nitelikte bir sözleşmedir. Zira, BK ve İBK uyarınca da yayın sözleşmesinin kurulması için bu konuda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmaları yeterlidir. Bunun dışında, Türk ve İsviçre Hukuku'nda sözleşmenin kurulması için, Alman Hukuku'ndan farklı olarak eser metninin teslimi şart değildir. Eser metninin teslimi, sözleşmenin kurulmasından sonra sadece yayınlatanın borçlarından biridir, yoksa sözleşmenin kurulması için aranan bir şart değildir. Yine yayın sözleşmesi, İsviçre-Türk Hukuku'na göre hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemlerini kendi çatısı altında birleştirdiğinden dolayı, çift karakterli bir sözleşmedir. Bu bağlamda, yayın sözleşmesinin tasarrufi niteliği gereği, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, "yayın hakkı" yayınlatanın

malvarlığından çıkıp yayınlayanın malvarlığına geçmektedir. Yayın hakkı, telif hakkından koparılan, onun bir parçası, türevi olan ve eseri çoğaltabilmek ve yayabilmek için yayınlayanın sahip olduğu -tıpkı telif hakkı gibi- mutlak bir haktır.

BK m. 373/I uyarınca, yayın sözleşmesiyle eser sahibinin hakları, sözleşmenin ifasının gerektirdiği ölçüde ve süreyle yayınlayana geçer. Bu hüküm, Alman ve İsviçre hukuk öğretisinde "amacın gerektirdiği ölçüde geçirme" teorisi şeklinde nitelendirilen teoriyle uyum içindedir. Anılan teoriye göre, eser sahibi, eser üzerindeki haklarını sadece sözleşme amacının gerçekleştirilmesi için gerekli olduğu kapsamda, yayınlayana devretmektedir. Diğer bir ifade ile, şüphe halinde, eser sahibinin, sözleşme amacına ulaşılabilmesi için gerekli olan haklardan başka bir hakkı devretmediği çıkarımı yapılmaktadır. Bu teori ve BK m. 373/1 uyarınca, yayınlayana -taraflar aralarında aksini kararlaştırmamışlarsa- yayın sözleşmesinin amacının gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan eser sahibinin mali hakları arasında yer alan çoğaltma ve yayma hakları ile birlikte bu hakların doğal olarak kamuya sunularak, piyasaya sürülmesini sağlayacak olan, eser sahibinin manevi haklarından "eseri kamuya sunma hakkı" geçmektedir. Bu teori ve anılan hüküm çerçevesinde yukarıda da ifade edildiği üzere, bu hakların dışında kalan haklar eser sahibinde kalmaktadır. Özetle yayın hakkının devrinin kapsamı, yayınlayanın yayın sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını yerine getirebilmek için gerekli olan haklarla sınırlıdır.

Bu bağlamda, devirle birlikte eser nüshalarının hazırlanması ve tamamlanması için gerekli olan çoğaltma hakkı ile birlikte bu nüshaların dağıtımı için gerekli olan yayma yetkisi de yayınlayana geçmektedir. Yayınlayan, bu kapsamda eser sahibinin veya haleflerinin yerine geçmektedir. Dolayısıyla yayınlayan, sadece üçüncü kişilerin değil, aynı zamanda eser sahibinin ve haleflerinin de eseri kullanmasını ve eserden yararlanmasını (çoğaltma ve yayma yetkilerini) yasaklayabilecektir. Ancak hemen vurgulanmalıdır ki, yayınlayan, eseri ancak sözleşmede öngörüldüğü şekilde kullanabilir. Ayrıca yayınlayan kazanmış olduğu bu yetkileri başka birine devredemeyecektir. Zira, kendisinin, aksi kararlaştırılmadıkça yayın hakkı üzerinde tasarruf yetkisi yoktur.

Devredilen çoğaltma ve yayma yetkileri sözleşme uyarınca yayınlayana bu konuda izin verildiği süre boyunca yayınlayanda kalmaya devam edecektir. Dolayısıyla, kural olarak yayınlayan, sözleşmenin sona ermesine kadar bu yetkilerin sahibi olacaktır. Bu bağlamda, tıpkı yayın hakkının devri, nasıl taraflar arasında yapılan açık bir devir işlemiyle değil de yasa yoluyla gerçekleşip devreye giriyorsa, sözleşme süresinin bitmesiyle birlikte bu yetkilerin yayınlatana geri dönmesi de aynı şekilde, bir devir işleminin yapılması sonucu değil, yasa gücü ile meydana gelecektir.

Yayın sözleşmesi, -yukarıda da belirtildiği gibi- tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir akittir. Yayınlatanın borcu, yayın hakkını yayınlayana devretmek, yayınlayanın borcu ise eseri yaymak ve çoğaltmaktır. Bu bağlamda,yayınlatanın ve yayınlayanın edimleri uzun bir zaman sürecine dayandığından, yayın sözleşmesi, yayınlayan ve yayınlatan arasındaki kişisel güvene dayanan sürekli bir borç ilişkisidir. Bu çerçevede, yayın sözleşmesi, özellikle yayınlayanın eseri çoğaltma ve yayma borcu dolayısıyla, bir iş görme borcu doğuran bir sözleşme olarak da nitelendirilmektedir.

FSEK m. 52 "mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır" hükmü gereğince, yayın sözleşmesi yazılı geçerlilik şartına tabi tutulmuştur. Bu bağlamda, "yayım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır" hükmünü öngören TBKT m. 493, FSEK ve BK arasındaki yeknesaklığı sağlaması açısından yerinde bir hükümdür.

IV. Yayınlatanın borçlarının kilit noktasını oluşturan borç, BK m. 372 uyarınca yayın sözleşmesinin konusu olan eseri, "çoğaltması ve yayması" amacıyla yayınlayana teslim etme (bırakma) borcudur. Teslim borcu, yukarıda da belirtildiği gibi sözleşmenin kurulması için aranan bir şart değil, yayınlatanın yayın sözleşmesinden doğan borçlarından biridir. Bu bağlamda, yayınlatan yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte eser nüshasını teslim etme borcu altına girmektedir. Zira yayınlayanın, yayın sözleşmesi uyarınca asli edim yükümlülüğü olan çoğaltma ve yayma borcunun yerine getirilmesini mümkün kılan, yayınlatanın eseri teslim etme borcudur. Ancak, hemen vurgulanmalıdır ki, eserin yayınlayana bırakılması borcunun, yayın hakkının devredilmesiyle bir ilgisi yoktur. Diğer bir ifadeyle, yayın hakkı üzerinde tasarrufta bulunulması için eser nüshasının yayınlayana bırakılması gerekli değildir. Dolayısıyla eserin bırakılması borcu, sadece yayınlatanın sözleşmenin kurulmasıyla birlikte öncelikli olarak karşımıza çıkan bir borcudur; yoksa bu borcun yayın hakkının devredilmesi üzerinde hukuki bir etkisi yoktur. Eserin yayınlayana bırakılması borcu, telif hakkının devrinden tamamen bağımsız olarak, sadece teknik sebeplerle öngörülen bir borçtur. Zira, yayınlayanın çoğaltma borcunu yerine getirebilmesi için, eserin cisimleşmiş bir örneğine ihtiyacı vardır. Bu borç aynı zamanda, yukarıda da belirtildiği üzere yayınlayanın asli borçlarından olan eserin "çoğaltılması" ve "yayımlanması" borçlarını yerine getirebilmesi için de gereklidir.

Yayınlatan, yayınlayana, ancak hem şekli açıdan çoğaltılmaya uygun, hem de içerik açısından sözleşmeye uygun bir eser teslim ederse, teslim borcunu gereği gibi yerine getirmiş sayılacaktır. Her ne kadar BK ve İBK'da teslim borcunun içeriğine ve teslim şekline ilişkin

açık bir hüküm olmasa da, tezin bütününde karşılaştırmalı olarak ele alıp incelediğimiz ve doktrin tarafından da benimsendiği üzere çoğunlukla yönerge niteliğinde ve yol gösterici hükümler olarak gözönünde bulundurulan Alman Yayın Kanunu'nun §10 ve §11 uyarınca, yazar yayınlayana eseri çoğaltılmaya elverişli bir durumda teslim etmek zorundadır. Bu bağlamda, yayınlayana teslim edilen eser, "çoğaltılmaya elverişli durumda" bir eser olmalı ve bu anlamda eser, "çoğaltma" faaliyetinin yerine getirilmesini sağlayacak hal ve şartlarda yayınlayana teslim edilmelidir. Alman Yayın Kanunundaki bu kural, eserin yalnız dış durumu açısından elverişli, yani kolayca dizilip basılabilir, okunabilir olmasını belirtmekte olup eserin özü, yani içeriği açısından söz konusu olabilecek ayıplara, bu anlamda eserin içeriği açısından yayınlanmaya elverişli olup olmamasına ilişkin değildir. Özetle, eserin tesliminde baz alınması gereken kriter; öncelikle "eserin çoğaltılmaya elverişli durumda" olmasıdır.

Eserin biçimsel olarak, dış açıdan çoğaltılmaya elverişli olup olmaması ile eserin içerik ve kapsam açısından sözleşmeye uygun bir eser olması birbirinden farklı kriterlerdir. Eserin sözleşmeye uygun bir eser olması, eserin sözleşme ile kararlaştırılan içerik ve kapsama uygun bir eser olması demektir. Bu noktada, öncelikle eserin içeriği, taraflarca kararlaştırılan amaca uygun olmalıdır. Eğer eser, kararlaştırılan amaca ve kapsama uygun bir eser değilse, eserin sadece sözleşmeye aykırılığından değil, aynı zamanda eserin ayıplı bir eser olmasından da bahsedilecektir. Ancak, eserin içeriğindeki ayıpların maddi bir maldaki ayıplara göre farklı boyutlarda olduğu noktası vurgulanmalıdır. Bunun arkasında yatan sebep ise eserin fikri bir ürün olmasıdır. Her ne kadar, Türk-İsviçre Hukuku'nda, -Alman Yayın Kanunu §31 gibi- eserin içeriğindeki ayıplara ilişkin özel bir hüküm yasada düzenlenmemiş olsa da, İsviçre Hukuku'nda da, eserin "ayıplı" olması kavramı kabul edilmekte ve eserin ayıplı olmasına bağlanan hukuki sonuçlara da yer verilmektedir. Bu bağlamda, eserin ayıplı olmasından kasıt, örneğin eserin ahlaka uygun bir eser olması gibi özellikle yayınlatanın eserde belirli bir özelliği garanti ettiği halde, meydana getirilen eserin bu özelliği taşımamasıdır. Eserin içeriğindeki ayıplar çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Ancak, yayın sözleşmesinin konusunu, satım sözleşmesindeki gibi somut bir mal oluşturmadığı için, burada söz konusu olabilecek ayıplar eserin maddi olmayan cismine özgüdür. Öncelikle, eser, taraflarca kararlaştırılan veya sözleşme ile güdülen amaca aykırı özellikler taşıyabilir veya eser, belirlenen amaca uygun olmayabilir, bu amacı karşılayamayabilir. Yine, eserin içerik açısından tam olmaması, diğer bir ifadeyle eksik olması halinde de, sözleşmeye uygun bir eserden bahsedilemeyecektir. Eserin, kanuna, ahlaka aykırı bir eser olması halinde veya eserde üçüncü kişilerin mutlak haklarının, kişilik haklarının ihlal edildiği hallerde de, eser sözleşmeye aykırı bir eser olacaktır

Eserin ayıplı olması konusunda üzerinde durulması gereken bir nokta da, eserin bilimsel, sanatsal ve edebi değerindeki kalite eksikliğidir. Öncelikle vurgulanmalıdır ki, yayınlatan eserin sanatsal, politik veya bilimsel kalitesini garanti edemez. Böyle bir sorumluluk, yaratıcılığın doğasına aykırıdır. Bu bağlamda, yayınlayan prensip olarak eserin bilimsel, sanatsal ve edebi kalitesine dayanarak eserin ayıplı olduğunu ileri süremeyecektir. Zira, yayınlayan eserin bilimsel veya sanatsal değerini ve kalitesini değerlendirecek ve takdir edecek konumda değildir. Eserin hem şekli açıdan hem de içerik açısından ayıplı olması halinde, yayınlatan sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmediğinden, sözleşmeye aykırı davranmış olacak ve her koşulda, BK m. 96 uyarınca yayınlayanın tazminat talebi ile karşı karşıya kalacaktır. Ancak, yayınlatanın eserdeki ayıpları gidermemesi veya bu ayıpların giderilmesinin mümkün olmaması halinde, yayınlayanın sözleşmeyi haklı sebeple feshedebileceği kanısındayız. Zira eserin ayıplı olması, yayınlayan açısından sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren bir "haklı sebep" olarak görülebilir.

Eser, yayınlayana teslim edildikten sonra yayınlayanın kusuru olmaksızın (kazaen/beklenmeyen hal sonucu) yok olursa, BK m. 382/II gereğince eğer eser sahibi eserin ikinci bir nüshasına sahipse bunu yayınlayana vermek zorundadır. İkinci bir nüshanın bulunmadığı hallerde eserin yeniden yazılması az bir çabayla mümkün olacaksa, yazar bunu yazmakla yükümlüdür. Ancak şu nokta hemen belirtilmelidir ki, eser kusursuz olarak yok olsa bile BK m. 382/I'e göre yayınlayan, telif ücretini ödemek zorundadır. Bu madde ile kanun koyucu yayınlatanı korumaktadır. Aynı zamanda, gerek eserin ikinci nüshasının yayınlayana teslimi, gerekse eserin yeniden yazılması veya hazırlanması halinde, yayınlatan veya eser sahibi yayınlayandan uygun bir tazminat talep edebilir (BK m. 382/III).

Yayınlatanın yayınlayanın zararına tasarruflardan kaçınma borcu BK m. 374/I'de belirtilmiştir. Anılan maddeye göre, yayınlayanın yapma hakkına sahip olduğu basılar bitmedikçe, yayınlatan, eserin tamamında veya bir kısmında yayınlayanın zararına tasarrufta bulunamaz. Yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, yayın hakkı ve bu anlamda yayma ve çoğaltma hakkı yayınlatanın malvarlığından çıkarak, yayınlayana geçtiğinden, yayınlatan, sözleşmenin kurulması anından itibaren artık yayın hakkına sahip değildir. Bu andan itibaren, yayınlatan, devrettiği hak açısından üçüncü kişi durumundadır ve üçüncü şahıslar eserden ne ölçüde yararlanabiliyorlarsa, o da eserden aynı ölçü içinde kalarak yararlanabilir. Bu bağlamda, yayın sözleşmesinin kurulmasına bağlı olarak çoğaltma ve yayma haklarının devredilmesiyle birlikte, yayınlatan bu yetkilerin içinde bulunduğu alanda ve çerçevede eser üzerinde tasarruf etme imkanından yoksun kalmaktadır. Yayınlatanın, yayınlayanın zararına tasarruflardan kaçınma borcunun kapsamı açısından belirtilmesi gereken nokta, yayınlatanın

eserin çoğaltılmış nüshalarının satışını aksatacak veya sürüme mani olacak çeşitli faaliyetlerden de kaçınma yükümü altında olmasıdır. Bu bağlamda, yayınlayanın baskı yapma hakkı devam ettiği süre boyunca, yayınlatan aynı eseri ne tamamen ne de kısmen bizzat basamayacağı gibi, eseri bir başkasına da bastıramaz. BK m. 374/I'i karşılayan TBKT m. 490/I'e göre, "Yayımlatan, sözleşmede kararlaştırılan süre sona ermedikçe veya süre belirlenmemişse kararlaştırılan baskı adedinin tükenmesi için alışılmış süre geçmedikçe, eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde yayımcının zararına olacak biçimde tasarrufta bulunamaz". Anılan hükmün gerekçesinde, böylece yayımlatanın, kararlaştırılan sürenin sona ermesinden ya da kararlaştırılan baskı adedinin tükenmesi için alışılmış sürenin geçmesinden sonra, eserin tamamı veya bir bölümü üzerinde tasarrufta bulunabileceği kabul edilerek, bu konuda uygulamada görülen bazı kötüye kullanmaların önlenmesi amaçlandığı belirtilmiştir ki, tasarıda yer alan sözkonusu hüküm kanaatimizce de eser sahibinin haklarının korunması adına uygun, amacın gerektirdiği ölçüde geçirme teorisi ile de uyumlu bir hükümdür.

Yayınlatanın kaçınma borcu, hem sözleşmenin amacından doğan bir borçtur, hem de yayınlayana devredilmiş olan yayın hakkının mutlak hak niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece, burada yayınlayanın sözleşmeden doğan nisbi hakkı ile telif hakkının devredilmesinden doğan mutlak hakkı yarışmaktadır.

Yayın hakkı ihlali ile sözleşme ihlali arasındaki ilişki hakkında bir formül belirlemek gerekirse şu sonuca varılmaktadır: Yayınlatan tarafından yayın hakkının ihlali her zaman, aynı zamanda yayınlatanın sözleşmeden kaynaklanan borçlarının ve yükümlerinin ihlali demektir. Buna karşılık, sözleşme ihlalleri her koşulda aynı zamanda yayın hakkının ihlal edildiği anlamına gelmez.

Yayınlatanın kaçınma borcunun istisnaları, BK 374/II'de öngörülmüştür. Anılan hükme göre, gazete makaleleri ve bir dergide yayınlanan kısa makaleleri yayınlatan tarafından her zaman başka bir yerde yayınlanabilecektir. Yine sözkonusu maddenin 3. fıkrasında ise yayınlatanın, ortak bir eserin kendisine ait bölümlerini veya dergilerde çıkan uzun makalelerini, yayının bitmesinden başlayarak üç ay geçmedikçe yeniden yayınlatamayacağı düzenlenmiştir.

Yayınlatanın tekeffül borcu BK m. 373/II'de düzenlenmiştir. Sözkonusu madde uyarınca yayınlatanın tekeffül borcu iki sorumluluk halini kapsamaktadır. Öncelikle, yayınlatan sözleşmenin kurulduğu anda yayın hakkının (o eser üzerinde "çoğaltma" ve "yayma" haklarının mevcut olduğunu ve bu haklar üzerinde tasarruf yetkisinin olduğunu) bulunmaması yüzünden yayınlayana karşı genel olarak sorumludur. Bu genel sorumluluğun yanında yayınlatan, eğer sözleşme konusu eser korunmakta ise, yayınlayana karşı bu eser

üzerinde telif hakkının olmamasından da sorumludur. Yayınlatanın yayın hakkının varlığını tekeffül borcunda, tekeffül konusu "şey"in, satım sözleşmesinde olduğu gibi cismani varlığı olan somut bir mal olmamasından dolayı ve özellikle fikri hukuk açısından devredilen hakkın bünyesinden kaynaklanan özellikler dolayısıyla, satım sözleşmesindeki zapta karşı tekeffül hükümleri yerine alacağın temlikinde devredenin garanti sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması hem işin niteliği gereğidir, hem de FSEK m. 53 ve FSEK sistemine uygundur. Üçüncü kişilerin, bir mali hakkı veya kullanma ruhsatını eser sahibinden veya mirasçılarından iktisap etmiş olanlardan, yani ikinci elden devralmaları halinde ise bu devren iktisabın geçerli olması için eser sahibinin veya mirasçılarının yazılı onayı gerekmektedir. Eğer, devir işleminin geçerlilik şartı olan onay eser sahibi veya mirasçıları tarafından verilmemişse, devreden FSEK m. 54/I anlamında yetkisizdir. Bu anlamda, yetkisiz devir halindeki tekeffül borcunun kapsamı da BK'nın "yetkisiz" temsil hükümlerine paralel şekilde düzenlenmiştir.

Yayınlatanın bildirim yükümlülüğünü düzenleyen BK m. 373/III'e göre, eserin tamamı veya bir kısmı yayınlanmak üzere başka bir yayınlayana bırakılmış ya da yayınlatanın bilgisi altında yayımlanmış ise, yayınlatan, yayın sözleşmesinin kurulmasından önce, bunu karşı tarafa bildirmekle yükümlüdür. Yayınlatanın bu bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, culpa in contrehendo sorumluluk devreye girecektir.

Yayınlatanın eser üzerinde düzeltme ve iyileştirme hakkını düzenleyen BK m. 377/I uyarınca, yayınlayanın çıkarlarını zedelememek ve onun sorumluluğunu arttırmamak koşuluyla, "yazar" eseri üzerinde düzeltme ve iyileştirme yapabilir. Eser üzerindeki "iyileştirme" hakkı ile kastedilen, eserde "değişiklik" yapma, "düzeltme" ise eserin gerek içerik gerekse biçimiyle ilgili olmayan imla ve yazı hatalarının düzeltilmesidir. Eserde iyileştirme (değişiklik) yapma hakkının kapsamına eserin aktüel kaynaklarla güncelleştirilmesi girdiği gibi, eser sahibinin görüşlerinde değişiklik olması dolayısıyla eserinde değişiklikler, eklemeler, kısaltmalar, çıkartmalar yapması da girmektedir.

Eserin birden çok basısına ilişkin hak bir yayınlayana devredilmişse, eser sahibinin eserini her yeni basıya hazırlarken düzeltme ve iyileştirme hakkı vardır. Bu hak özellikle bilimsel eserlerde daha da geniştir. Zira, bilimsel eserlerin her yeni basısında eseri güncelleştirme ve böylece ortaya çıkan yeni sorunların ve çözümlerin ilavesi, bilimsel eserin niteliği gereği kaçınılmaz olduğu gibi, eserin sürümünün düşmemesi için de zorunludur.Bu bağlamda, yayınlayan, her yeni basıdan önce, BK m. 377/II uyarınca eser sahibine eseri iyileştirme imkanını vermek zorundadır. Yayınlayan bu yüzden ortaya çıkan masrafları karşılamak zorundadır.

BK m. 377/I uyarınca, yayınlayanın çıkarlarını zedelememek ve onun sorumluluğunu

arttırmamak koşuluyla, "yazar" eseri üzerinde düzeltme ve iyileştirme yapabilir. BK'nın bu düzenlemesini karşılayan TBKT m. 493'e göre ise, düzeltme ve değişiklik yapma hakkı, "yazar"a veya genel anlamda yayınlatana değil, sadece "eser sahibi"ne tanınmıştır. Bunun bir uzantısı olarak da tasarıdaki anılan hükümle, "eser sahibinin halefleri"ne, sadece eserde güncelleştirme hakkı tanınmıştır. Tasarının gerekçesinde de, BK m. 377/I'den farklı olarak, eser sahibinin haleflerine de, aynı koşullar altında, eseri güncelleştirme hakkı tanındığı belirtilmiştir.

Kanaatimizce de, kural olarak eserde düzeltme ve iyileştirme yapma hakkı, yayınlatana değil münhasıran eser sahibine aittir. TBKT ile eser sahibinin haleflerine tanınan, eserde güncelleştirme yapma hakkı da, eseri ölü bir eser olmaktan çıkarmak adına doğru bir çözümdür.

Yine, BK m. 378/I'e göre, aynı yazarın birbirinden farklı eserlerini yayınlama hakkı, onları birlikte (birarada) yayınlama hakkını vermez. BK m. 378/II'ye göre, aynı şekilde bir yazarın tüm eserlerini yada eserlerinden bir kategoriyi yayınlama hakkı, bunların ihtiva ettiği çeşitli eserleri ayrı ayrı yayınlama hakkını kapsamaz. Dolayısıyla, anılan eserler açısından birarada basım ve ayrı ayrı yayın hakkı da yayınlatana aittir.

Yayınlatanın tercüme hakkını düzenleyen BK m. 379 uyarınca, aksine anlaşma olmadıkça, tercüme hakkı münhasıran yazarda ya da haleflerinde saklı kalır. Aslında hem BK m. 379, hem de BK m. 378/I, "amacın gerektirdiği ölçüde geçirme" teorisinin doğal bir uzantısı ve yansımasıdır.

BK m. 381/III'de belirtilen, aksi kararlaştırılmadıkça eserden teamül uyarınca verilmesi gereken miktarda bedava nüsha alma hakkı da yayınlatanın hakları arasındadır.

V. BK m. 376'da öngörülen yayınlayanın çoğaltma borcu ise, yayınlayanın asli borçlarından biri olup, yayınlayanın diğer asli borcu olan yayma borcu ile birlikte yayın sözleşmesinin çekirdeğini oluşturur. Zira, çoğaltma ve yayma borcunun yayınlayanın üzerinde olması, yayın sözleşmesinin varlığı için zorunludur. Bu bağlamda, yayın sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, yayınlayan sadece çoğaltma ve yayma yetkilerini kazanmaz, aynı zamanda eseri çoğaltma ve yayma borcu altına da girer. Dolayısıyla, yayınlayan bu konuda bir yüküm altına girmemiş, sadece çoğaltma ve yayma iznini (ruhsat) almışsa, yayın sözleşmesi meydana gelmez. Yayın sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için, yayınlayanın her iki borcu, yani hem çoğaltma hem de yayma borcunu kendi hesabına taşıması, bu anlamda yayın faaliyetinin rizikosunu üzerine alması gereklidir. Zira, yayınlayanın eserin çoğaltılması ve yayılması işini kendi adına, fakat başkası hesabına yaptığı ve ticari rizikonun yayınlayan tarafından değil de, yayınlatan tarafından taşındığı sözleşmeler, yayın sözleşmesi değil

komisyon sözleşmeleridir. Yayınlayan, bu borcundan sadece telif ücretinin tamamını ödeyerek kurtulamayacaktır, çünkü eserin gerçekten çoğaltılıp yayınlanmasında, yazarın da fikri çıkarları vardır.

BK m. 372 anlamında "çoğaltma" kavramı ile eserden bir tek kopyanın elde edilmesi değil, eserin aslından (orjinalinden) birden fazla nüsha elde edilmesi anlaşılmalıdır. FSEK m. 22/II çoğaltma hakkının tanımında "eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılmasını" merkez olarak almış, ancak çoğaltma teknikleri konusunda da geniş bir yelpazeye yer vermiştir. Anılan hüküm, çoğaltma hakkını sadece matbaa baskısıyla sınırlı tutmayarak, çoğaltma tekniklerini ve yollarını sınırlayıcı olarak saymamıştır. Çoğaltmada önemli olan ve belirleyici olan nokta, cismani veya maddi bir şekilde saptanan eserin doğrudan veya dolaylı olarak algılanmasını sağlayan tespitlerdir. Bu bağlamda, çoğaltılmış nüshaların hangi usul ve yöntemle elde edildiği önem taşımaz. Bu anlamda, özellikle dijital çoğaltmanın sözkonusu olduğu elektronik kitap sözleşmesi de üzerinde durulması gereken bir konudur. Elektronik yayın sözleşmesinin unsurları ve temel özellikleri irdelendiğinde, sözleşmenin konusu ve sözleşmenin tarafları ile tarafların karakteristik, asli edim yükümlülükleri açısından klasik yayın sözleşmesi ile arasında bir farklılık olmadığı göze çarpmaktadır. Sözleşmenin amacı ve taraf menfaatleri de aynıdır. Aralarındaki fark, elektronik kitap sözleşmesinin, sözleşme konusu eserin dağıtımını, dijital bağ teknolojisini kullanarak yapmayı amaçlamasıdır. Bu anlamda, elektronik kitap sözleşmesi tipinin temel özellikleri, klasik yayın sözleşmesiyle öyle benzerlikler göstermektedir ki, elektronik kitap sözleşmesi yayın sözleşmesinin sadece yeni bir görünüm şekli ve gelişmiş bir tipi olarak görülmektedir. Bu çıkarım daha çok şu olgudan kaynaklanmaktadır: E-kitap sözleşmesi gerek ekonomik amacı gerek içeriğinin oluşumu açısından aslında klasik yayın sözleşmesi hükümlerinin yasal düzenlemesine büyük ölçüde uymaktadır. Ancak, kanaatimizce de, yayın sözleşmesi hükümleri, E-kitap sözleşmesine, sözleşmenin bünyesinden kaynaklanan özellikler, bu anlamda dijital çoğalma ve yayma kavramındaki farklılıklar dikkate alınarak uygulanmalıdır. Örneğin, elektronik kitap basımında, eser nüshası veya yeni bası gibi kavramlar ne doğrudan ne de dolaylı olarak uygulama alanına sahip değildir, zira bu kavramlar elektronik yayının bünyesine aykırıdır.

BK m. 372, yayınlayanın çoğaltma yöntemi veya tekniği konusunda herhangi bir hüküm öngörmemiştir. Ancak, çoğaltma yöntemi ile çoğaltmanın kapsamını taraflar sözleşmede açıkça tespit edebilirler. Eğer bu konuda sözleşmede herhangi bir hüküm yoksa, çoğaltma yöntemini yayınlayan belirleyecektir. Yayınlayan, eserin içeriğini ve amacını dikkate alarak ve yayın teamüllerine hakim olan uygulamayı da gözönünde bulundurarak eser nüshalarının şeklini ve biçimini belirler. Başka bir deyişle yayınlayan, teamül uyarınca uygun

olan, alışılagelmiş ve amaca uygun bir yöntemle çoğaltmak ve yaymak zorundadır.

Yayınlayan çoğaltma işi biter bitmez, eser metninin mülkiyeti kendisine geçmediğinden, eser metnini derhal yayınlayana geri vermekle de yükümlüdür.

Yayınlayanın çoğaltma borcu, aynı zamanda yayma borcunun yerine getirilebilmesi için gerekli olan bir önşarttır. Yayınlayan kural olarak çoğaltmış olduğu eser nüshalarını vakit kaybetmeden, derhal piyasaya sürmeye başlamakla yükümlüdür. Ancak, yayınlayan yazarın çıkarlarını da dikkate alarak yayınlanan eserin kitap piyasasındaki sürümü için olabilecek en uygun, en elverişli zamanı seçmelidir.

Yayınlayan yayın sözleşmesinden doğan yayma borcunu ifa edebilmek için BK m. 376/I uyarınca, zorunlu olan ilanları yapmak ve satışın başarısı için mutad tedbirleri almak zorundadır. Bu bağlamda, yayınlayan, eserin tanıtılması ve duyurulması için gerekli önlemleri almak, her eser türüne ve hitap ettiği kitleye uygun reklam aracını kullanarak, eserin tanıtılmasını sağlamak zorundadır. Yayma borcunun kapsamı içinde yer alan başka bir nüsha da eserin satış fiyatının belirlenmesidir. Aksine bir anlaşma yoksa, BK m. 376/II'ye göre, eserin satış fiyatını da, eserin satılmasına engel olacak şekilde yüksek olmaksızın, yayınlayan belirleyecektir. Ancak, eserin satış fiyatının tespitinde ve bu fiyatın sonradan değiştirilmesinde baz alınması gereken kriter, eserin satış fiyatının ne eserin satışını güçleştirecek kadar yüksek, ne de yazarın itibarını ve piyasadaki konumunu zedeleyecek kadar düşük olmaması gerekliliğidir.

Her ne kadar, yayınlayanın çoğaltma ve yayma yükümleri olmazsa, bir yayın sözleşmesinden bahsedilemez ise de, bedelin veya telif ücretinin olmaması, bu sözleşmenin zorunlu unsurları arasında sayılmamaktadır. Bu bağlamda "bedel" ya da uygulamadaki adıyla "telif ücreti", yayın sözleşmesinin objektif esaslı unsurları arasında yer almaz. Diğer bir ifadeyle, telif ücreti sözleşmenin olmazsa olmaz şartı veya zorunlu unsuru olmadığı için sözleşmede telif ücretinin kararlaştırılmamış olması, sözleşmenin kurulmasını veya geçerliliğini etkilemez.

BK m. 380 ve bu hükmü kaşılayan TBKT m. 496 yayınlatanın bedel isteme hakkını ve bedelin belirlenmesini düzenlemektedir. BK m. 380'e göre, eser sahibinin bedelden feragat ettiği "hal icabından" anlaşılmadıkça, bedele istihkakı asıldır". TBKT m. 496 uyarınca ise, "sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça", yayınlatan bedel ödenmesini isteyebilir. TBKT'de öngörülen düzenlemenin gerekçesinde de bu durum, "yayınlatanın bedel ödenmesini isteyememesi için "hal icabı" yeterli görülmemiş, bunun aksinin kararlaştırılmış olması gerektiği kabul edilmiştir" şeklinde ifade edilmiştir, ki bu düzenleme eser sahibinin korunması açısından daha uygun bir hükümdür.

Taraflar, aralarında yaptıkları sözleşme ile bedelin miktarını, bu miktarın nasıl belirleneceğini düzenlemiş olabilirler. Bedelin ödenmesi, esas olarak ya mutlak (götürü) şekilde veya -uygulamada daha yaygın olan- nisbi yöntemle belirlenebilir. Bu yöntemler, yayın işlerinde genellikle tercih edilen yöntemlerdir.

Bu bağlamda, taraflar bedeli, götürü olarak sözleşmenin kurulması aşamasında peşinen belirlemiş olabilirler. Ancak, yayınlayanın taşıdığı rizikoyu sınırlandırmak için, uygulamada çoğunlukla bedel, satılan eser nüshalarının satış bedeline göre, yani onun nisbi bir değeri olarak hesaplanmaktadır. Doktrinde ve uygulamada, şüphe halinde kabul edilen oran, nüshaların kitapçıdaki satış bedelinin %10'udur. Uygulamada çok seyrek de olsa, yazara bedel olarak, yayınlayanın net kazancının belli bir kısmı da verilebilir. Bedelin tespiti konusunda taraflar mutlaka bu yöntemlerden birini seçmek zorunda değildirler. Bedelin bir kısmını götürü olarak belirlerlerken, kalan kısmının nisbi olarak hesaplanmasını da kararlaştırabilirler. Böylece burada karma bir yöntem benimsenmiş olmaktadır.

Ancak, bedelin özellikle götürü olarak belirlemesi, eserin sonradan çok satan eserler grubu içinde yer alması halinde, kararlaştırılan götürü bedel ile yayınlayanın eserin satışından elde ettiği gelir arasında, yayınlatan aleyhine çok büyük orantısızlıklar ortaya çıkarabilir. İşte bu sorunu gözönünde bulunduran UrhG doktrinde (çok satanlar) "best-seller" olarak da nitelendirilen ve 2002 değişikliği ile §32a'da düzenlenen hükümle bu sorunu eser sahibi lehine çözmüştür. Anılan hüküm uyarınca, eser sahibi eserin çok satması nedeniyle yayınlayanın elde edeceği kazanca sonradan katılma hakkına sahipti. Eser sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için kararlaştırılan götürü bedelle yayınlayanın elde ettiği gelir arasında "açık bir orantısızlık" olmalıdır. Ancak, sözleşme taraflarının sonradan elde edilen geliri veya avantajlarını önceden öngörüp öngörmedikleri veya öngörebilip, öngöremedikleri önemli değildir. Eser sahibinin, sözleşmenin kurulmasından sonra (ex post) eserin kullanımından elde edilen gelire katılma hakkına sahip olduğunu düzenleyen hükmüne benzer bir hükme FSEK ve TBKT'de de özel olarak yer verilmesi, eser sahibinin korunması açısından doğru ve yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Taraflar, yayın sözleşmesi ile bedeli belirlememişlerse, BK m. 380/II'ye göre, bedelin miktarı bilirkişinin reyinin alındıktan sonra hakim tarafından takdir olunur.

BK m. 380/III'e göre, yayınlayanın birden fazla bası yapma hakkı varsa, ilk bası için kararlaştırılan bedel ve diğer koşulların sonraki basıların her birine de uygulanacağı kabul edilir. Eğer, bedel ilk basımda nüsha sayısı dikkate alınarak belirlenmişse, bu durumda her yeni basım için de nüsha sayısı dikkate alınarak bedel belirlenecektir. Dolayısıyla, bedelin yüzdelik katılma olarak belirlenmesi veya nüsha sayısına göre belirlenmesinde sorun yoktur.

Ancak, bedel götürü olarak kararlaştırılmışsa, doktrindeki ağırlıklı fikir, götürü olarak kararlaştırılan bu sabit bedelin değişen koşullara uyarlanması gerektiği, nüsha sayısının artması halinde, ona orantılı olarak bedelin de artmasının yayınlatanın çıkarlarının zedelenmemesi açısından da uygun olacağıdır, ki biz de bu sonucun menfaatler dengesine daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

BK m. 381/I uyarınca, "bedel, eser bütün olarak yayınlanacaksa tamamının; cilt, fasikül, forma gibi kısımlar halinde yayınlanacaksa, her kısmın basılması ve satışa hazırlanmasıyla muaccel olur". Anılan hükümde sözü edilen, bedelin, eserin satışa hazır bulundurulduğu anda ödenmesi ilkesi, bedelin ancak kesin (götürü) tespiti halinde uygulama alanı bulacaktır. Ancak, ücret satılacak nüsha sayısına göre belirlenecekse, o zaman eserin satışa hazır duruma getirildiği anda ödenmesi hakkında kural uygulama alanı bulamayacak, bedelin zorunlu olarak zaman zaman ödenmesi gerekecektir. Bu durumda da, belirli aralıklarla, (prensip olarak yıllık), alınan satış sonuçlarına göre bedel ödenecektir.

BK m. 381/II uyarınca, sözleşme tarafları, bedeli kısmen veya tamamen eserin satışına bağlamakta iseler; yayınlayan satış hesabını düzenlemek ve teamüle uygun olarak bunu ispat edici belgeyi sağlamakla yükümlüdür. Bu bağlamda, yayınlayan satılan nüshalar hakkında yayınlatana satış hesapları ve teamüle uygun ispat edici belgelerle hesap vermek zorundadır. Yayınlayan, ayrıca satış neticesinde elde edilen toplam meblağ, yani kazanç, satılan eser nüshalarının sayısı ve satış bedelleri hakkında da gerekli bilgileri vermek ve açıklamaları yapmak zorundadır.

Taraflar, aralarında yaptıkları sözleşme ile yayınlayana birden fazla bası veya tüm basıları yapma yetkisini vermiş olabilirler. Dolayısıyla, yayınlayan da sözleşme ile birden fazla bası yapma borcu altına girebilir. Ancak, eğer sözleşmede bası sayısı açıkça belirtilmemişse BK m. 375/I uyarınca, yayınlayanın sadece bir bası yapmaya hakkı vardır. Yine, BK m. 375/II'ye göre, aksi kararlaştırılmamışsa, yayınlayan her bası için yapacağı nüsha adedini tespitte serbesttir. Fakat yayınlatan talep ederse eserin mahiyetine uygun bir derecede ve o ölçüde yayını sağlayacak miktarda nüshayı basmak zorundadır. Birinci basım bittikten sonra yayınlayan yeniden basamaz.

Nüsha sayısı hakkında özel bir hükme yer veren Alman Yayın Kanunu §5/II, nüsha adedinin belirlenmemiş olması halinde, yayınlayanın 1000 adet kopya yapmaya yetkili olduğunu düzenleyerek, bu konuda bir rakam öngörmüştür. BK m. 375/II, aslında az baskı tehlikesini önlemek için konmuştur, yoksa hüküm yayınlayanın yazarın zararına olarak, pek çok sayıda nüsha basarak onu zarara sokması tehlikesini önleyemez. Ancak, söz konusu hüküm kötüye kullanmaya müsait olup, yayınlatan açısından tehlikelidir. İşte kanun koyucu

bu konuda uygulamada görülen bazı kötüye kullanmaları önlemek adına aksi kararlaştırılmamışsa, kural olarak, baskı adedini belirlemekte yayımcıyı serbest bırakan düzenlemeyi, TBKT'ye almamış, bu anlamda TBKT m. 491/II'deki "Taraflar, süreli sözleşmelerde sözleşmenin süresini, süreye bağlanmayan sözleşmelerde ise, baskı adedini kararlaştırmak zorundadır" hükmüne yer vermiştir.

Yayınlayanın yeni bası yapmaya yetkili olmadığı halde yeni bası yapması veya sözleşmede öngörülen bası sayısından daha fazla bir sayı basması halinde, bu hem yayın sözleşmesinin ihlalini, hem de yayın hakkının, dolayısıyla telif hakkının ihlalini oluşturacaktır. Bu bağlamda, yayınlatan sözleşme uyarınca uğramış olduğu zararı talep edebileceği gibi, bu konuda FSEK hükümlerine da dayanarak, akit dışı sahip olduğu dava haklarını da kullanabilecektir.

Yayınlayanın basmaya yetkili olduğu nüsha sayısının kapsamı açısından üzerinde durulması gereken bir başka nokta da, ek ve bedava nüshalar ile reklam ve tanıtım amacıyla basılan nüshalardır. Hasara uğramış veya ayıplı eserin yerine yedek olarak kullanılmak amacıyla basılan ek nüshalar, sadece bu amaç için kullanılmak üzere önceden basılmış olmalıdır. Bu tür nüshalar, daha sonra yayınlatanın zararına basılamaz. Ayrıca, sadece basılan bu ek nüshalar, ayıplı eserlerin veya telef olmuş eserlerin yerine, yedek nüsha olarak dağıtılabilir. Ek nüshaların yanında, baskı adedinin dışında bedava nüshalar, tanıtım ve reklam amacıyla da nüshalar basılabilir, ancak bu tür nüshalar sadece söz konusu amaçların gerçekleştirilmesi için kullanılmalıdır. Başka bir deyişle, uygulamada ve doktrinde sözkonusu ek nüshalar, reklam ve tanıtım amacıyla dağıtılacak olan nüshalar, satışa sunulacak olan bası nüshalarından ayrı olarak, yani onların dışında hesaplanmaktadır.

Yayınlayan ayrıca beklenmedik hal sonucu yok olan çoğaltılmış eser nüshalarını yeniden basma borcu altında da olabilir. Zira, BK m. 383/I uyarınca, eserin tamamlanmış olan baskı adedinin tamamı veya bir bölümü, satışa sunulmadan önce beklenmedik hâl sonucu yok olursa yayınlayan, yayınlatana ayrıca bir bedel ödemeksizin yok olan miktarı, masrafı kendisine ait olmak üzere yeniden basabilir. BK m. 383/II'ye göre ise, yayınlayan, aşırı masraf gerektirmeksizin yok olanların yerine yenilerini koyabilecek ise, bunu yapmakla yükümlüdür.

VI. Yayın sözleşmesinin sona erme sebepleri, genel ve özel sona erme sebepleri olarak incelenebilir. Genel sona erme sebepleri, genel olarak tarafların temerrüdü ve haklı sebeple fesih kurumlarıdır.

Kural olarak, iki tarafa borç yükleyen akitlerde sadece sinallagma ilişkisi içinde olan asli edimlerin ifasında temerrüde düşülmesi halinde sözleşme sona erdirilebilir. Ancak yayın

sözleşmesi her ne kadar iki tarafa borç yükleyen bir akit olsa da, sinallagma ilişkisi içinde olan edimlerin yanı sıra yardımcı fonksiyon gören bir takım yan edim yükümlülüklerini de bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin hesapları incelettirme yükümlülüğü, eserin düzeltilmesi yükümlülüğü. Bu tür yükümlülüklerin temerrüdünde, gerçi yine ifa talebinde bulunulabilir. Ancak, yayınlayanın satış hesaplarını incelettirme, telif ücretini ödeme gibi yardımcı fonksiyon gören birtakım yan edim yükümlülüklerinde temerrüde düşmesi halinde, bu tür yan edim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinin sözleşmenin feshine yol açabilmesi, bu yan edim yükümlülüğünün, sözleşmenin tümünün amacını ve anlamını tehlikeye düşürmesi halinde mümkündür. Başka bir ifadeyle, bir yan edim yükümlülüğünün asli edim yükümlülüğü olarak kabul edilmesi, ancak tarafların sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe özel anlam yüklemelerine bağlıdır. Aynı kural, yayınlatanın eseri teslim etme borcu açısından da uygulama amacı bulacaktır.

Tüm sürekli borç ilişkilerinde var olan taraflar arasında karşılıklı güven ilişkisine dayanılarak, gerek doktrin gerekse mahkeme kararlarıyla oluşturulan "haklı sebeple fesih" (olağanüstü fesih) hakkı, sürekli borç ilişkilerinde herhangi bir mehil tayin etmeksizin taraflara sözleşme ilişkisini ileriye etkili olarak sona verme hakkı tanımış ve bu kuram zamanla geliştirilmiştir. Bu bağlamda, sürekli borç ilişkisi özelliği taşıyan yayın sözleşmesi de haklı sebeple feshedilerek, sona erdirilebilir. Olağanüstü fesihteki kilit unsur, sözleşmenin feshine imkan veren haklı sebep kavramıdır. "Sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshi" BGB §314'de pozitif hüküm olarak yer almıştır. BGB §314'teki yasal düzenleme aslında, doktrinde ve mahkeme içtihatlarında kabul edilmiş olan sürekli borç ilişkilerinin karakteristik özelliği olan "özel güven temeli" üzerine kurulan genel kuralın, pozitif yasal hükme yansımasından ibarettir.

Yayın sözleşmesinin haklı sebeple feshedilebilmesi için, somut olayın içinde bulunduğu tüm şartların göz önünde bulundurulması ve sözleşme taraflarının her ikisinin menfaatlerinin değerlendirilmesiyle birlikte, taraflardan birinin bu şartlar altında sözleşmeye devam etmesinin kendisinden beklenemeyecek düzeyde olması gerekir.

Haklı fesih sebebi olabilecek özel olguların başında, taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsılması, özellikle güven ilişkisini çökertecek kadar sürekli tekrarlanan ihlaller gelmektedir.

Doktrin ve mahkeme içtihatlarına göre ve BGB §314 uyarınca, taraflar arasında güven temeli zedelenmişse ve bu güvenin zedelenmesinden dolayı feshe yetkili olan sözleşme tarafından sözleşme ilişkisine devam etmesi beklenemiyorsa, haklı sebep gerçekleşmiştir. Ancak, özellikle sözleşme ilişkisinin özelliği ve buna dayalı menfaat durumları ile söz konusu

zedelenmenin türü ve yoğunluğu, tüm olgular dikkate alınarak değerlendirilmeli, tespit edilen olguların feshe yetkili olan kişi üzerinde nasıl etkili olduğu irdelenmelidir. Bu bağlamda, her somut olayda, söz konusu ihlalin türü ve yoğunluğu, özellikle sözleşme ilişkisindeki özgünlük dikkate alınarak, yayınlayan ve yayınlatan arasındaki güven ilişkisinin yayın sözleşmesinin temel unsurunu, taraflardan biri için sözleşmenin devamının beklenemez düzeye getirecek ölçüde zedeleyip zedelemediği özenli bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bunun yanı sıra feshin, ancak başka bir yolun mümkün olmaması ve beklenememesi halinde devreye girmesi gereken, bir son çare (ultima ratio) olmasına da dikkat edilmelidir.

Yayın sözleşmesi açısından haklı fesih sebebi olabilecek özel olguların arasında eser sahibinin kanaat değişikliği de yer almaktadır. Eser sahibinin kanaat değişikliği dolayısıyla cayma hakkı UrhG §42'de düzenlenmiş, ancak anılan hüküm FSEK'e alınmamıştır. Kanaatimizce Türk Hukuku açısından, her ne kadar FSEK'de Alman Hukuku'nda olduğu gibi, eser sahibinin kanaat değişikliği dolayısıyla yayın sözleşmesinden cayabilme hakkı açık bir hüküm olarak düzenlenmemiş olsa da, eser sahibi, bu konuda haklı sebeple fesih hakkını kullanarak sözleşme ilişkisini sona erdirebilmelidir. Zira, eser sahibinin kanaat değişikliği yüzünden, eseri bu şekilde kullanılmasına devam etmesi ve özellikle sözleşme ilişkisine devam etmesi beklenemiyorsa, haklı sebep gerçekleşmiştir. Ancak, özellikle sözleşme ilişkisinin özelliği ve buna dayanan menfaat durumları ile söz konusu kanaat değişikliğinin kapsamı, yoğunluğu ve niteliği somut olaydaki tüm olgular dikkate alınarak değerlendirilmeli, tespit edilen olguların feshe yetkili olan kişi üzerinde nasıl etkili olduğu irdelenmelidir.

Kanaat değişikliği yüzünden yayın sözleşmesini feshedebilmek için gereken en temel maddi şart, eserin eser sahibinin görüşlerine artık uymaması, onun görüşlerini yansıtmaması dolayısıyla eser sahibinden eserini bu şekilde değerlendirmesinin artık beklenememesidir. Ancak kural olarak, sadece eser sahibinin, artık o görüşten keyif almaması veya eserin kalitesinden memnun olmaması veya eserde sadece stil/tarz değişikliği istemesi fikir değişikliği yüzünden cayma hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan şartların yerine getirilmesi açısından yeterli değildir. Bu bağlamda, kanaat değişikliğinin, eserin bu şekilde kullanılmasını beklenemez hale getirmesi gerekir. Yani, objektif olarak menfaatlerin tartılmasında, eser sahibinin kişilik haklarının ihlali o kadar ağır olmalıdır ki, -yazarın ününe ve itibarına zarar verme anlamında- bu ihlal, feshi haklı kılmalıdır. Doktrinde, özellikle, yazarın veya eser sahibinin politik, etik ve dini görüşlerinin ve yorumlarının taban tabana zıt olacak şekilde değişmesi bu kapsamda örnek olarak gösterilmektedir. Yine, eser sahibinin eserinde savunmuş olduğu görüşün, bugünkü bilimsel araştırmalardan sonra artık tutunabilir bir yanının kalmaması halinde de, eser sahibinin kanaatinin eserin yayılmasını engelleyecek

derecede değiştiği kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, somut olayda, menfaatlerin objektif olarak değerlendirilmesi sonucunda, eser sahibinin ününün ve saygınlığının korunması perspektifinden bakıldığında, eserin bu şekilde değerlendirilmesinin kişilik haklarını ağır olarak ihlal ettiği saptanabiliyorsa, haklı sebeple fesih hakkının kullanılabilmesi için gerekli olan haklı zeminin de oluştuğu kabul edilmelidir.

Ancak, hemen vurgulanmalıdır ki, borç ilişkisini çekilmez hale getirebilecek olguların mutlaka taraflardan birinin davranışından doğması gerekmez. Tarafların davranışı dışında onunla hiç ilgisi olmayan bazı olgular da, sürekli borç ilişkisi üzerinde etkili olabilirler ve bu anlamda haklı sebeple feshe yol açabilir. Bu bağlamda, sonradan ortaya çıkan öngörülemez nitelikteki özel olguların haklı sebeple feshe neden olması, ilk planda akla "işlem temelinin çökmesi" kurumunu getirmektedir. Zira, olayların büyük çoğunluğunda haklı sebeple fesih nedeni aynı zamanda işlem temelinin zedelenmesine yol açmakta, başka bir ifadeyle, kural olarak işlem temelinin çökmesi aynı zamanda haklı sebeple fesihteki "haklı sebep" kavramının şartlarını da karşılamaktadır. Dolayısıyla, haklı sebeple fesih ile işlem temelinin çökmesi kurumlarının uygulama alanı -istisnai haller dışında- çoğunlukla birbiriyle çakışmaktadır. Başka bir deyişle, her iki kurum da, az çok bir haklı sebep aramaktadır, ancak işlem temelinin çökmesi kurumu doğal olarak, ortaya çıkan sorunların daha çok "işlem temeli"ni dikkate almaktadır. Bu bağlamda, işlem temelinin çökmesi ve haklı sebeple fesih arasındaki fark, haklı sebebin hukuki sonucunun kesin olmasına karşılık, işlem temelinin çökmesinde öncelikli olarak "sözleşmenin yeni şartlara uydurulması" imkanıyla sözleşme ayakta tutulmaya çalışılması eğer bu mümkün değilse sözleşmenin ortadan kaldırılmasıdır. İşlem temelinin çökmesinde sıkı bir derecelendirme vardır. İşlem temelinin çökmesi, sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı hallerde, sözleşmenin feshine izin vermektedir. Bu yüzden, somut olayın öncelikli olarak işlem temelinin çökmesine göre çözülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ancak, yayın uygulamasında haklı sebeple fesih kurumu işlem temelinin çökmesine nazaran daha geniş bir uygulama alanına sahiptir.

Yeni çıkarılacak olan bir kanunla ilgili olarak hazırlanacak olan şerh konusunda bir yayın sözleşmesi yapılmış olmasına rağmen, daha sonra tüm beklentilerin tersine ilgili kanunun yürürlüğe girmemiş olması, bu konuda doktrinde verilen klasik bir örnektir.

Yayın sözleşmesinin özel sona erme sebepleri arasında ise, BK'nın özel hükümleri arasında yer alan yayın sözleşmesine özgü sona erme sebepleri, FSEK m. 58 uyarınca cayma hakkı ve bası nüshalarının tükenmesi ve yayın hakkının devredildiği sürenin sona ermesi sayılabilir.

BK'nın özel hükümleri arasında öngörülen sona erme sebepleri, eser metninin yok olması, basılanın yok olması, eser sahibinin ölmesi veya eseri tamamlayamaz hale gelmesi, yayınlayanın iflası ve yayın sözleşmesi uyarınca yayınlayana birden fazla bası yapma yetkisi verildiği halde yayınlayanın yeni bası yapmayı ihmal etmesidir.

FSEK m. 58'de öngörülen ve bir takım şekli şartlara tabi tutulan, cayma hakkının kullanılabilmesi için mali bir hak veya ruhsatı iktisap eden kimsenin kararlaştırılan süre içinde, süre kararlaştırılmamışsa, uygun bir zaman içinde hak ve yetkileri hiç veya gereği gibi kullanmamış olması ve bu yüzden eser sahibinin maddi ve manevi menfaatlerinin önemli şekilde zedelenmesi gerekir.

Cayma hakkı bozucu yenilik doğuran bir hak ve bu hakkın kullanılması da bozucu yenilik doğuran bir işlem olduğu için, cayma ile yayın hakkı kendiliğinden sona erer ve yayınlatan da yayın hakkını yeniden kazanır.

Eğer yayın hakkı belli bir bası için verilmişse, bu basıdaki nüshaların tükenmesi ile de yayın sözleşmesi sona erer. Yayın sözleşmesi belli bir basıya özgülenerek değil de, belirli bir süre ile sınırlı olarak (mesela 2 yıl gibi) tanınmışsa, basılan nüshalar bitmemiş olsa bile, yayın sözleşmesi yine sona erecektir.

VII. Sürekli borç ilişkisi özelliği taşıyan yayın sözleşmesi, kural olarak ancak, "fesih" kurumu ile ileriye etkili olarak sona ermektedir. Bu bağlamda, yayın sözleşmesinden geriye etkili olarak dönme ise ancak, sürekli bir borç ilişkisi olan yayın sözleşmesinin sürekli edimlerinden birini oluşturan çoğaltma ve yaymaya başlanmadan önce, diğer bir ifadeyle devredilen haktan hiç yararlanılmadan veya bu hak hiç kullanılmadan önce mümkündür. Sözleşmeden dönerek temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispatlayamayan taraftan, ayrıca sözleşmenin hükümsüz kalması yüzünden uğranılan menfi zararın tazmini de talep edilecektir.

Yayın sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, yukarıda da belirtildiği gibi yayın hakkı tekrar yayınlatana geri dönecektir. Böyle bir sonuç yayın sözleşmesinin özgün bünyesine de uygundur. Zira, yayınlayana devredilen telif hakkının kullanılmasına ilişkin sözleşme ilişkisi ve sözleşme bağı da tamamen ortadan kalkmaktadır. Yayın hakkı, yayın sözleşmesindeki özel güven ilişkisi dolayısıyla sözleşmeye sıkı bağlılık içindedir ve sözleşme ilişkisinin ortadan kalkmasıyla birlikte yayın hakkının da ortadan kalkması, sözleşmenin sona ermesine bağlanan doğal bir sonuç olmalıdır.

Yayın hakkının sona ermesiyle birlikte, yayınlayan eseri artık çoğaltamaz ve çoğaltmış olduğu nüshaları da yayamaz. Yayınlatan da, aynı eser üzerinde başka bir yayınlayanla yeni bir yayın sözleşmesi kurabilir. Ancak, fesih anına kadar, sözleşme geçerli bir sözleşme olarak bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Böylece fesih beyanı, sözleşme ilişkisini, eserin

eski basılarına ilişkin olduğu ölçüde etkilemeyecektir.

Fesih beyanıyla birlikte yayın hakkı da, BK m. 373/I ve İBK m. 381/I'den çıkan anlam doğrultusunda sona erdiği için yayınlayan artık çoğaltmayı devam ettiremeyeceği gibi, bu ana kadar bastığı nüshalardan artık yararlanmayacak, daha doğru bir ifadeyle bu nüshaları yayamayacaktır. Bu çoğaltılmış nüshalar her ne kadar yayınlatanın fikri haklarını ilgilendirse de, yayınlatan da, basılan nüshalar üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmadığı için, söz konusu nüshalar için yayınlayana mülkiyet hakkını ileri süremeyecektir. Zira, yayınlayan çoğaltılmış nüshalar üzerinde mülkiyet hakkına sahiptir. Bu nüshaları yayınlayan, ancak yayınlatanın fikri hakkını ihlal etmediği oranda kullanabilecektir. Uygulamada, bu nüshalar ya yayınlayan tarafından hurda kağıt olarak kullanılmakta ya da yayınlatan bu nüshaları yayınlayandan satın almaktadır.

Ancak, böyle bir çözüm, genellikle her iki taraf için de adil olmayan sonuçlara yol açacaktır. Dolayısıyla, tarafların, aralarında yaptıkları sözleşme ile sözleşme ilişkisinin aşama aşama sona ermesini kararlaştırmaları ve özellikle o ana kadar çoktan çoğaltılmış olan nüshaların yayımı konusunda uzlaşmaları, çok daha uygun ve elverişli bir sonuç olacaktır.

Yayınlatan da sözleşmenin ayakta kalan kısmıyla orantılı olarak, yani bu kısma karşılık gelecek telif ücretini talep edebilecektir. Dolayısıyla yayınlatan, ücretin sürüme katılma olarak hesaplandığı hallerde olduğu gibi, götürü olarak belirlendiği bir halde de, telif ücretinin indirilmesine katlanmak zorunda kalacaktır. Ancak, her koşulda böyle bir sorun bir hesaplama sorunu olacaktır.

Sürekli borç ilişkilerinin ileriye etkili olarak feshedilmesi halinde, istenecek zarar türü, olumlu zarardır. Zira, kusuruyla temerrüde düşen borçludan, fesih üzerine alacaklı, sürekli borç ilişkisinin vaktinden önce sona ermesi üzerine uğradığı "çıkar kaybı" olan olumlu zararının tazminini isteyecektir.

KAYNAKÇA

ALLFELD Philip, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst, Kommentar, München 1928.

ALTAY Sümer, "5846 sayılı FSEK bağlamında Mali Hakların Haczine ve İflas Masasına Girmesine İlişkin Bazı Faraziyelerin Değerlendirilmesi", İHFM, C. LVI, S., 1-4, 1998, 211 vd..

ANTALYA O. Gökhan, "Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları", Yargıtay Dergisi, S. 3, 1992, 378 vd..

ANTALYA O. Gökhan, "Opsiyon Akdi ve Opsiyon Hakkı", Facultatis Decima Anniversaria, 10. Yıl Armağanı, İstanbul 1993 (Atıf Şekli: Opsiyon).

ANTALYA O. Gökhan, Türk İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul 1993.

ARKAN Sabih, Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997 (Atıf Şekli: C. I).

ARKAN Sabih, Marka Hukuku, C. II, Ankara 1998 (Atıf Şekli: C. II).

ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004.

ARSLANLI Halil, Fikri Hukuk Dersleri, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.

ATEŞ Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003.

AYDINCIK Şirin, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006.

AYİTER Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981.

BAINBRIDGE I. David, Intellectual Property, London 2007.

BAYAMLIOĞLU Emre İbrahim, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2007.

BAYGIN Cem, "Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi", Hayri Domaniç'e Armağan, 1995, 149 vd..

BELGESAY M. Reşit, "Fikir Mahsulü Üzerinde Hak", Ord. Prof. Dr. A. Samim Gönansay Armağanı, 1955, 9 vd. (Atıf Şekli: Fikir Mahsulü).

BELGESAY Mustafa Reşit, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955.

BIEDERMAN E. Donald/SİLFEN E. Martin/BERRY C. Robert/PIERSON P. Edward GLASSER A. Jeanne, Law and Business Of The Entertainment Industries,

Westport 2001.

BİLGE Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.

BOYTHA György, "Whose Right is Copyright?", GRUR International, 1983, 379 vd..

BUCHER Eugen, Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 1988.

CORNISH William & LLEWELYN David, Intellectual Property; Patents, Copyright,

CORRODI Rolf, Das Urhebervertragsrecht des Fotografen in der Schweiz, Diss., Zürich, 1996.

DALAMANLI Lütfü, Borçlar Kanunu Şerhi, C. 1-2, Ankara 1977.

DAVIES Gillian, "The Convergence of Copyright and Authors' Rights- Reality of Chimera?, IIC, S. 6, 1995, 965 vd..

DELP Ludwig, Der Verlagsvertrag, Neuwied-Darmstadt 2001.

DEMİR Mehmet, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004.

DIETZ Adolf, "Amendment of German Copyright Law in Order to Strengthen the Contractual Position of Authors and Performers", IIC, S. 7, 2002, 828 vd. (Atıf Şekli: German Copyright Law).

DIETZ Adolf, Copyright of the Federal Republic of Germany, München 1983.

DIETZ Adolf, Der Primäre Urhebervertragsrecht in der Bundesrepublik Deutschland und in den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1984.

DREIER Thomas, "Authorship and New Technologies from the Viewpoint of Civil Law Traditions", IIC, S. 6, 1995, 989 vd..

DREYER Gunda/KOTTHOF Jost/MECKEL Astrid, Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, Heidelberg 2003.

DURAL Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan, Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. II, İstanbul 2004.

ENGİN İlkay Baki, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002.

EREL Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2003.

FRANKO Nisim, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri, Ankara 1981.

FROMM Karl/NORDEMANN Wilhelm, Urheberrecht, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 2000.

GAMM Otto Friedrich von, Urheberrechtsgesetz, München 1998.

GARNETT Kevin/DAVIES Gillian/HARBOTTLE Gwilyn, Intellectual Property Library, London, New York 2005.

GENÇ ARIDEMİR Arzu, "Sinema ve Müzik Eserleri Açısından 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu İle 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun Karşılaştırılması", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, 2003, 249 vd..

GENÇ ARIDEMİR Arzu, Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul 2003 (Atıf Şekli: Çoğaltma ve Yayma Hakları).

GEZDER Ümit, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Aktedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2004.

GİRİTLİOĞLU Necla, Yayın Sözleşmesi, İstanbul 1967.

GOLDBAUM Wenzel, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, Baden-Baden 1961.

GOLDSTEIN Paul, "Adaptation Rights and Moral Rights in the United Kingdom, the United States and the Federal Republic of Germany", IIC, 1983, 44 vd. (Atıf Şekli: Adaptation and Moral Rights).

GOLDSTEIN Paul, International Intellectual Property Law, Cases and Materials, New York 2001.

GORSCAK Robert, Der Verlagsvertrag Über U-Musik, Diss., Baden-Baden 2003.

GÖKYAYLA K. Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara 2000.

GUHL Theo/KOLLER Alfred/SCHNYDER Anton/DRUEY Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000.

GUIBAULT M.C.R. Lucie, Copyright Limitations and Contracts, An Analysis of the Contractual Overridability of the Limitations on Copyright, Diss., Amsterdam, London 2002.

GÜL Müge, Eser Üzerindeki Mali Hakların Devri Sözleşmesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005.

HAAS Lothar / MEDICUS Dieter / ROLLAND Walter / SCHÄFER Carsten / WENDTLAND Holger, Das Neue Schuldrecht, München 2002.

HABERSTUMPF Helmut, Handbuch der Urheberrechts, Neuwied 2000.

HABERSTUMPF Helmut/HİNTERMEIER Jürgen, Einführung in das Verlagsrecht, Darmstadt 1985.

HELVACI Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001.

HENRY Micheal, Publishing Law and Multimedia Law, New York 1994.

HILTY M. Reto, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, Basel, Frankfurt am Main 1996 (Atıf Şekli: HILTY, Basler).

HILTY M. Reto, Lizenzvertragsrecht, Bern 2000 (Atıf Şekli: HILTY, Lizenzvertragsrecht).

HILTY M. Reto, Schweizerisches Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht, II/I, Urheber und Verwandte Schutzrechte, Basel, Frankfurt am Main 1995 (Atıf Şekli: HILTY, Immaterial).

HIRSCH E. Ernst, "Memleketimizde Meri Olan Hakkı Telif Kanunu'nun Tahlili", İHFM., 1940, C. VI, S. 3-4, 346 vd. (Atıf Şekli: HIRSCH, 1940).

HIRSCH E. Ernst, Fikri ve Sınai Haklar, İstanbul 1948 (Atıf Şekli: HIRSCH, 1948).

HIRSCH E. Ernst, Hukuki Bakımdan Fikri Say, II. Cilt, İstanbul 1943 (Atıf Şekli: HIRCH, II).

HOFFMANN Willy, Das Reichgesetz über das Verlagsrecht, Berlin 1925.

HUBMANN Heinrich, Urheber und Verlagsrecht, München 1987.

HUBMANN Heinrich/REHBİNDER Manfred, Urheber und Verlagsrecht, München 1996.

HÜSEYİN Hatemi/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992.

İNAL Emrehan, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005.

İNAN Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979.

JANN Ph. Martin, Werkeinheit und Werkmehrheit im Urheberrecht, Die Kollektive Urheberschaft im schweizerischen Urheberrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsbeziehungen bei der Multimedia-Produktion, Diss., Zürich 1998.

JICKELI Joachim, Der Langfristige Vertrag, Baden-Baden 1996.

KARAHASAN Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukukuku, Özel Borç İlişkileri, C. IV, İstanbul 1992.

KATZENBERGER Paul, "Protection of the Author as the Weaker Party to a Contract

under International Copyright Contract Law", IIC, S. 6, 1988, 732 vd..

KNAAK Roland, "Der Verlagsvertrag im Bereich der Belletristik", Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, 1995, 267 vd..

KRÜGER Wolfgang, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §241-432, München 2003.

KURU Baki, İcra ve İflas Hukuku, C. III, Ankara 1993.

LANGE Peter Hans, Der Lizenzvertrag im Verlagswesen, Bern 1979.

LÖSSL Wolfgang, RechtsNachfolge in Verlagsverträge, Diss., Frankfurt am Main 1997.

LÜDIN Frank, Das Erlöschen des Verlagsrecht nach schweizerischem Urheber und Obligationenrecht, Liestal 1950.

MAUR Auf der Rolf, Introduction to Swiss Intellectual Property Law, Swiss Commercial Law Series, Basel 1995.

MEDİCUS Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, München 2003.

MÖHRING Ahlberg / NİCCOLİNİ Kate, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, Berlin, Frankfurt, Main 2000.

OETKER Hartmut, Das Dauerschuldverhaltnis und seine Beendigung, Tübingen 1994.

OĞUZMAN M. Kemal /ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2005.

OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, Medeni Hukuk, İstanbul 2006.

OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002.

OLGAÇ Senai, Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri, Ankara 1979.

OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1936.

OWEN Lynette, Clark's Publishing Agreements, London 2002.

ÖZ Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

ÖZTRAK İlhan, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1977.

PEDRAZZINI Mario M., Der Verlagsvertrag, SPR (Schweizerisches Privat Recht) VII/I, Basel 1977.

PEDRAZZINI Mario M., Le Contrat d'Entreprise, Le Contrat d'Edition, Le Contrat de Licence, Fribourg 1985 (Atıf Şekli: PEDRAZZİNİ, Le Contract D'Édition).

PEDRAZZINI Mario M., Patent und Lizenzvertragsrechts, Bern 1983 (Atıf Şekli: PEDRAZZİNİ, Lizenzvertragsrechts).

PERLE Gabriel E./WILLIAMS John Taylor, Perle and Williams on Publishing Law, Gaithersburg, MD 2004.

PEUKERT Alexander, "Protection of Authors and Performing Artists in International Law-Considering The Example of Claims for Equitable Remuneration Under German and Italian Copyright Law", IIC S. 8, 2004, 900 vd..

PLEISTER Christian, "Buchverlagsverträge in den Vereinigten Staaten –ein Vergleich zu Recht und Praxis Deutschlands", GRUR International C. 8-9; 2000, 677 vd..

REHBİNDER Manfred / GROSSENBACHER Roland, Schweizerisches Urhebervertragsrecht, Bern 1979.

REHBİNDER Manfred, Schweizerisches Urheberrecht, Bern 2000 (Atıf Şekli: REHBİNDER, Schweiz).

REHBİNDER Manfred, Urheberrecht, München 2004 (Atıf Şekli: REHBİNDER, Urheberrecht).

RINTELEN Max, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht nach österreichischem, deutschem und schweizerischem Recht, Wien 1958.

SAĞLAM İpek, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007.

SCHACK Haimo, Urheber und Urhebervertragsrecht, Tübingen 2004.

SCHMAUS Stefan, Der E- Book Verlagsvertrag, Diss., Frieburg 2002.

SCHRICKER Gerhard, "Farewell to the Level of Creativity (Schöpfungshöhe) in German Copyright Law?", IIC, 1995, S. 26, 41 vd..

SCHRICKER Gerhard, "German and Comperative Intellectual Property Law- Efforts for a Better Law on Copyright Contracts in Germany- A Never Ending Story, IIC, S. 7, 2004, 850 vd. (Atıf Şekli: SCHRICKER, Copyright Contracts).

SCHRICKER Gerhard, "Legal Relations Between Authors, Editors and Publishers of Periodicals Under German Law, ICC 1985, C. 4, 413 vd. (Atıf Şekli: SCHRİCKER, Periodicals).

SCHRICKER Gerhard, "Zum Begriff der angemessen Vergütung im Urheberrecht-10% vom Umsatz als Massstab?", GRUR 2002, S. 9, 738 vd. (Atıf Şekli:SCHRİCKER, 10% vom Umsatz als Massstab?).

SCHRICKER Gerhard, Verlagsrecht, Kommentar, München 2001.

SELİÇİ Özer, Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.

SEROZAN Rona, İfa, ifa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002 (Atıf Şekli:

SEROZAN, İfa).

SEROZAN Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1976.

SIEGEL Howard, Entertainment Law, New York 1996.

STAUB Mirjam, Die Rechte des Herausgebers, des Mitarbeiters und des Verlegers Bei Periodischen Sammelwerken, Diss., Zürich 1999.

STEWART M. Stephen, International Copyright and Neighboring Rights, New York 1989.

STOKES Simon, Digital Copyright, Law and Practice, Oregon 2005.

STRAUS Joseph, "Der Verlagsvertrag bei Wissenschaftlichen Werken", Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, 1995, 312 vd..

TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul, 1982 (Atıf Şekli: C. II).

TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul, 1988.

TEKİNALP Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005.

TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TOPÇUOĞLU Hamide, Fikri Haklar Ders Notları, Ankara 1964.

Trademarks and Allied Rights, London 2003.

TRITTON Guy, Intellectual Property in Europe, London 1996.

TROLLER Alois, "100 Jahre URG", Festschrift zum einhundertjahrigen Bestehen eines eidgenössischen Urheberrechtgesetzes, 1983, 170 vd. (Atıf Şekli: TROLLER, 100 Jahre URG).

TROLLER Alois, Immaterialgüterrecht, Band II, Basel, Frankfurt am Main 1985 (Atıf Şekli: TROLLER, II).

TROLLER Alois, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band V, Der Verlagsvertrag, Zürich 1976 (Atıf Şekli: TROLLER, Kommentar).

TROLLER Alois/TROLLER Patrick, Kurz Lehrbuch des Immaterialgüterrechts, Basel, Frankfurt am Main 1989 (Atıf Şekli: TROLLER/TROLLER, Lehrbuch).

TROLLER Kamen, Gründzüge des Schweizerischen Immaterialgüterrechts, Basel 2001.

TUNÇOMAĞ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.

ULMER Eugen, "Some Thoughts On The Law of Copyright Contracts", IIC, S. 2, 1976,

216 vd. (Atıf Şekli: ULMER, Copyright Contracts).

ULMER Eugen, Urheber und Verlagsrecht, Berlin, Heidelberg, New York 1980.

ÜSTÜN Gürsel, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda 4630 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz", İstanbul Barosu Dergisi, C. 75, S. 1, Mart 2001, 162 vd..

von BÜREN Roland, Schweizerisches Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht, III/I, Urheberrecht und Verwandte Schutzrecht, Basel, Frankfurt am Main 1995.

WYLER Barbara, Der Kunstverlag, Diss., Zürich 1983.

YARSUVAT Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul 1984.

YAVUZ Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 2002.

YILMAZ Canan, Marka Lisans Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2001.

YUSUFOĞLU Fülürya, "Eseri Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Haller", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, 2003, 397 vd..

ZEVKLİLER Aydın, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004.